



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



ELAINE CRISTINA DE MORAES BUARQUE

DANO EXISTENCIAL: *para além do dano moral*

TESE DE DOUTORADO

Recife

2017

ELAINE CRISTINA DE MORAES BUARQUE

DANO EXISTENCIAL: *para além do dano moral*

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Doutora em Direito.

Área de concentração: Transformações do Direito Privado

Linha de pesquisa: 2.2-Transformações das Relações Jurídicas Privadas

Orientador: Prof. Dr. Paulo Luiz Netto Lôbo

Co-orientador: Maria Cristina De Cicco

Recife
2017

Catálogo na fonte
Bibliotecário Josias Machado CRB/4-1601

- B917d Buarque, Elaine Cristina de Moraes
Dano existencial: para além do dano moral. – Recife: O Autor, 2017.
254 f.
- Orientador: Paulo Luiz Netto Lôbo.
Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa
de Pós-Graduação em Direito, 2017.
Inclui referências.
1. Danos (Direito). 2. Danos morais. 3. Reparação - Direito. 4. Direito à
privacidade. 5. Responsabilidade – (Direito). 6. Direitos Humanos. I. Lôbo, Paulo
Luiz Netto (Orientador). II. Título.
- 346.8103 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ2017-28)



Ata da sessão de Arguição da Tesde da Doutoranda **Elaine Cristina de Moraes Buarque** do Curso de Doutorado em Direito da Faculdade de Direito do Recife do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco.

Aos vinte sete (27) dias do mês de abril do ano de dois mil e dezessete às quinze (15:00) horas no Auditório Torquatro de Castro, reuniu-se a Comissão designada pelo Colegiado e aprovada pela Câmara de Pesquisa e Pós-Graduação a sessão pública de defesa de Tese intitulada "**Dano Existencial: Para além do Dano Moral**" apresentada pela aluna **Elaine Cristina de Moraes Buarque**, que concluiu os créditos exigidos para a obtenção do título de "**DOUTORA EM DIREITO**", segundo encaminhamento da Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Pernambuco/UFPE e segundo os registros constantes nos arquivos da Secretaria de Dissertações e Teses da Pós-Graduação. Os trabalhos foram instalados pelo Prof. Dr. Paulo Luiz Netto Lôbo Doutros pela Universidade de São Paulo/USP, *Presidente da Banca Examinadora*, que foi constituída pelos seguintes Professores Doutores: **Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa**, Doutora pela Universidade de Coimbra/UC; **Maria Cristina De Cicco**, Doutora pela Università Degli Studi di Camerino/UNICAM; **Fabíola Alburquerque Lôbo**, Doutora pela Universidade Federal de Pernambuco/UFPE; **Larissa Marial de Moraes Leal**, Doutora pela Universidade Federal de Pernambuco/UFPE; **Roberto Paulino de Albuquerque Júnior**, Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco/UFPE; **Paulo Luiz Netto Lôbo** responsável pela elaboração da Tese. A banca Examinadora tendo decidido aceitar a Tese, passou à arguição pública da candidata. Encerrados os trabalhos de arguição, os examinadores deram o parecer final sobre a Tese, tendo atribuídas as seguintes Menções:

Assinatura: _____

Prof. Dr. Paulo Luiz Netto Lôbo
(Presidente da Banca Examinadora)

Menção: _____

Assinatura: _____

Profa. Dra. Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa
(1ª Examinadora Externa/UFPB)

Menção: _____

Assinatura: _____

Profa. Dra. Maria Cristina De Cicco
(2ª Examinadora Externa/UNICAM)

Menção: _____

Assinatura: _____

Profa. Dra. Fabíola Albruquerque Lôbo
(1ª Examinadora Interna/UFPE)

Menção: _____

Assinatura: _____

Profa. Dra. Larissa Maria de Moraes Leal
(2ª Examinadora Interna/UFPE)

Menção: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. Roberto Paulino de Albuquerque Júnior
(2ª Examinador Interno/UFPE)

Recife, 27 de abril de 2017

A minha pequena família,
ao meu amor e a Suzana Azoubel

AGRADECIMENTOS

O ato de agradecer é relativamente fácil, difícil é a atividade de escolher, dentre tantas palavras, aquelas de representem este sentimento de gratidão. São a tantos a serem mencionados, mas a cada um eu gostaria de dizer o meu muito obrigada, de maneira específica.

Quero agradecer primeiramente àqueles que existem em matéria, mas não em forma. Portanto, agradeço a Deus por absolutamente tudo, em especial por ter me concedido algo chamado resiliência. Agradeço ao meu pai e ao meu irmão, que sempre estiveram afetiva e saudosamente por perto.

Agradeço a minha mãe Mariza e a minha avó Elaine, fontes de minha origem existencialista e responsáveis pela minha educação, são elas que me mantêm acreditando que as pessoas são boas, em sua essência. Ao meu “paidrasto” Mário dos Anjos, a quem tenho como verdadeiro pai socioafetivo e que sempre me dá lições de vida, como ter postura diante das adversidades.

Ao meu noivo Gustavo Andrade, que de um amigo especial se tornou uma das pessoas mais importantes e especiais para mim.

Ao meu orientador Professor Paulo Lôbo pelas ricas orientações, envoltas por novas descobertas e várias problematizações. Professor, muito obrigada pela forma (quase) paternal com que nos recebe, por tantas lições, ensinamentos, pornos instigar à análise crítica dos institutos de Direito Civil, e sobretudo, por me servir de exemplo.

À Professora Fabíola Lôbo, minha orientadora de mestrado, com quem debati acerca do tema central da tese, que me provocou a pensar sobre os possíveis posicionamentos contrários ao que defendo e, mesmo assim, de forma doce e suave (como ela é), estimulou-me a aprender lidar com as dificuldades a serem enfrentadas, sempre com um lindo sorriso no rosto, como se estivesse nos dando um abraço afetuoso.

Um agradecimento especial aos professores, que se tornaram verdadeiros amigos. Cito, inicialmente, a Profa. Larissa Leal, que carinhosamente esteve presente em alguns dos meus tantos dilemas “acadêmicos- existenciais” (peço licença para usar este neologismo, mas ela me entenderá)e mesmo assim não me disse o que fazer ou o que não fazer, apenas me presenteava com o brilho

acalentador de seus olhos, e isto para mim sempre bastou.

À Suzana Azoubel, que há 7 anos me ensina a não olhar para trás. E, mesmo assim, quando eu insisto em fazê-lo e venho a me arrepender, é ela que está lá me dando suporte, pois poucos me conhecem tão profundamente e somente ela sabe me reconhecer e me mostrar uma saída quando penso não saber onde estou. É ela quem me diz para seguir em frente e me faz ver que as possibilidades existem e que, com muito esforço, garra e coragem, posso vir a alcançá-las. Que tudo depende de mim. Grande é meu amor por você.

Um agradecimento a Anderson Schreiber, que desde o momento em que decidi pesquisar sobre dano existencial me deu o grande impulso e referência para que eu pudesse ir a Camerino, conhecer e viver momentos muito especiais com a Profa. Maria Cristina de Cicco.

À professora Maria Cristina de Cicco, exemplo de professora, uma líder nata, devotada às pesquisas e aos seus alunos, dona de um coração enorme, cheio de gentilezas, um coração que só se abre para aqueles a quem acredita ser merecedores de sua tão preciosa amizade. Como sempre a digo, é a minha segunda mãe, minha mãe italiana, com quem aprendi tantos, através de seus conselhos, os quais levo comigo como experiências adquiridas e orientações a serem seguidas. Minha amiga sincera, que não me diz o que sente de verdade, uma pessoa direta e objetiva, características que admiro demais e que hoje são difíceis de se reunir em uma só pessoa. Amável e de pulso firme, defensora de seus ideais e, meu espelho.

Meu sincero agradecimento aos professores, Roberto Paulino e José Roberto, amigos de trabalho e meus professores na disciplina mais difícil que já cursei, a de saber o momento certo para dizer as palavras certas às pessoas certas.

Ao professor Silvio Neves Baptista, que tanto atenção e cuidado teve comigo nas conversas sobre o dano existencial. Você me motivou, pode ter certeza.

Aos meus amigos, que compõem a minha segunda família - CONREP, pelos momentos preciosos de companheirismo, solidariedade, pela aprendizagem (não só de Direito Civil Constitucional), pelas risadas, pelo amparo, pela força que me deram de sempre seguir adiante, apesar de todos os meus destrambelhos: a Maria Rita Holanda, a Luciana Brasileiro e a Catarina Oliveira por serem das minhas amigas de todas as horas, sinceras e sensíveis, Everilda Brandão, que com sua inteligência emocional nos mostra sempre o lado positivo das coisas, a Carla Moutinho que com

seu jeito transforma o ambiente mais leve e nos contempla com sua alegria de viver. A Marcos Ehrhardt nosso marco teórico, nosso equilíbrio, um dos meus portos seguros, aquele Marcos que junto com Carolina e Juliana, nos enchem de amor, de mimos e de tanta amizade verdadeira, a Geraldo Frazão e sua genialidade espiritual.

Às minhas irmãs Danielle Spencer “irmã do coração” e Mariângela Pereira minha “irmã mais velha” e a Ana Angélica Bezerra Cavalcanti, “minha irmã mais nova”, que sempre estão e estiveram comigo, dividindo alegrias, compartilhando tristezas, vocês são meus braços direito e esquerdo, meus pilares, minhas doces amigas, sem as quais muitos de meus dias e das minhas noites não teriam o menor sentido.

Mari, professora de Direito Penal, Processo Penal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, que conheci em meu primeiro emprego como professora de Direito Civil, em 2003. Amiga que logo se transformou a minha eterna irmãzinha mais velha, com você eu vivi os momentos mais tristes da minha vida, você foi meu tudo quando eu pensava não ser mais nada; eu vi seus sofrimentos serem sublimados pela sua maternidade, Ana Luísa é a linda florzinha que você e meu amigo Sérgio plantaram em vosso lindo Jardim.

Gelly, minha amiga paraibana a quem tenho como filha. Daquelas amigas que nem o tempo nem a distância apagam o meu amor que sentimos. Essa baixinha e eu sempre seguramos as nossas “pontas” (dificuldades, para que não reste qualquer mau entendido rs.) tendo uma a outra como porto seguro, foram tantas as lágrimas que transformamos em maturidade e felicidade. Nós, duas guerreiras, que de tanto que perdemos nesta vida, hoje conseguimos conviver com o superficial, quase que de maneira banal.

Dani, amiga de mestrado, que conheci em 2004. Amiga leal, companheira, prestativa, um profissional exemplar, com quem sempre tenho a aprender e me orgulhar, mãezona, que me deu a honra de ser madrinha de Lulu e Cacá e de ser a tia de Arthur, que me deu um amigo sensacional Evandro Moura e que me deu Colly, que logo virou mãe de todas as amigas, que não esqueço, não importa momento, a quem cito nominalmente: Juliana Maia, Daniela Guerra, Carla Duarte, Renata Portela (cozinha).

Àida Katz e à Emmanuelle Beltrão únicas e verdadeiras amigas que conquistei à época da faculdade, a vocês meu amor e dedicação.

As minhas outras gêmeas. Suenya Almeida, minha amiga que faz a parte

mais difícil em qualquer amizade, “puxar as orelhas”, essa qualidade singular demonstra seu zelo e carinho por mim, e que ela sabe serem correspondidos elevando-se-lhes ao quadrado, orgulho meu. Ciani Neves, mulher guerreira, defensora dos direitos humanos e uma professora querida por todos seus alunos, tamanho seu brilhantismo e diversidade na forma de ver a vida, espelho meu.

Aos meus Diretores, Coordenadores, meus colegas de trabalho, de “ontem”, na antiga Faculdade Integrada do Recife “minha primeira casa”; da Faculdade Barros Melo, da Faculdade Marista, da Faculdade Boa Viagem, do cursinho ATF, na pessoa do meu grande amigo Mozart Borba, e de hoje, nas Faculdade de Olinda e Faculdade Salesiana, que não me arriscarei a nominar, sob pena de arrepender-me de não citar alguém.

À Daniela Moura à Fernanda, à Juliana Medeiros, minhas amigas da equipe pedagógica que sempre têm uma palavra de apoio a me dar. Nem sei como agradecer.

Ringrazio a Claudia Angeli, a Francesca Angeli, a Stefano e a Lucia miei carissimi amichi che ho conosciuto in Italia e furono essenziale per me durante il periodo in cui sono stata in Italia. Io ho sempre ricevuto tanta dolcezza e tanto carino di voi. Voi siete come una seconda famiglia per me. Portovi nel mio cuore e sto sempre a ricordare ogni singolo e bei momenti in cui ci siamo stati vicini. Vi amo.

RESUMO

Partindo da reflexão acerca do sistema de reparação dos danos causados à pessoa, a presente Tese demonstra que, além da lesão aos direitos da personalidade, representados pelo dano moral, há outros direitos fundamentais, a exemplo da privacidade, que, se gravemente violados, podem comprometer de forma profunda e permanente o projeto de vida em suas relações sociais desenvolvidas anteriormente pela pessoa que sofreu o dano, rendendo-lhe uma alteração, cerceamento ou impedimento de suas atividades hedônicas, capazes de modificar o seu relacionar-se com o mundo, denominado de dano existencial. A presente Tese serve a indicar que, ao lado do dano moral e como subcategoria dos danos não patrimoniais, há o dano existencial, que merece ser acolhido, reconhecido e aplicado pelo nosso ordenamento jurídico. Da análise dos aportes teóricos, das características e dos elementos constitutivos do dano existencial, pôde-se verificar que esse dano não se confunde com o de natureza moral. O dano estético não foi considerado na hipótese, por não ser visto como modalidade autônoma de dano. O objetivo principal é partir de argumentos, de parâmetros e de circunstâncias em que o dano existencial é possível e é concretamente aplicável na Itália, para fundamentar a essência de sua construção jurídica nacional. Por isso, foram apresentadas e revistas as três das mais importantes decisões das Sessões Unidas da Corte de Cassação Italiana e as três mais emblemáticas Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que tratam direta e indiretamente do tema, para indicar a aplicação do dano existencial pelo ordenamento jurídico pátrio, ainda que de forma implícita. Foi utilizado o método indutivo, pois, muito mais que um comparativo jurisprudencial e doutrinário, leva-se à possibilidade específica (concebida externamente), de que o dano existencial pode e já vem sendo utilizado pelo nosso ordenamento jurídico interno. As demonstrações quanto à sua aplicação deram-se tanto pelo uso subsidiário de raciocínios lógico dedutivos, produzidos pela dogmática (referencial teórico estudado), quanto pela observância da legitimidade das decisões coletadas ao longo Tese. A confirmação da hipótese resultou: i) da comparação dos artigos das Constituições e dos artigos dos Códigos Civis (Italianos e Brasileiros); e b) do resultado das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que aplica o dano ao projeto de vida, nas mesmas circunstâncias em que o dano existencial é aplicado pelos italianos. Da análise de alguns julgados proferidos por Tribunais de primeira instância a aplicação do dano existencial foi corroborada pelo fato do Superior Tribunal de Justiça, ainda que sem referência nominal ao dano existencial, aplicar o dano ao projeto de vida em suas decisões (como nas pensões vitalícias). Por fim, da interpretação sistemática do Código Civil brasileiro foi encontrada a fundamentação legal adequada ao reconhecimento e aplicação expressa do dano existencial pelo Brasil, ratificando a hipótese e comprovando a Tese.

Palavras- Chaves: Dano à Pessoa. Dano Existencial. Projeto de Vida. Vida em Relações.

ABSTRACT

Getting start from the actual personal's repairing damages system reflection, this Thesis demonstrates that beyond the damages that could be caused to a personality's right, reflected trough the moral damage, there are other fundamental rights that once severely violated, as the privacy's right that once violated could cause a deeply and damage in someone life's project, in someone social relations that were been developed by the person who suffers the damage, that might be able to change, retrench or impeded his hedonics activities and that might be able to modify his own relation with the things and persons that interacts with or around him, nominated as an existential damage. This Thesis serves to indicate that besides the moral damage, and as a subcategory of the non-patrimonial damage, there is the existential damage that should not be confounded but might be recognized, and applied by our juridical ordainment. From the analysis of the theoretical contributions of his constitutional elements and based on its singularity, the existential damage necessarily serves to be applied by the juridical community. That's why our concern about the analysis of its precipitous arguments to conduces its comprehension within its essence, its recognition e and its juridical construction. Therefore, three of the most important decisions of the United Nations of the Italian Court of Cassation and the three most emblematic Sentences of the Inter-American Court of Human Rights, that directly and indirectly dealt with the subject, were presented and reviewed, to indicate the application of existential damage by Legal order, although implicitly. The inductive method was used because, much more than a comparative jurisprudential and doctrinal, we leaded with the specific possibility (externally conceived), that existential damage can and has been used by our internal legal system. The demonstrations regarding its application were due both to the subsidiary use of deductive logical reasoning produced by the dogmatic (theoretical referential studied), and by the observance of the legitimacy of the decisions collected throughout Thesis. The confirmation of the hypothesis resulted from: i) a comparison of the articles of the Constitutions and the articles of the Civil Codes (Italian and Brazilian); and b) the outcome of the decisions of the Inter-American Court of Human Rights, which applies the damage to the life project, in the same circumstances in which the existential damage is applied by the Italians. From the analysis of some judgments by our first instances Courts, the existential damage the application was corroborated by the fact that the Superior Court of Justice, although without a nominal reference to existential damage, applies the damage to the life project in its decisions (as in annuity pensions). Finally, from the systematic interpretation of the Brazilian Civil Code was found the adequate legal basis to the recognition and express the application of existential damage by Brazil, ratifying the hypothesis and proving the Thesis.

Key Words: Existential Damage. Damage to a Project of life. Damage in a life of relations. Personal Damage.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 DANO À PESSOA	28
2.1 O SIGNIFICADO E O ALCANCE DO DANO À PESSOA	30
2.2 DOS DANOS EM GERAL: ESPÉCIES NA EXPERIÊNCIA DO DIREITO BRASILEIRO	34
2.2.1 Dano Moral	37
2.2.1.1 <i>Histórico do reconhecimento do dano moral</i>	40
2.2.1.2 <i>Danos morais e direitos da personalidade</i>	47
2.2.3 Dano Estético	55
2.2.4 Dano Existencial	57
3 A NECESSIDADE DO RECONHECIMENTO DE UMA NOVA MODALIDADE DE DANO NÃO PATRIMONIAL	61
3.1 DANO EXISTENCIAL COMO CATEGORIA AUTÔNOMA DE DANO À PESSOA: SUA CONFIGURAÇÃO E SEUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS	67
3.2 PROJETO DE VIDA	76
3.2.1 Dano ao projeto de vida	79
3.2.2 Proteção jurídica ao projeto de vida e às relações sociais da pessoa	81
3.3 DISTINÇÕES ENTRE O DANO MORAL E O DANO EXISTENCIAL: POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO	86
3.4 IMPROPRIEDADE DO DANO ESTÉTICO	106
4 UMA EXPERIÊNCIA EXITOSA DO DANO EXISTENCIAL	116
4.1 A EVOLUÇÃO DO DANO EXISTENCIAL NA ITÁLIA	116
4.2 SESSÃO UNIDA DA CORTE DE CASSAÇÃO, SENTENÇA N. 6607 DE 11 (ONZE) DE NOVEMBRO DE 1986	119
4.3 SESSÃO UNIDA DA CORTE DE CASSAÇÃO CIVIL, SENTENÇAS N. 8827 E 8828 DE 31 DE MAIO DE 2003	123
4.4 SESSÃO UNIDA DA CORTE DE CASSAÇÃO, SENTENÇAS N. 2972 E 2973, DE 11 DE NOVEMBRO DE 2008	131

5 O RECONHECIMENTO DO DANO EXISTENCIAL PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. PELA CORTE EMBLEMÁTICOS.....	136
5.1 CASO LOAYZA TAMAYO VS. PERU.....	137
5.2 O CASO GUTIÉRREZ SOLER VS. COLÔMBIA.....	140
5.3 CASO CANTORAL BENAVIDES VS. PERU.....	147
5.4 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS CASO I.V. VS BOLÍVIA.....	153
 6 A VERIFICAÇÃO DO DANO EXISTENCIAL SOB A ÓTICA DO DIREITO À PRIVACIDADE: <i>REVENGE PORN</i>	164
6.1 WARREN E BRANDEIS:O DIREITO DE ESTAR SÓ.....	171
6.2 CASO JANE DOE	175
6.3 CASOS BRASILEIROS DE <i>REVENGE PORN</i>	178
 7 CASOS EXEMPLARES DE DANOS EXISTENCIAIS NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.....	181
7.1 CASO DOS IRMÃOS NAVES.....	181
7.2 CASO DA ESCOLA BASE.....	188
7.3 PRISÃO INDEVIDA E O DANO EXISTENCIAL.....	198
7.4 DOS DANOS MORAIS POR ATO DE INFIDELIDADE MATRIMONIAL.....	201
 8 PROVA, QUANTIFICAÇÃO E LIQUIDAÇÃO DO DANO EXISTENCIAL PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS: SUA APLICABILIDADE.....	210
8.1 OS CRITÉRIOS DE LIQUIDAÇÃO DO DANO EXISTENCIAL.....	212
8.2 QUANTIFICAÇÃO DO DANO EXISTENCIAL.....	217
8.3 SENTENÇAS RECONHECENDO O DANO EXISTENCIAL NO BRASIL: AINDA QUE SOB O TÍTULO DE DANO MORAL.....	220
 9 CONCLUSÃO.....	236
 REFERÊNCIAS	246

1 INTRODUÇÃO

Analisar o dano à pessoa, comprovar que as modalidades de danos existentes não são mais suficientes à reparação integral da vítima que sofreu um dano, demonstrar que não há limitações legais à ampliação dos danos já reconhecidos pelo ordenamento jurídico interno são alguns dos objetivos gerais da presente Tese.

O novo fenômeno do dano à existência tomou cada vez mais corpo, pois, a pessoa visa a concretização de um projeto de vida de caráter global, que não se exaure no desenvolvimento do aspecto exclusivamente econômico.

O alcance da proteção da pessoa na Constituição e a proteção dos valores de caráter pessoal são postos como objetivos prioritários à elaboração das normas, por meio dos quais se tem em vista a garantia do desenvolvimento da personalidade e o pleno desenvolvimento da pessoa humana.

Os limites da tutela de certas situações, além do prejuízo à integridade psicofísica, passam a ser questionados. Pois, começam a surgir novos danos à pessoa, a singularidade destes novos danos emergem como decorrência do complexo de ligações e interligações entre as pessoas pertencentes a uma sociedade, em um determinado tempo e em um dado momento histórico. Ações de indenizações, cujas queixas eram até então desconhecidas, terminaram chegando aos tribunais.

O prejuízo causado pelos novos danos são de tal natureza que servem a conturbar de maneira mais ou menos definitivamente, a cotidianidade imediata da vida da vítima.

Da constatação de que a espécie de dano não patrimonial existente, especificamente o dano moral, não é mais capaz contemplar as lesões causadas às pessoas, parte-se em busca de uma outra modalidade de dano, que possa suprir o direito de danos causados à pessoa.

Do 'fazer não remunerado' da pessoa e do seu existencialismo surge a necessidade pela busca de uma terceira modalidade de dano, para além do dano moral, porque a pessoa não vale pelo que ela produz e sim pelo que é, em sua existência. É através da existência que a pessoa se projeta e inicia a formação dos vínculos sociais.

Parte-se do Código Civil (1916) e das Constituições Federais (anteriores à de 1988) de caráter eminentemente patrimonialistas, ao reconhecimento do dano moral, como o dano de natureza psicofísica causado à pessoa, que ganhou parâmetros para sua mensuração e sua aplicabilidade.

O fato de que a pessoa não pode permanecer irressarcida, e de que as normas devem ser feitas para a proteção de danos à pessoa, visando sua reparação integral é que justifica a existência de uma outra modalidade de dano que, de fato, começa a ser aplicada implicitamente pelos tribunais.

Com o transcurso do tempo fica mais clara a necessidade de se ampliar a prevenção e a repressão em relação aos danos causados à pessoa, em defesa da dignidade humana. Torna-se perceptível que a reparação integral do dano causado à pessoa, que dá sentido a todo sistema ressarcitório precisa ser revisto e atualizado.

Sabe-se que aplicação da indenização por danos morais ocorrerá todas as vezes em que um direito da personalidade for lesado. Não há dano moral fora dos direitos da personalidade. O dano moral é aquele que causa uma lesão aos direitos inatos, ínsitos à pessoa, direitos que são adquiridos pelo simples fato da pessoa ter nascido com vida. A dor e os sofrimentos internos causados à vítima são compensados economicamente. Mas e os outros danos além dos direitos da personalidade de natureza não patrimonial seriam ressarcidos com base em que modalidade de dano?

Tendo-se em vista que a pessoa é e está no centro do ordenamento jurídico e que, em função dela as normas jurídicas são produzidas, a Constituição Federal de 1988 elencou as garantias e os direitos fundamentais do homem, de forma explícita, mas não taxativa, permitindo a interpretação extensiva da proteção à pessoa.

Partindo-se de uma interpretação extensiva dos direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal, foi possível verificar que o dano ao projeto de vida ou dano existencial, podem ser inseridos no ordenamento jurídico brasileiro, como uma nova modalidade apta a fazer parte do Direito de Danos.

Visto que a gravidade e extensão dos prejuízos sofridos pela vítima de um dano existencial não se confundem com as lesões provocadas pelos demais danos, parte-se para demonstração de que o dano existencial ou o dano ao projeto de vida é capaz de gerar um vazio existencial naquele que sofreu um abalo na sua fonte de gravitação vital, nas expectativas de seu próprio desenvolvimento enquanto pessoa,

enquanto profissional ou enquanto membro em uma entidade familiar, sendo assim, o prejuízo causado recai sobre a liberdade que qualquer um tem, ainda que abstratamente, de escolher o seu próprio destino e de projetar a sua vida no momento presente e futuro.

O dano existencial e o dano ao projeto de vida podem se apresentar diante de uma ameaça ou em um dano concreto ao sentido que a pessoa deseja atribuir à sua existência, sob o aspecto que esta deve conferir o sentido próprio à sua vida.

O fato do dano existencial atingir valores fundamentais da vida humana (integridade física, saúde, paz, alegria, reputação e a própria vida, entre outros), diversos dos direitos da personalidade, faz evidenciar sua autenticidade, o seu caráter inovador, e o seu ineditismo.

Não se quer apenas explicar as razões para o reconhecimento e aplicação do dano existencial, mas, também de provar que, além de ser uma nova modalidade de dano não patrimonial, o dano existencial é autônomo em relação ao dano moral, por isso ele precisa ser melhor estudado pela doutrina, para que esta possa servir de subsídio ao ordenamento jurídico pátrio que, em comparação a outros ordenamentos internacionais, encontra-se um passo atrás em relação à proteção dos danos à pessoa.

Algumas observações precisam ser feitas para tornar possível o refazimento dos passos que conduzirão a elaboração da presente Tese:

i) o dano patrimonial e toda a teoria da responsabilidade civil foram excluídos da tese, tal fato deu-se em razão do corte epistemológico feito a fim de que se evite interpolações desnecessárias, não pertencentes ao nosso marco teórico;

ii) para que haja fluidez na leitura desta Tese, parte-se do pressuposto que o leitor, a quem a mesma é dirigida, tenha conhecimento prévio do instituto da responsabilidade civil;

iii) adota-se a Metodologia Civil Constitucional;

iii) nesta Tese, nem todos os danos foram trazidos à análise, foram selecionados apenas os danos não patrimoniais, estes, variáveis de acordo com a época em que os mesmos foram ocasionados e de acordo com os valores sociais vigentes à época, levando-se em conta mais que o dano moral, dando-se prioridade aos valores existenciais;

iv) são estudados apenas os danos não patrimoniais, dentro desta categoria, defende-se a existência de duas subcategorias, os danos morais e os danos

existenciais, excluído como subcategoria o dano estético por não se acreditar em sua autonomia, como será melhor apresentado na Tese.

Os problemas estavam em responder algumas perguntas, como: i) que dano seria este, cuja extensão e permanência no tempo poder acarretar uma modificação, impedimento ou cerceamento do poder de autodeterminação da pessoa?; ii) haveria no Brasil previsão legal quanto a um tipo de indenização, não só em pagamento em dinheiro, mas decorrente de outro mecanismo ressarcitório, capaz de abranger todo e qualquer prejuízo causado por um dano à pessoa?; e iii) se o dano moral contempla as lesões aos direitos da personalidade, como tratar um dano que ofendesse outros direitos garantidos constitucionalmente? Como o direito à saúde e o direito à igualdade.

A busca por mais respostas conduziu uma pesquisa feita *in loco*, na Itália, pelo período de 1 (um) ano, sob o regime de co-tutela, através do Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior (PDSE), como bolsista da CAPES.

Ao começar os estudos na *Scuola di Specializzazione di Diritto Civile* na *Università di Camerino*, foi possível entender como o dano existencial se originou, como foi seu processo de ratificação, até ser declarado uma categoria autônoma de dano não patrimonial, ao lado do dano moral. Por isso, o marco teórico é, em grande parte, resultado da imersão de pesquisas na doutrina e na jurisprudência italianas.

Das referências encontradas na legislação italiana e da análise de julgados da Corte de Cassação Italiana, foi descoberta a existência do dano existencial, que é diverso do dano moral e mais amplo que o dano à saúde. O dano existencial surge como modalidade de dano à existência da pessoa, representado por um dano ao projeto de vida e um dano à vida em relações.

A partir do resultado das pesquisas realizadas, busca-se uma justificativa para a aplicabilidade dano existencial. A finalidade está em saber se tal dano é suficiente à proteção dos valores existenciais da pessoa.

A sentença n. 6607, publicada em 11 de novembro de 1986, proferida pela Corte de Cassação Italiana, foi apontada pela doutrina e jurisprudência italianas, como a sentença que deu origem ao reconhecimento do dano existencial, implicando em um “não fazer como se fazia antes”.

O caso referenciado na sentença acima mencionada era o de um homem que, ao ser operado de hérnia inguinal, como consequência de um erro médico, teve seu testículo esquerdo atrofiado. Na tentativa reverter o quadro de atrofia, o paciente

se submeteu a nova cirurgia, esta última piorou o estado das coisas, de modo que o paciente ficou irreversivelmente impotente.

A Corte de Cassação italiana condenou o médico e o hospital onde a vítima fora operada, por dano existencial, por considerar que a vítima sofreu uma interrupção no seu projeto de vida (casado e com planos de ter filhos), e uma modificação em sua vida em relações (não poderia mais ter relações sexuais naturais); de outro lado, foi ressaltado que no valor a ser pago também estava incluída a compensação à esposa do lesado, na posição de uma pessoa que sofreu um dano concorrente e simultâneo ao da vítima, em relação à modificação de seu projeto existencial.

A Corte de Cassação identificou que aquele dano não poderia ser apenas moral, dada sua irreversibilidade e por ser um dano causado à existência da pessoa, ou seja, dano que se traduz em uma piora na qualidade de vida que a vítima passará a ter depois do dano.

O dano provocado pelo médico (com responsabilidade solidária do hospital), causou um “não poder mais fazer como antes”; um “não fazer”; ou, um “ter que fazer diferente”, expressões usadas pela doutrina e jurisprudência italianas para indicar a presença de um dano existencial.

A Corte de Cassação entendeu que a condenação tanto pode de dá por um dano moral ou por dano existencial, isoladamente; quanto também pode haver a cumulação da condenação do dano moral, com a condenação por dano existencial.

O *danno esistenziale* passou a integrar a tipologia da responsabilidade civil italiana, a par e além do dano moral, em razão de sua extensão, de sua permanência e da natureza dos direitos violados. Um dano cujo reconhecimento é indispensável à proteção e ao respeito ao ser humano, em sua tranquilidade existencial, e em suma, em sua dignidade.

Da sentença passaram a ser reconhecidos como elementos constitutivos do dano existencial: i) o dano ao projeto de vida; e ii) o dano à vida em relações sociais da pessoa lesada.

Mas, para defender a aplicação do dano existencial no ordenamento jurídico brasileiro era imprescindível a diferenciação entre o dano existencial e o dano moral.

Partindo-se da fundamentação quanto as diferenças entre o dano moral e o dano existencial, deseja-se provar que os mesmos não se confundem e que são duas modalidades distintas de dano não patrimoniais, sendo subcategorias destes.

O dano moral corresponde à lesão de um ou mais dos direitos da personalidade, tem natureza transitória, é auferível casuisticamente, é um dano cuja indenização depende da prova dos prejuízos e não do dano em si, vez que deve o pagamento da indenização é, não só uma compensação, mas deve ser proporcional ao sofrimento causado no interior da pessoa, de forma a desestimular a sua prática.

O dano existencial é representado por uma lesão que atinge não a simples integridade física ou moral do indivíduo, mas a própria existência da pessoa lesada, como alguém se vê, como uma pessoa que nunca mais poderá voltar a ser ou fazer o que vinha fazendo e se realizar como vinha projetando cotidianamente o seu futuro, antes do dano ter sido causado, como alguém que perdeu a possibilidade de conquistar exatamente o que estava planejando para si. É um dano que causa impossibilidades, modificações ou cerceamentos nas atividades, nos esportes, no trabalho, nas relações afetivas, familiares, sociais, que a pessoa projetou futuramente para sua vida.

O dano moral é inerente e ínsito à condição humana; o dano existencial está representado na lesão dos “afazeres domésticos”, das “atividades realizadoras da pessoa”, do “perturbamento da vida cotidiana”, de um “diverso relacionamento com o tempo e espaço”, da “quantidade da vida” ou perda de “ocasiões felizes”.

Enquanto o dano moral é um “sentir”; o dano existencial é mais que um “fazer”, aliás é um “não poder mais fazer”, um “dever agir de outro modo”. O dano moral está ligado à natureza “interior” da pessoa, à esfera emotiva; destina-se à consideração do que se sofreu, das angústias. O dano existencial, por sua vez, relaciona-se com o “externo”, o tempo e espaço da vítima; traz uma reviravolta forçada nos compromissos anteriormente firmados ou que ainda estavam por vir a ser estabelecidos.

O dano existencial tem natureza hedonista, consubstanciado na lesão ao prazer de viver do indivíduo, que se realiza e se desenvolve na sociedade em que está inserido.

O dano existencial é resultado de uma lesão que atinge outros direitos constitucionalmente reconhecidos, diversos dos direitos da personalidade. É um dano que pode ser percebido externamente, pois, uma vez lesada, a vítima é afetada em sua existência, no seu projetar-se e relacionar-se, que não poderão ser reconstituídos.

Os direitos da personalidade são referenciados na Tese com a finalidade de explicar que a lesão aos mesmos é indenizável pelo dano moral, dano este que tem como consequência a lesão provocada aos direitos inatos do homem.

Um dano à existência do ser humano, capaz de ocasionar uma modificação na sua perspectiva de vida, no que diz respeito ao seu cotidiano, resultando um prejuízo no desempenho de suas atividades, impossibilitando-as ou dificultando-as, impõe o dever de indenizar através do dano existencial e não como dano moral, já que os efeitos danosos se protraem por toda a vida da vítima, impedindo-a de se auto-realizar.

O dano existencial é provocado em um determinado momento da vida da vítima, mas se irradiará por toda ela -a partir do evento danoso em diante - quer na sua relação existencial, quer nas suas relações com seus familiares, possivelmente com o seu cônjuge ou seu companheiro(a), em relação ao seu (s) empregador (es) e nas suas relações sociais externas através das quais a pessoa se relaciona com o que existe ao seu redor.

Da diferenciação entre danos morais e danos existenciais, parte-se em busca da prova, da liquidação e da justificativa do dano existencial, para que posteriormente fossem determinadas as ocasiões em que tal modalidade de dano venha a ser aplicável.

Qualquer pessoa, indiscriminadamente, pode vir a ter seu projeto de vida descontinuado, de modo irreparável, por isso as normas protegem não só a pessoa, mas as relações sociais que esta mantém com as demais pessoas da sociedade.

Em verdade, a partir do dano existencial há a retirada de toda uma perspectiva traçada, delineada e projetada concretamente, nos planos socioeconômicos e cultural da vida da pessoa que sofreu o dano.

Para justificar a inserção e aplicação do dano existencial no ordenamento jurídico brasileiro, como uma nova modalidade de dano (para além do dano moral), foram feitas análises doutrinárias e jurisprudenciais brasileiras, de modo a provar que o dano existencial já é aplicado interna e implicitamente pela jurisprudência, constatação que se tornou possível através da utilização de argumentos de busca na jurisprudência do site do STJ, como “dano ao projeto de vida”, “pensão vitalícia”, “dano moral”, “dano existencial”.

Da análise de ações indenizatórias baseadas na alteração do interagir da pessoa com o ambiente, por meio de alteração nas atividades cotidianas, no seu

existir diante aos demais homens, nas suas relações interpessoais, sociais, laborais, emocionais, é que se tornou possível identificar a aplicação implícita do dano existencial nos julgados selecionados.

Quer-se trazer o estudo do dano existencial à comunidade jurídica, propondo-se aportes teóricos que venham a servir como pontos basilares aos profissionais do Direito no que diz respeito a essência e a utilidade de tal construção jurídica.

Propõe-se que o estudo do dano existencial seja analisado sob dois aspectos:

a) Dano ao projeto de vida (chamado ainda de: *prejudice d'agrément* — perda da graça ou *lost pleasure of life*): no dano ao projeto de vida está inserida toda e qualquer lesão que venha a comprometer a liberdade de escolha que possa vir a, concretamente, destruir o que a pessoa lesada idealizou para sua realização enquanto ser humano, no sentido em que toda e qualquer pessoa tem um projeto voltado à própria *autorrealização*. O projeto de vida é o direcionamento que uma pessoa dá a *suas escolhas* interiores, com a finalidade de assegurar sua concretude. As escolhas interiores serão desenvolvidas de acordo com o contexto espaço-temporal em que o ser se encontra inserido, nas metas traçadas, nos objetivos e nas ideias intrínsecas que serão responsáveis por dar sentido à sua própria existência.

No início dos anos 90 o dano ao projeto de vida começou a ser estudado mais precisamente pela doutrina peruana (outro marco teórico da Tese, as obras do escritor Fernández Sessarego).

O dano ao projeto de vida é um dano especial que transcende ao que se conhece e se designa como integridade psicossomática da pessoa. É um dano radical e profundo que compromete as expectativas existenciais do indivíduo.

O dano ao projeto de vida é visto como um dano em consequência, capaz de modificar ou frustrar o projeto de vida, por meio do qual a pessoa se realiza como ser humano. O dano ao projeto de vida causa a perda do sentido que a pessoa empregou para seu viver e relacionar com as demais pessoas e com as demais coisas.

Por projeto de vida, entende-se o destino escolhido pela pessoa, o que esta decidiu fazer com a sua vida, como um ser humano que pode sempre extrair o máximo das suas potencialidades. As pessoas, constantemente, projetam-se para o futuro e realizam escolhas que irão permear a sua existência e à realização do seu

projeto de vida. O dano que frustra esse destino (impede a sua plena realização), obriga a pessoa a se resignar com o seu futuro.

Precisamente por viver no tempo, cada um busca divisar seu projeto de vida. O vocábulo "projeto" encerra em si toda uma dimensão temporal. O conceito de projeto de vida tem um valor essencialmente existencial. É dizer, no marco da transitoriedade da vida, que cada um pode fazer as opções que lhe parecem acertadas ao seu alcance, em busca da realização de seus ideais.

A busca da realização pelo projeto de vida revela um alto valor existencial, capaz de dar sentido à vida de cada um. A ruptura dessa busca, por fatores alheios, como a violência, a injustiça, a discriminação, que alterem e destruam arbitrariamente o projeto de vida de uma pessoa, reveste-se de particular gravidade, — e o Direito não pode se quedar inerte a isso.

O projeto de vida dependerá do relacionamento entre as pessoas humanas, como um ser que se relaciona com os outros seres no mundo ou seres coexistentiais, da interação de uma pessoa com as outras, da forma que se inserem no mundo, de suas adaptações e de suas readaptações às atividades desenvolvidas em conjunto na sociedade em que vive.

b) **Dano à vida em relações:** o indivíduo, como ser humano, pode, uma vez inserido em diversas relações interpessoais, nos mais diversos ambientes e contextos, vir a estabelecer sua vivência e seu desenvolvimento pela busca constante do êxito no seu projeto de sua vida, do gozo dos direitos inerentes à sua personalidade, de suas afinidades e de suas atividades. A pessoa objetiva seu crescimento através da continuidade no contato, por meio dos processos de diálogo e de dialética com os demais membros, que participam com ele da vida em sociedade.

O dano existencial, em medida mais ou menos relevante, causa uma alteração que vem se demonstrando cada dia, de forma mais substancial, nas relações familiares, sociais, culturais, afetivas, etc. O dano existencial corresponde a todo acontecimento que venha a incidir de forma negativa, sobre o cotidiano, sobre as atividades normalmente desempenhadas pela pessoa humana, suscetível de vir a repercutir, de forma consistente — ainda que de maneira transitória ou permanentemente — sobre a sua existência.

O dano ao projeto de vida e o dano à vida em relações, como mencionado, passam a serem vistos não apenas como elementos do dano existencial, mas são

utilizados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, como sinônimo do dano existencial. Afirmação esta extraída das decisões analisadas.

Da referência feita pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao dano ao projeto de vida, em suas principais condenações (eleitas pela própria CIDH como decisões emblemáticas), parte-se para um novo levantamento bibliográfico, desta vez, sobre o dano ao projeto de vida, utilizado como sinônimos do dano existencial.

O dano existencial e o dano ao projeto de vida servem como modelos a serem aplicados pelo Judiciário Brasileiro.

A verdade é que apesar de não haver previsão legal explícita no ordenamento pátrio quanto a esta nova modalidade de dano (dano existencial), quer-se justificar sua existência, através da análise da jurisprudência nacional.

Afinal, um dano não deixa de ser reconhecido ou de ser aplicado por não haver previsão legal explícita, de forma que, qualquer lesão causada à pessoa deve ser ressarcida, ainda que para isso seja necessária a criação de uma nova categoria de proteção de danos à pessoa (fundamentação da Tese).

Para poder demonstrar a viabilidade da Tese, foi-se em busca de como é realizada a prova quanto à ocorrência do dano existencial, de que maneira ele é auferido e de como o mesmo é liquidado.

Através da prova do seu reconhecimento, deseja-se deixar uma contribuição de quais elementos são utilizados na fixação de uma indenização por dano existencial, afirmando que esta indenização pode ser feita de outras formas, diversas do pagamento compensatório em dinheiro.

Apresentam-se os elementos de fixação à compensação das lesões causadas, elementos esses mais amplos que o valor perdido ou o que se deixou de lucrar, elementos mais amplos que o valor estipulado à indenização do dano ao aspecto psicofísico, para se demonstrar que o arbitramento a ser utilizado pode ou não resultar em uma compensação, a depender da perspectiva quanto ao aspecto dinâmico-relacional e existencial, causados a vítima.

A gravidade, o momento em que o dano foi causado, o cerceamento, o impedimento ou modificação do projeto de vida e dos relacionamentos sociais da vítima, devem ser julgados mediante a apresentação de uma prova concreta, que ateste a permanência e a irreversibilidade do dano existencial, de modo a torná-lo plenamente justificável de ser aplicado pelo ordenamento jurídico brasileiro, através da doutrina, e da jurisprudência.

Destaca-se que há casos em que o pagamento não é a melhor forma de reparar, ressarcir ou indenizar, pois a sentença pode indicar a retratação pública, a fixação de cotas periódicas a ser paga à pessoa lesada (podendo ser vitalícia), o fornecimento de um tratamento adequado à lesão causada, o fornecimento de assistência médica e acompanhamento do quadro de saúde, o reenquadramento em outra função, o fornecimento de emprego, etc.

Através do estudo de como esta indenização deve ser arbitrada, visa-se fornecer mecanismos para a criação de parâmetros judiciais quanto à aplicabilidade do dano existencial pelo nosso ordenamento pátrio, ao tempo que se comprova ser ele já aplicado.

Portanto, a Tese é a de que essa categoria de dano já existe, e é aplicada pelo nosso ordenamento jurídico interno (de maneira implícita), mas que depende ainda de seu reconhecimento expresso, pela jurisprudência e pela doutrina nacionais.

Algumas decisões judiciais foram trazidas à análise para servir de esclarecimento ao leitor, de quais tipos de situações o dano existencial pode ser aplicado.

Pretende-se fornecer uma contribuição acadêmica, no sentido de mostrar um novo olhar sobre o dano à pessoa, não mais em seus sofrimentos interiores, mas nos prejuízos exteriores que podem advir de uma lesão existencial, que se inicia no centro do sentir humano, mas prolonga-se em seu existir.

Ante a limitada aplicabilidade da definição do dano existencial à ordem jurídica, conjectura-se a verificação e a possibilidade de um uso genérico do conceito de dano seja modo abstrato, do ponto de vista dogmático, concreto, ou pragmático, mediante seu uso em decisões judiciais ou na jurisprudência.

A partir do recorte epistemológico, derivado do movimento de Constitucionalização do Direito Privado, desenvolve-se o estudo quanto a um problema que atinge, não apenas à pessoa, mas, de forma ampla, os direitos democraticamente consolidados pela Constituição Federal. Diante do recorte escolhido, a problemática gira em torno da demonstração da aplicabilidade de um conceito jurídico do dano existencial ao ordenamento pátrio.

Para a elaboração da Tese foi necessário o uso de controles metodológicos. A partir do método geral de investigação, verificou-se a adequação *a posteriori* do

dano existencial, decorrente das dimensões dos dados coletados nas pesquisas bibliográfica e documental.

Trata-se, assim, de clara tentativa de indução metodológica, cujos resultados se mostraram satisfatórios a provar a possibilidade de chegar-se ao objetivo. Tanto pelo uso subsidiário de raciocínios lógico dedutivos, produzido pela dogmática (referencial teórico estudado), quanto pela observância da legitimidade das decisões coletadas ao longo da pesquisa.

Na verdade, muito além de um comparativo jurisprudencial e doutrinário, visou induzir que a possibilidade específica da hipótese pode tornar aplicável à Tese.

A coleta dos dados jurisprudenciais foi escolhida de acordo com sua referenciabilidade para o ordenamento jurídico, e, como um todo, foram analisados exaustivamente.

Nesta introdução foi-se escolhido um caso a ser deixado como reflexão sobre o que será discutido ao longo da Tese.

Trata-se do AgRg no REsp 1405910/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 25/11/2014, DJe 02/12/2014.

O caso versou sobre o nascimento de uma criança, cujo laudo pericial foi conclusivo em seu diagnóstico: Paralisia cerebral e Retardamento Mental Severo CID-G80.0 (MANDAL, 2017, p.3).

A mãe da criança deu início ao trabalho de parto em 08/11/2002, e logo foi levada ao Hospital Universitário de Santa Maria (HUSM), por falta de leito foi encaminhada à Casa de Saúde, onde às 8:00h foi recebida pela equipe de enfermagem, apenas às 2:00h do dia 09/11/2002 é que foi analisada por um médico.

Mesmo diante da progressão do parto da criança, o médico optou pela realização do parto natural, que não evoluiu bem, tentada a cirurgia cesariana, não chegou a ser realizada, porque a criança nasceu por parto normal, em más condições e cianótica (coloração azulada ou violácea da pele e das mucosas, devida à falta de oxigenação ou insuficiência de oxigênio no sangue e no cérebro).

Transferida à CTI neo-natal do HUSM, a criança permaneceu internada, teve alta apenas 25 dias depois da sua internação e saiu da CTI neo-natal sem andar, sem falar e completamente dependente de outra pessoa para sobreviver, dado seu estado vegetativo.

Do conjunto probatório anexado aos autos, a perícia foi conclusiva nos seguintes pontos: i) a demora da realização do parto, foi fator determinante para o retardo do desenvolvimento Neuropsicomotor da criança, esta nunca falou, nunca caminhou e atualmente é alimentada por sonda de gastrostomia e faz uso contínuo de medicação (fenobarbital) para controle de suas convulsões; ii) as lesões sofridas pelo nascituro foram consequências direta do parto retardado; iii) o procedimento utilizado pelo médico evidenciou a ineficiência no atendimento à parturiente, sendo inaconselhável tamanha demora na realização do parto; iv) a criança ingeriu o líquido amniótico, por ter entrado em sofrimento fetal, desta ingestão resultou a hipóxia e as lesões cerebrais presumíveis; v) o retardamento Neuropsicomotor é muito grave, difícil de avaliar porque o quadro da criança não permitia uma linha de comunicação com os peritos, que presumiram ser muito deficitário; vi) não existe possibilidade do menor prescindir dos cuidados de terceiros, tanto no seu desenvolvimento físico e ou mental, porque ele sempre será totalmente dependente das outras pessoas; e vii) as deficiências são permanentes e irreversíveis.

A perícia judicial não deixou dúvidas que os danos causados ao nascituro decorreram da realização defeituosa no procedimento de parto, mas, foi com base nas provas e nos fatos constantes dos autos que o Tribunal de origem entendeu que ser justo o valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), arbitrado a título de indenização a favor da criança, representada pelos seus pais, por danos morais, baseados nos danos decorrentes de erro médico, o qual ocasionou paralisia cerebral e retardo mental severo na vítima.

A deficiência permanente causada pelo dano infligiu à vítima um “não poder escolher como e com quem ela um dia desejaria se relacionar”, a fim de realizar um projeto de vida que chegou sim a existir, porque o próprio nascimento pressupõe o direito a ter direitos.

Um dano causou o tolhimento da escolha de como se auto conduzir, de se auto-realizar, de escolher seus objetivos, prejuízo que deixou a criança totalmente dependente da ajuda das outras pessoas para realizar as coisas mais básicas do dia-a-dia, como andar.

O seu relacionamento com o mundo exterior é praticamente inexistente e deverá ser feito através da mediação de quem se relaciona com a vítima, não poderá ser escolhido pela mesma, porque foi previamente determinado pelas circunstâncias de seu estado vegetativo (que perdurará por toda a sua existência).

Será que este exemplo serviria à confirmação da hipótese de que é possível o reconhecimento de um dano à existência? Será que a tese poderá ser confirmada através da análise da jurisprudência? Será que esta mesma jurisprudência aplica implicitamente o dano existencial?

As respostas a essas perguntas serão esclarecidas nesta Tese, ora apresentada.

O dano patrimonial e toda a teoria da responsabilidade civil foram excluídos do trabalho em razão do corte epistemológico, para evitar interpolações desnecessárias. A leitura deste trabalho acadêmico parte do pressuposto que o leitor a quem a mesma é dirigida, tenha conhecimento prévio do instituto da responsabilidade civil. Este conhecimento pressuposto é uma decorrência da Metodologia Civil Constitucional adotada. Nesta tese a hipótese levantada é a existência de uma nova categoria de danos, os existenciais. A Tese é que a de que essa categoria de dano existe e já é aplicada, pelo STJ. O dano existencial não se confunde com o dano moral, vai além dele, afeto ao estudo do dano à pessoa, afora das lesões aos direitos da personalidade.

O objetivo principal é tratar diretamente sobre o dano não patrimonial, apontando que o dano existencial já foi reconhecido pela Itália - em primeiro lugar - e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. O dano existencial, segundo nossa hipótese, já tem aplicabilidade na jurisprudência, apesar de quase não haver doutrina que o ressalte (tese).

Nesta Tese, nem todos os danos são levados em consideração sob o ponto de vista jurídico, foram selecionados apenas os danos não patrimoniais que excedam o grau de tolerância mínimo exigido por quem deseja viver em sociedade (como uma espécie de limite de suportabilidade, variável e adaptável pelo direito, de acordo com tempo e os valores sociais). Dentro dos danos não patrimoniais são relacionados os danos morais e os danos existenciais.

O dano estético é visto como parte integrante do dano moral, quando a dor física seja superior a um sofrimento íntimo, mas seja causa de vexame, por parte da vítima e/ou da sociedade que a “exclui” ou coloca “limites de participação no entrosamento em razão do não enquadramento do padrão estético pré-estabelecido pela sociedade excludente”. O dano estético ainda pode ser caracterizador do dano existencial quando, de natureza permanente e irreversível, interrompa ou cerceie uma atividade cotidiana que vinha sendo desempenhada pela vítima, como, por

exemplo, no caso de modelos, esportistas e musicistas que, sofrendo a lesão estética, não poderá retomar as atividades antes desenvolvidas; ou mesmo, no caso de pessoas que ficaram paraplégicas, crianças que tiveram o diagnóstico de paralisia cerebral, atrofia ou amputações por erros de terceiros; ou, em outro caso, de pessoas que foram presas indevidamente e sofreram lesões, cujas sequelas são comprovadamente indelévels.

O isolamento dos direitos da personalidade em relação a alguns direitos inatos e essenciais à realização da pessoa e de sua dignidade, não quer significar que está afastada a hipótese de ressarcimento pelos danos causados à pessoa, somente se quer reforçar que a lesão causada, poderá decorrer do dano ao projeto de vida e do dano à vida de relações. Esta tese dirige-se a demonstrar que fora os danos materiais (patrimoniais) e os danos morais ou danos aos direitos da personalidade, estão presentes, implicitamente, no artigo 6º da Constituição Federal, portanto, dentro dos direitos sociais, já que não se trata da proteção de um único indivíduo, mas de toda a coletividade.

Os danos de natureza existencial, que não afeta a personalidade, mas o homem enquanto essência, no seu interagir com o ambiente, por meio de suas atividades cotidianas, e no seu existir diante aos demais homens, nas suas relações interpessoais, sociais, laborais, emocionais, etc. Serão, portanto, abordadas as distinções entre o dano moral e o dano existencial, levantando a tese que este representa outra modalidade de dano não patrimonial, diferente daquele, com características distintivas e elementos constitutivos próprios.

2 DANO À PESSOA

2.. O significado e o alcance do dano à pessoa; 2.2 Dos danos em geral: espécies na experiência do Direito Brasileiro; 2.2.1 Dano Moral. 2.2.1.1 Histórico do reconhecimento do dano moral; 2.2.1.2 Danos morais e direitos da personalidade; 2.2.3 Dano estético; 2.2.4 Dano existencial;

Grande e belo o espetáculo é ver o homem sair, por assim dizer, do nada por seus próprios esforços; dissipar, com as luzes da razão, as trevas em que a natureza o envolvera; elevar-se acima de si mesmo; lançar-se pelo espírito até as regiões celestiais; percorrer a passo de gigante, assim como o sol, a vasta extensão do universo; e, o que é ainda maior e mais difícil, voltar-se para dentro de si mesmo, a fim de ali estudar o homem e conhecer a sua natureza, seus deveres e seu fim. Todas essas maravilhas se renovaram há poucas gerações (ROUSSEAU, 2010, p.21).

A pessoa é um Ser que está em constante mudança. Precisa adaptar-se ao tempo e sociedade em que vive, mas também pode ser responsável pelo desenvolvimento do projeto de vida que delineou para si, enfrentando os desafios e as dificuldades que lhe são apresentadas. A pessoa é aquela que tem a liberdade de ir em busca de novas possibilidades no mundo em que vive e no se relacionar com as pessoas. Seu objetivo, em regra, é direcionado à aquisição, à ampliação ou a uma maior proteção de seus direitos.

O marco teórico deste capítulo é buscar responder o que é o dano à pessoa, qual seu sentido e se há limitações legais para ampliação da caracterização deste tipo de dano.

O ser humano se mostra livre, seja essa liberdade absoluta ou condicionada, por razões íntimas da pessoa, pelo mundo exterior (onde o homem desenvolve sua existência, onde estão os “outros” e as “coisas”) onde transita, em torno de si, as circunstâncias (SESSAREGO, 1992, p.19).

As decisões, as convenções, as crenças, os desejos, os sonhos e, em um segundo momento, a concretude das decisões livremente assumidas pelas pessoas são reflexos das suas realizações externas, assim ditas liberdades.

Projetivo e criador, o homem vive para “ser”, mesmo sobre todos os determinismos e condicionamentos que pesam sobre ele, nos seus espaços de liberdade, variável no tempo e na sociedade, que ele se encontra inserida.

Para Sessarego, por ser livre é que o homem projeta a sua vida e projeta seus valores, percebendo-os, vivenciando-os, para, a partir daí, condicionar-se a

valorá-los. Projetos de vida, critérios de vida e paradigmas de conduta fazem parte do discutir existencial (1992, p.22).

O homem é o que ele faz, ele existe e ele projeta vir a ser. O fato de ser livre faz com que cada uma das pessoas seja única, idêntica apenas a si mesma. Cada pessoa livre é, em última instância, apesar de se submeter a todos os condicionamentos, responsável pelo seu destino, pelo seu exclusivo “o que fazer na vida”, determinante do que será o seu histórico temporal. O ser humano, ainda que livre, é um ser que coexiste com os demais, é um ser social e coexistencial. O social não é algo exterior ao indivíduo. O social só tem razão de ser quando alguém está em comunicação com os demais, só existe o “eu” se existe “todos os outros” (SESSAREGO, 1992, p. 23).

Na medida em que os direitos são exercidos em um contexto social é que é possível se dar a concretização de uma realidade coexistencial. O Direito precisa ter uma função social; ele não pode prescindir da realidade estrutural do ser humano. A pessoa humana é protegida em sua supremacia, a cujo serviço está à sociedade e o Estado (SESSAREGO, 1992, p.24).

Para Sessarego, a proteção jurídica da pessoa humana tem como fundamento sua qualidade ontológica, pelo que ela é em si, enquanto sujeito de direito e bem supremo da sociedade e do Estado, nas suas relações existenciais, na interferência que produz no seu coexistir em sociedade e sua dinamicidade na unidade do ordenamento jurídico (1992, p.24).

A pessoa e proteção dos danos contra a pessoa é o ponto de partida para a emanção das normas constitucionais. O indivíduo é considerado membro de uma sociedade, na qual se relaciona com as demais pessoas e se desenvolve pessoalmente. O ordenamento jurídico atual converge, no sentido e na direção da prevenção e reparação dos danos. As disposições normativas precisam se dirigir à indicação de métodos eficazes a reparar, compensar ou indenizar prejuízo causado. Tendo em vista relação à extensão e a permanência das lesões causadas.

A tutela da pessoa humana tem como fundamento cada um em sua unidade existencial. A estrutura existencial da pessoa é apta a determinar a necessidade de uma tutela unitária e integral, em que a pessoa é vista como unidade referencial, como ponto de partida e termo final em cada ordenamento jurídico.

A complexa e inimaginável multiplicidade de interesses das pessoas fez com que a doutrina e a jurisprudência passassem a contemplar novos direitos da

personalidade (de cunho existencial), que apesar de não expressos na Constituição são ínsitos à dignidade da pessoa humana.

O agir deve motivar as demais pessoas à prática do bem, mesmo que este agir seja contrário à previsibilidade normativa. É sob o prisma das novas exigências, da ampliação do conceito de tolerância, das manifestações e dos movimentos sociais pelo reconhecimento de novos direitos, que surge a exigência da adaptação da legislação à teoria da reparação integral do dano. Para isso, induz-se a consideração da análise quanto à possibilidade e existência de um dano diverso dos já existentes: o dano existencial.

Se as razões internas de alguém forem de tal força que sejam as mesmas para todos os cidadãos e se estes se vêem direcionados a fazer ou deixar de fazer algo, as suas razões internas são mais fortes que a previsão legislativa. E se essa razão fundamental se exterioriza, a lei não pode servir de instrumento de opressão social, e sim de estímulo ao comportamento que leve à prática do que é certo e do que é o bem. Ao se colocar na posição de um cidadão que vivencia as ações emanadas de complexidades emergentes, ainda não previstas pela norma, o juiz pode ter o entendimento interno de que a lei não responde a todos os anseios da sociedade. O agir deve motivar as demais pessoas à prática do bem, mesmo que este agir seja contrário à previsibilidade normativa (HURD, 2003, p. 132).

As mudanças nas condições sociais podem demandar o conhecimento de novos direitos, já a existência do desenvolvimento técnico pode vir a permitir suas satisfações.

Para efeitos de prevenção ou reparação do dano à pessoa, não importa mais se o dano teve origem a partir de um descumprimento contratual ou não.

O importante é que os danos causados às pessoas venham a ser indenizáveis (interessam aqui os danos de natureza compensatória), advindos do ressarcimento a uma lesão à vítima, considerados em sua individualidade.

2.1 O SIGNIFICADO E ALCANCE DO DANO À PESSOA

Emiliozzi destaca que o dano à pessoa não se restringe ao dano moral e não é sinônimo de dano não patrimonial. O interesse pessoal protegido e as consequências que advierem do prejuízo causado ao bem tutelado fazem parte da liquidação do dano, e devem ser levados em consideração (2008, p.74).

O sofrimento provocado pelo fato lesivo e a lesão da integridade psicofísica permanente sob o plano da existência da pessoa, induzem uma piora na qualidade de vida que vá além da sua permanência no tempo, representa muito mais que um estado de angústia transitório, sendo existencial e não apenas moral a natureza do interesse protegido (EMILIOZZI, 2008, p.79).

A proteção à pessoa, à sua personalidade e o seu direito de se desenvolver em sociedade passaram a serem postos em relevo. Pois é a sociedade o meio destinado à promoção da evolução da pessoa, enquanto um ser que seja capaz de participar na economia, produzir e movimentar riquezas, adquirir e alienar propriedade, relacionar-se e desenvolver-se.

Diante dos principais detentores de capital, devem ser asseguradas pelo Estado condições ambientais, físicas, políticas e econômicas para que a pessoa possa influenciar e ser influenciada pelas reformas necessárias ao seu amplo desenvolvimento e realização. Em certos casos, o dano à pessoa pode gerar consequências apreciadas economicamente e ressarcidas monetariamente, e pode não ter efeitos patrimoniais negativos, mas somente morais. Os danos não suscetíveis de valoração econômica repercutem diretamente sobre a pessoa em seus direitos invioláveis, essenciais e inatos, que constituem sua personalidade.

O dano à pessoa incide sobre seus direitos garantidos constitucionalmente e repercutem no campo do seu livre desenvolvimento e na sua esfera de realização pessoal, impedindo ou dificultando a realização do seu projeto de vida e de sua vida em relações. Aos poucos a categoria do dano não se destacava mais pela sua qualidade, mas pela proporção e dimensão do evento danoso e de como este se reflete no Ser e nas coisas (JONAS, 2011, p.166).

A extensão do dano na atividade cotidiana da vítima pode ser temporária ou permanente. A depender de sua gravidade, pode impedir a pessoa de realizar sozinha suas atividades, ou impor uma modificação notável em sua vida, necessitando de um maior assistencialismo das pessoas que convivem com a pessoa lesionada.

O alcance e a natureza do dano, do bem ou do interesse do lesado, será determinado de acordo com o efeito que a lesão produza sobre aquele, podendo existir um dano consecutivo a outro, sem que se tenha que determinar, dentre eles, um só tipo.

Um dano, em si e por si, é adjetivado pelo ordenamento jurídico como ressarcível ou irressarcível, a depender do tempo e da sociedade em que se dá o evento.

A lei que existe no tempo e no espaço é variável, no seu conteúdo, em razão do momento histórico e dos valores sociais presentes quando de sua elaboração.

Ou seja, os direitos são reconhecidos a partir do contato imediato com a experiência cotidiana que, embora em um primeiro momento tenha sido intuída pela jurisprudência, precisou ser desenvolvida pela doutrina.

O próprio tempo e as necessidades de adaptação à realidade em que se vive, leva à mudança de posicionamento quanto às condutas justificadas; quanto às condutas imorais ou aquelas rejeitadas pela maioria, mas representada pelos legisladores.

Ocorre que os legisladores promulgam normas que não se aplicam, necessariamente, a todos os casos concretos, e sim à generalidade dos atos jurídicos, por ela tidos como reprováveis e, por isso, merecedores de uma sanção. Mas, nem todos os atos ou fatos jurídicos podem ser reconhecidos aprioristicamente, podendo variar de acordo com a profundidade e alcance do direito jurídico lesado.

De outro lado, não se fala apenas no aspecto subjetivo dos direitos da personalidade, mas sim da complexidade das relações jurídicas subjetivas de que o indivíduo pode ser protagonista.

A pessoa como centro do ordenamento jurídico é também o sujeito para quem as leis são produzidas. Estas tomam cada vez mais forma a partir do fortalecimento da proteção dos direitos invioláveis do homem, sobretudo quanto aos valores relativos à pessoa humana, em seu mais amplo senso, ganha cada vez mais forma e visibilidade (PERLINGIERI, 2011, p.116).

O dano à pessoa é constituído pelas consequências prejudiciais que se produzem na esfera pessoal da vítima. A esfera pessoal da vítima pode ser definida como o lugar em que a pessoa exerce a sua personalidade, onde são desenvolvidas as suas expectativas pessoais e sociais.

Perlingieri afirma que, em tempos recentes, a doutrina e a jurisprudência comparadas, a codificação latino-americana e em particular a legislação italiana, passaram do conceito genérico do dano à pessoa, à reparação dos prejuízos causados aos direitos sociais (2011, p. 116).

A pessoa desenvolve-se a partir de seu coexistencialismo diário com a sociedade, enfrentando as interferências do cotidiano, podendo ser da coadjuvante. O problema está quando o indivíduo é afastado ou impedido de ter o desenvolvimento de seu projeto existencial em suas relações intersubjetivas.

A formação histórica quanto à distinção entre as modalidades de danos, reconhecidos constitucionalmente (moral e material), parecem não atender mais aos anseios sociais, tendentes a uma reparação integral do dano. Por isso que, ao se fazer uma análise do dano à pessoa no Superior Tribunal de Justiça, verifica-se que a Corte inseriu mais um elemento apto à caracterização de um dano, o projeto de vida. A ser tratado mais adiante.

A doutrina, que costumava ter uma perspectiva eminentemente dogmática dos institutos do Direito Civil, a partir de sua constante intersecção com Tribunais foi se tornando base para a formação da jurisprudência. Por isso atualmente pode-se dizer que dentro de cada nova orientação jurisprudencial, existe quase sempre uma doutrina (RUSSO, 2014, p.19).

Para tal alcance, necessário se faz considerar a possibilidade de existência de um dano ontologicamente diverso dos já existentes, patrimonial e moral.

A Corte Interamericana dos Direitos Humanos construiu, como precedente judicial, a figura do dano ao projeto de vida, cuja função é a de considerar as perdas ulteriores, atemporais e existenciais.

O dano pode alcançar outros aspectos da vida além daqueles decorrentes de uma lesão à integridade física e psíquica da pessoa, desde que sejam reconhecidamente tuteláveis pelo ordenamento jurídico interno; ou tenham sido recepcionados por acordos ou tratados internacionais (FLAMINI, 2009, p. 113).

A esta Tese interessará o estudo da reparabilidade integral dos danos à pessoa humana, através da verificação de uma nova modalidade de dano ainda não tão conhecida pela doutrina brasileira, mas já aplicada pela jurisprudência pátria, ora sob a denominação de dano existencial ora sob a aplicação de indenização por dano ao projeto de vida, e ainda inapropriadamente utilizada como sinônimo de dano moral, conforme se verá.

Segundo Hidemberg, as bases dos aspectos jurídicos do dano existencial estão correlacionadas com o direito à vida de relações e com os conceitos de ser-aí, ser-no-mundo, ser-com e ser-no-mundo-com-os-outros e se analisa o direito ao

projeto de vida à luz de concepções existencialistas, como a liberdade de escolha, a autenticidade, a resolutividade, a angústia e a temporalidade” (2011, p.2).

A ampliação do conceito de tutela dos direitos da personalidade (reflexo do desenvolvimento econômico-social) ocorreu não só sob o aspecto meramente econômico, mas no sentido de vida, baseada no reconhecimento das aspirações dos indivíduos, direcionadas à plena realização pessoal, ao aumento da qualidade de vida e ao bem-estar individual.

Os valores existenciais da pessoa e as conquistas pela ampliação de sua proteção ganharam destaque nos anos noventa, quando houve o reconhecimento da essencial importância do componente exterior — atividade-relacional, do delinear o valor humano como o fator promotor do dano existencial (SAPONE, 2010, p.29).

Desta forma, os direitos da pessoa há muito tempo não se restringem àqueles previstos expressa ou explicitamente no Código Civil e na Constituição Federal, cujo rol é meramente exemplificativo. Toda e qualquer lesão à pessoa deve ser tutelada. Na Itália, Perlingieri em seu livro *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, 1972 já defendia a existência de direitos, que mesmo não previstos expressamente em lei, tutelassem a pessoa humana contra possíveis danos.

2.2 DOS DANOS EM GERAL: ESPÉCIES NA EXPERIÊNCIA DO DIREITO BRASILEIRO

O dano não patrimonial, de noção unitária, tem o seu conteúdo preenchido por categorias autônomas de danos.

De forma meramente enunciativa, os danos não patrimoniais, para efeitos desta Tese, serão subdivididos em apenas dois tipos:

a) dano moral, que é o sofrimento (*pretium doloris*) resultante de uma lesão provocada aos direitos da personalidade;

b) dano existencial, que é o dano aos valores constitucionalmente reconhecidos; representa um comprometimento nas atividades realizadoras da pessoa humana, não pressupondo uma lesão física e não se constituindo em um mero sofrimento temporário, mas nele incluído o dano à saúde.

O dano existencial é uma subcategoria de dano não patrimonial, que compreende, entre outras lesões, o dano ao projeto de vida, o dano estético, o dano à vida de relações, o dano à esfera sexual, aquele decorrente de tortura, ou de

prisões ilegais. Caracteriza-se por ser um dano permanente, irreparável ou de difícil reparação.

A partir de uma interpretação histórico-evolutiva da sociedade, permite-se constatar que na CF há um elenco aberto de direitos que admite o reconhecimento de outros direitos invioláveis, resultando em um conceito mais amplo possível de danos à pessoa.

Além das lesões aos direitos da personalidade que caracterizam o dano moral, o dano à pessoa também é verificável na mudança das realizações cotidianas, que seja capaz de impedir ou de fazer com que a pessoa abandone seu projeto de vida.

O dano à pessoa vai além do dano moral, pois, a modernidade e a fluidez das relações jurídicas apontam para a urgência de uma tutela do sujeito em seu âmbito mais geral, não só como um ser-no-mundo, mas como um ser que se relaciona no mundo em que vive norteado pela solidariedade marcante do Estado Social:

A perspectiva da Constituição, crisol das transformações sociais, tem contribuído para a renovação dos estudos do direito civil, que se nota nos trabalhos produzidos pelos civilistas da atualidade, no sentido de reconduzi-lo ao destino histórico de direito de todas as pessoas humanas (LÔBO, 2013, p. 10).

A Constituição Federal ao se referir ao direito à saúde (art. 196) e ao direito à igualdade (art. 5º), não está tratando do conceito estrito de direitos da personalidade.

O dano à saúde (que, em sua especificidade, não será aprofundado nesta Tese) é previsto na parte da Constituição destinada à ordem social, segundo Paulo Lôbo:

(...) como espécie da seguridade social, e no mesmo nível dos direitos à educação, à cultura, ao desporto, à ciência, à tecnologia, à comunicação social, ao meio ambiente, à família. Esses direitos são direitos relativos, pois apenas se concebem em situações externas às pessoas, em relação a outrem (2003, p.10).

Os direitos acima mencionados são direitos fundamentais, mas não integram o rol de direitos (absolutos) da personalidade.

Os direitos sociais são decorrentes do programa do Estado-providência ou social de direito e estão previstos no art. 6º da CF "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a

previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

No entender de Bruno Miragem:

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais se sustenta na compreensão de que estes estabeleçam influência significativa no âmbito das relações entre os privados, os quais poderão se apresentar de diversos modos. São exemplos o desenvolvimento jurisprudencial do conteúdo e extensão dos direitos fundamentais, bem como sua consideração na interpretação de aplicação das normas de direito privado. Nesse sentido, uma relação jurídica sob normas de direito privado não mais permanece adstrita a este, operando as normas de direito público e, em especial, os direitos fundamentais, como elementos de influência e eficácia na interpretação dessas normas jurídico-privadas, bem como na determinação de limites e possibilidades da ação humana nas diferentes relações na vida (2015, pp. 26-27)

Há outros direitos além dos direitos da personalidade que, se violados, são igualmente considerados como um dano à pessoa e precisam ser indenizados, por meio de uma categoria de dano que se proponha e seja capaz de ir além do dano moral, tal como expresso nos parágrafos do art. 5º da Constituição Federal, mas não se encerram apenas neste artigo:

(...) §1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. §2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. §3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. § 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão (BRASIL, 1988).

O artigo 5º da Constituição ao estabelecer que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", elencou os direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais abrangem os direitos da personalidade, porque tutelam a dignidade da pessoa humana em seus mais diversos aspectos.

A tutela constitucional à pessoa não é apenas da personalidade, mas de todos os demais direitos não inatos ao homem. São direitos adquiridos, cuja violação deve ser passível de indenização, ainda que para tanto seja necessário o reconhecimento de outra categoria de dano, além do dano moral.

Dentre os direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos, o direito de exigir punição legal por qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais é um dos objetivos gerais desta tese, conforme será verificado em seu transcurso.

Com a Constituição Federal no centro do ordenamento jurídico é promovida uma repercussão prática da proteção dos direitos fundamentais nas relações jurídicas de direito privado.

Há uma ampliação da proteção contra o dano à pessoa e um acréscimo nas hipóteses de reconhecimento dos danos não patrimoniais.

2.2.1 Dano moral

O dano moral caracteriza-se por ser uma lesão causada a um ou mais direitos da personalidade, não afetando o patrimônio, e sim a pessoa, em seus aspectos mais íntimos. A lesão atinge bens imateriais, portanto, não suscetíveis de direta avaliação econômica (BAPTISTA, 2003, p.78).

No final do século passado foi transformada em lei a antiga proposta da independência absoluta do ressarcimento do dano moral.

Um dano exclusivamente moral (não patrimonial) foi reconhecido pela doutrina e jurisprudência como categoria autônoma, independentemente da vítima ter sofrido um dano patrimonial.

Aliás, o dano moral surgiu como subcategoria do dano não patrimonial. Hoje a indenização do dano moral pode ser cumulada com o dano patrimonial, ainda que ambos tenham a mesma causa como origem.

A Constituição Federal de 1988, no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, artigo 5.º, V, trouxe em seu preceito que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

O inciso X, do mesmo artigo, dispôs que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Foi assim consagrada à independência da indenização do dano não patrimonial.

Com a edição da Súmula 37 do STJ: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”, e, com a entrada em vigor do novo Código Civil, em 11.01.2003 a questão foi consolidada.

O artigo 186 do Código Civil de 2002 estabeleceu que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Com o enunciado do artigo 186 do Código Civil de 2002 ficou claro que o dano à pessoa foi tratado de forma mais abrangente que o seu correspondente artigo 159 do Código Civil de 1916.

O Código Civil de 2002 determinou que o dano causado a outrem, ainda que exclusivamente moral, deve ser ressarcido.

Os doutrinadores passaram a demonstrar o desuso de toda uma jurisprudência que via como favorável o ressarcimento dos danos morais, desde que os mesmos apresentassem reflexos patrimoniais.

Restou esclarecida que a existência do dano moral não dependia de um dano patrimonial que lhe fosse antecessor ou sucessor. A doutrina contrária à indenização do dano moral foi superada.

Foi então firmada a indenização do dano não patrimonial, de forma isolada ou cumulativa com o dano patrimonial.

A antiga postura doutrinária quanto a não admissão de indenização por dano moral puro (sem que houvesse qualquer repercussão no patrimônio da pessoa), foi, repita-se, superada.

O legislador, o doutrinador e os aplicadores do direito devem ter em mente a não limitação quanto às espécies de dano não patrimoniais, pois a interpretação deve ser no sentido de que a tutela da pessoa humana precisa ser extensiva e ampla, nos moldes do art. 927, *caput* do Código Civil atual: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Este é um verdadeiro tipo aberto de proteção integral à pessoa.

Por conseguinte, o enunciado na Súmula 37 do STJ merece uma nova interpretação, muito mais abrangente do que aquela que até hoje vem sendo dada pela doutrina e pela jurisprudência.

Se o legislador não restringiu o campo de incidência dos artigos acima mencionados a uma ou outra espécie de dano já previsto, pode-se chegar à conclusão de que a pessoa humana é protegida contra qualquer dano que lhe cause

um prejuízo, patrimonial ou não patrimonial - *ubi lex non distinguit, nec interpret distinguere potest*.

A hipótese desta Tese é que de que se faz necessária uma complementação da Súmula 37 para abranger “todo e qualquer outro dano não patrimonial à pessoa”, que deve ser indenizado à custa do ofensor.

Propõe-se que quando a lei dispõe que o dano moral deve ser indenizado, está consagrando o princípio do *neminem laedere*. Como consequência, todo dano deve ser indenizado.

O dano não patrimonial, com o fenômeno da repersonalização, colocou em evidência que a dignidade do homem se assenta no seu patrimônio moral, e não no seu patrimônio material.

Se for correto afirmar que é suficiente a prova do prejuízo econômico para haver o ressarcimento do dano material, por que somente o dano moral deve ser indenizado, e não toda e qualquer espécie de dano não patrimonial?

Se o dano moral é espécie de dano não patrimonial, os demais danos que não atinjam os direitos da personalidade seriam indenizados de que forma e sob que argumento?

Não há razão lógica para eventual restrição: se todo dano patrimonial é indenizável, todo dano não patrimonial também deve ser indenizado.

Seria o mesmo que dizer que só merece tutela irrestrita e imediata o dano ao patrimônio material da pessoa, correspondente a tudo o que o ser humano adquire, desde o nascimento até a morte, passível da valoração econômica imediata. Só porque o dano patrimonial pode ser objetivamente quantificado com base em parâmetros meramente econômicos, o merece maior proteção?

Pelo contrário, como afirma Caio Mário da Silva Pereira:

Na atualidade o dano adquiriu papel central na responsabilidade civil. A consagração constitucional dos princípios da dignidade da pessoa e da solidariedade social associada ao acelerado desenvolvimento tecnológico, deslocou a ênfase da conduta do agente para o dano ressarcível, assistindo-se ao surgimento de formidável tipologia de novos danos, na esteira do incremento de riscos e do potencial danoso trazido pelas novas inovações. Não parece exagerada, neste cenário à era dos danos (2016, p.53).

No dizer de Almeida Neto:

A rigor, quando se diz que o dano material deve ser reparado porque atinge um bem de uma pessoa, estaria mais correto afirmar que a reparação é devida porque o dano material atingiu um interesse da pessoa; o que

realmente importa é a perda daquilo que ele nos propiciava de bom, de útil, de prazer etc. [...] (2016, p. 33).

Os danos não patrimoniais causados por lesões extracontratuais começaram a ganhar maior notoriedade a partir da Constituição da República de 1988, que trouxe a basilar questão de que se não houvesse a reparação integral do dano material, mas também a compensação pela dor psicológica, a tutela à pessoa não seria completa e efetiva.

A proteção constitucional direcionou-se no sentido de que a vítima não pode permanecer irressarcida.

O dano moral foi ganhando campo na reparação das lesões causadas exclusivamente ao direito da personalidade, como instrumento de reparação ao patrimônio ideal da pessoa, como o conjunto de tudo que não pode ser valorado economicamente.

A análise do dano moral tem como função reparar o *pretium doloris*, representada pelo sofrimento interior, transitório ou permanente da vítima, nos casos de lesão a direito da personalidade e aos demais direitos constitucionalmente protegidos.

A proteção aos bens não patrimoniais é uma questão que acompanha o processo civilizatório e, quanto mais desenvolvido for o processo civilizatório, maior é a consciência social. Quanto maior for a consciência social, maior será a exigência quanto à ampliação de tutela dos bens juridicamente protegidos (CHRISTANDL, 2007, p.69).

Com o reconhecimento e a aplicação dos danos morais, além da já existente reparação por danos patrimoniais, surge a compensação pelos danos à personalidade a fim de que se fosse dado cumprimento ao dever absoluto de se abster de causar um dano a outrem (cláusula geral de conduta).

2.2.1.1. Histórico do reconhecimento do dano moral

Algumas definições de danos morais já se reproduziam na doutrina, antes mesmo do seu reconhecimento.

Para Rizzatto Nunes e Mirella Caldeira o dano moral deve ser entendido a partir da definição isolada das palavras dano (estrage), que representa o sofrimento causado a alguém, do qual advenha um prejuízo que diminua o patrimônio da pessoa contra a qual o dano foi causado; e moral, que está fora da esfera

patrimonial do indivíduo. Fazendo referência à alma como componente da intimidade da pessoa, asseveram os referidos autores:

Assim, o dano moral é aquele que afeta a paz interior de uma pessoa, atingindo-lhe o sentimento, o decoro, o ego, a honra, enfim, tudo o que não tem valor econômico, mas que lhe causa dor e sofrimento. É, pois, a dor física e/ou psicológica sentida pelo indivíduo. A imagem denegrida, o nome manchado, a perda do ente querido ou até mesmo a redução da capacidade laborativa em decorrência de acidente, traduz-se em uma dor íntima. (...) O problema quanto ao dano moral era e sempre foi essa falta de objetividade e materialidade (que só existem enquanto dano físico, que- como também se verá- ganha objetividade parcial na forma de dano estético) (NUNES; CALDEIRA, 1999, p.1).

É no campo da lesão aos direitos da personalidade — inatos à pessoa — que o dano moral encontra aplicação objetiva e direta, sendo desnecessária a existência da dor ou do prejuízo. O conceito de dano moral é considerado recente na legislação brasileira, pois, até poucas décadas atrás o único dano reconhecido era o dano patrimonial.

Por isso a necessidade de aqui apresentar um breve histórico evolutivo jurisprudencial que culminou no reconhecimento do dano moral.

O dano moral não estava previsto no Código de 1916, que apenas o fixou, objetivamente, ao tratar dos atos ilícitos. Fazendo com que os doutrinadores se dividissem em duas correntes, aqueles que negavam a existência do dano moral e outra que o considerava indenizável (CAHALI, 2005, p.47).

Para Youssef Cahali, o texto do Código Civil de 1916 admitia a possibilidade de reparação do dano moral, somente nos casos em que a lei previsse a liquidação decorrente de atos ilícitos.

A verdade é que mesmo não estipulada uma cláusula geral de reparação do dano moral, este se encontrava inserido nos artigos 1.537, 1.538, 1.543, 1.547, 1.549 e 1.550 do CC de 1916, demonstrando ser ínsita a ideia da indenização por dano moral.

No ano de 1913, o Agravo nº 1.723, que tratava de verificar o *quantum* indenizatório, decorrente de acidente ferroviário, que resultou na morte da vítima, foi submetido à análise do Supremo Tribunal Federal. Que julgou inicialmente o agravo no sentido de conceder a indenização por dois danos, o material e o moral. Decisão esta que, em 26 de junho de 1915 foi reformada por acórdão, excluindo da indenização o dano moral (MONTEIRO FILHO, 1995, p.3).

O Ministro Pedro Lessa teve seu voto vencido ao defender que a lei estabelecia uma indenização aplicável a todos os danos causados à pessoa, demonstrando ser possível a indenização por dano moral. Afirmou o ministro que, a dificuldade em

quantificar o dano, derivava apenas do desconhecimento do julgador em relação aos parâmetros a serem utilizados em tal aferição. Segundo o Ministro os argumentos do Tribunal não poderiam ser utilizados como escusa a não indenização do dano moral.

O estudo jurisprudencial sobre o tema foi retomado pelo Supremo Tribunal Federal em novembro de 1942. Mesmo não deferindo a indenização por dano moral, a Corte indicou a possibilidade futura de seu reconhecimento, no voto em que foi relator o Ministro Orozimbo Nonato. Neles não se incluindo o caso de homicídio. “Porém, o princípio da reparação do dano puramente moral foi abrindo caminho, triunfando na doutrina e se inserindo nos Códigos” (RF, 1942, pág. 477).

A tese da ressarcibilidade do dano moral continuou sem guarida até mesmo em momentos históricos, como o célebre caso decidido no RE n.º 42.723–MG, conhecido como o caso dos "irmãos Naves".

Tratou-se de um processo em que dois irmãos foram presos sob a acusação de terem cometido um crime de latrocínio. A acusação baseou-se no desaparecimento do primo dos acusados, que na última vez a ser visto portava grande quantia em dinheiro, resultante da revenda de grãos adquiridos pelos irmãos Naves. A sentença foi baseada em confissões de culpa obtidas por meio de tortura, tratamentos desumanos e degradantes que resultaram na morte de um dos irmãos. Os acusados foram considerados culpados pelo crime que jamais cometeram, pois o suposto primo falecido apareceu.

O acórdão foi proferido em audiência pública no dia 2 (dois) de setembro de 1959, pela 1ª. Turma do STF, e teve a seguinte ementa.

Recurso extraordinário; seu desprovimento. Juros compostos; quando são admissíveis. Dano Moral – inadmissibilidade do seu ressarcimento perante o nosso direito (RE n.º 42.723–MG, de 1959, p.45).

Apenas em setembro de 1952, o STF reconheceu a indenização por dano moral, nos casos de deformidades causadas à vítima (art. 1.538, § 2º, do CC). No caso concreto os danos morais foram relativizados por ser a vítima uma mulher casada.

Deformidade, dano moral, indenização em hipótese de deformidade ocasionada por acidente de trânsito, indenização em forma de alimentos, direito civil. Ainda que em princípio, não seja a nova lei contrária a indenização por dano moral, em caso de deformidade regula a hipótese o art. 1938 parágrafo 2 do Código Civil. Deverá a indenização ser paga em forma de alimentos, tal como dispões o art. 911, do Código de Processo Civil, com a redação que lhe deu o n. 8.570, de 8 de janeiro de 1940 (RE nº19272, 1952, p.50).

O caso versava sobre o pedido de indenização de uma mulher casada que viajava como passageira em um bonde da Companhia Cantareira e Viação Fluminense, por imperícia do motorneiro ao realizar uma manobra rápida, terminou por ser projetada para fora do bonde, sofrendo esmagamento de sua perna esquerda, que precisou ser amputada.

A ação foi julgada procedente na primeira e segunda instância, tendo sido a empresa ré condenada a pagar a indenização, em caráter de pensão, mediante juros de apólices a serem adquiridas por ela, em nome da vítima, atribuindo o Tribunal de São Paulo caráter de alimentos à indenização.

Como em grau de apelação o Tribunal negou que o montante indenizatório pedido fosse pago de uma só vez, no lugar de pensões, a autora ingressou com o Recurso Extraordinário 19.272 – DF no STF, pleiteando o pagamento de indenização por danos morais, em forma de indenização global, tomando como base a média da vida humana.

Nesta decisão emblemática, o Ministro Mário Guimarães em seu voto, discorreu um pouco sobre a doutrina do dano moral, questão até então proclamada, mas não aplicada com qualquer frequência pelas Cortes Superiores.

Já no início de seu voto, mencionou o ministro que não haveria dúvidas que a indenização pelo dano moral satisfaria o reclamo do bom senso da Justiça, principalmente nos casos em que a dor interior causada pelo dano fosse muito superior ao prejuízo patrimonial, merecendo ser reparada. Ou ainda que o próprio artigo 76 do Código Civil (de 1916), já havia incluído como legítimo interesse para propor a ação, os danos materiais ou morais.

Art. 76. Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral. Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou a sua família (BRASIL, 2017).

Afirmou ademais, que é difícil tarifar os sentimentos de dor ou de prazer e que, no caso do dano moral, não havia como restituir à vítima o seu estado anterior. Declarou que a indenização teria caráter punitivo, como verdadeira pena imposta ao autor do dano que teria de restituir o equivalente, patrimonialmente gasto, com o tratamento da vítima, em conformidade com o artigo 1.538 do CC/16.

Art. 1.538. No caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, indenizará o ofensor ao ofendido as despesas do tratamento e os lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente. § 1º Esta soma será duplicada, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade. § 2º Se o ofendido, aleijão ou

deformado, for mulher solteira ou viúva ainda capaz de casar, a indenização consistirá em dotá-la, segundo as posses do ofensor, as circunstâncias do ofendido e a gravidade do defeito (BRASIL, 2017).

Mas, em se tratando de vítima casada, a última não teve o direito ao dote previsto no §2º do artigo 1.538 do CC.

A “reparação” do dano moral foi arbitrada, nela incluída a indenização de quantia correspondente a 4 meses por incapacidade total, valores correspondentes às despesas médicas e hospitalares, consequentes a sua saída do hospital (o valor quanto às verbas do hospital não entrou para a fixação do montante da indenização, pelo fato da mesma ter sido atendida em hospital público).

Restou ainda considerados o valor correspondente a um aparelho ortopédico e o depósito mensal de apólices federais, tantas quantas bastassem para que se produzisse a renda estabelecida pelo acórdão. Por fim, também foi incluída na condenação a obrigatoriedade do pagamento de montante necessário à compra de um novo aparelho ortopédico e mais a sua conservação, no intervalo de 5 em 5 anos. O dano moral, nos termos do inciso V do artigo 5º da Constituição deve ser "proporcional ao agravo". O fundamento do dano moral está na compensação, não possuindo função punitiva. Por ter natureza compensatória não haveria como haver uma fixação prévia, o valor deve ser analisado caso a caso. Para tanto, o juiz deve valer-se do princípio da proporcionalidade, e da equidade em sua fixação.

Já em 26.6.1966 o Ministro Aliomar Baleeiro em seu voto, no RE 59.940- SP, 2ª Turma, sustentou a reparabilidade do dano moral:

Responsabilidade civil. Morte de menor, sem ocupação lucrativa regular, mas que ajudava os pais, de condição humilde. Expectativa justificável de cooperação mais efetiva em futuro próximo. Indenização a ser liquidada por arbitramento (c. C. Art. 1.553). Precedente da 2ª turma: re 59.940 de 1966 (REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA, 1967, págs. 38-44).

O caso versava sobre o julgamento de Ação de Indenização promovida contra a empresa Auto-Ônibus Jundiaí S.A., em que esta fora condenada pela morte de duas crianças, em decorrência de um acidente rodoviário.

A sentença proferida em primeiro grau, apesar de ter reconhecido a culpa da ré, julgou a ação de indenização improcedente, pois ainda que existente o dano moral, no caso concreto, não teria havido qualquer prejuízo econômico para os autores. Decisão esta que fora mantida pelo Tribunal de segunda instância.

O Ministro Baleeiro iniciou seu voto, descrevendo uma passagem da sentença de primeiro grau, sobre a qual se declarou eminentemente contrário:

As vítimas tinham quase 10 anos uma e cerca de 4 anos outra, segundo a sentença, e receberam espírito de solidariedade humana. “Não há dúvida alguma quanto à responsabilidade da Ré pelo evento”, também reconhece a decisão confirmada, cujo ilustre autor entende que não houve qualquer prejuízo de ordem material para os Recorrentes, pais das duas crianças. O dano moral só seria indenizável, - continua- se ocasionasse também dano material, pois o menor é fonte de despesa e não de receita. Não se indeniza a conjectura do auxílio possível no futuro, mas só a perda certa, efetiva e atual (REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA, 1967, págs. 38-44).

O ministro continuou seu voto e defendeu a aplicabilidade do artigo 76 do CC/16 para justificar o reconhecimento do dano moral. Citando o RE 49.960 – MG, em que a Companhia Vale do Rio Doce foi condenada a pagar prestações mensais vitalícias aos pais, mais as despesas do funeral, luto, ainda que a vítima fosse uma criança e que não tivesse idade de fornecer alimentos aos seus genitores.

Muitas eram, à época, as decisões de caráter positivo, que afastariam o caráter negativo dos artigos 1.537 e 1538 do CC/16, não devendo o legislador imputar o absurdo de parecer que os dispositivos contemporâneos entre si, fossem antinômicos (artigos 76, 1.537 e 1.538 do CC/16), já que o direito positivo não vedava a indenização por dano moral. Decidindo pela admissibilidade do RE 59.940 MG, com base no artigo 1.553 em que era prevista a possibilidade de fixação de indenização, por arbitramento, nos casos não previstos no capítulo atinente às liquidações resultantes de atos ilícitos, foi reconhecido, pois, o dano moral.

Dano moral puro. Restituição indevida de cheque, com a nota 'sem fundos', a despeito de haver provisão suficiente destes. Cabimento da indenização, a título de dano moral, não sendo exigível a comprovação de reflexo patrimonial do prejuízo. Recurso extraordinário de que não se conhece por não estar caracterizada a negativa de vigência do art. 159 do código civil e do art. 333 do código de processo civil, tampouco o alegado dissídio jurisprudencial (RE 109233, 1986, pp. 17144).

Nesse recurso extraordinário afirma o Ministro Aliomar Baleeiro em seu voto:

(...) Se o responsável pelo homicídio lhes frustra a expectativa futura e satisfação atual, deve a reparação, ainda que seja a indenização de tudo quanto dependeram para um fim lícito, malgrado pelo dolo ou culpa do ofensor. Perderam, no mínimo, tudo quanto investiram na criação e educação dos filhos, e que se converteu em pura frustração pela culpa do réu. O patrimônio não são apenas coisas concretas, mas o acervo de todos os direitos que o titular deles pode exercitar (1967, p. 60).

Já no julgamento de outro apelo extraordinário, o RE n.º 59.111–CE, o relator Ministro Djaci Falcão, acolheu de forma plena, a tese de que o dano moral é ressarcível.

Responsabilidade civil. Ressarcimento do dano moral. A reparação do dano decorrente de ato ilícito, que haja causado a morte de menor, não se restringe aos limites do art. 1.537 do c. Civil. Impõe-se a indenização por arbitramento, consoante a regra do art. 1.553 do citado diploma (RE n.º 59.111–CE 1967, pp. 568).

O mesmo entendimento foi seguido pelo Ministro Carlos Thompson Flores quando deu admissibilidade ao RE n.º 62.606–MA, do qual foi relator.

Atropelamento. Morte de filho menor. Ressarcimento do dano moral. Admissibilidade, nos termos dos arts. 159, 1.537 e 1.553, do código civil. Procedentes. Recurso conhecido e não provido (RE 62606, 1969, pp. 2881).

Após o reconhecimento do dano moral pelo STF, este tribunal superior passou a apreciar, quase que exclusivamente, os casos versados sobre acidentes. Mas, apenas nos casos em que a consequência do acidente resultasse, concomitantemente, na indenização por danos moral e patrimonial. Ou nos casos de acidentes em que a responsabilidade civil decorresse da condenação por dano patrimonial, em conjunto com o dano estético.

Dos julgamentos acima mencionados, surgiram precedentes que resultaram na Súmula nº 491 do STF, a qual dispõe que "É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado".

Para fins de fixação dessa orientação, o STF fundamentou que, nas famílias de baixa renda, a morte de filho menor, mesmo ainda muito novo, corresponderia a uma supressão de um potencial valor econômico. Há de se notar que o dano, nestes casos, continuou a ser considerado de caráter patrimonial.

Foi uma forma que o STF encontrou de conceder a indenização por dano extrapatrimonial, de forma implícita, ou seja, sem dizê-lo diretamente.

A jurisprudência do STF adotou o posicionamento de inadmitir a indenização de natureza patrimonial cumulada com a indenização resultante de puro dano moral. A Corte, no entanto, continuava a considerar não indenizável o dano moral quando requerido pelos descendentes ou beneficiários da vítima.

O STF não deixou de reconhecer, no entanto, a indenização nos casos em que houvesse o dano moral puro, a exemplo da decisão do Ministro Octávio Gallotti, no RE 109233- MA, registrando o acórdão a seguinte ementa:

Dano moral puro. Restituição indevida de cheque, com a nota 'sem fundos', a despeito de haver provisão suficiente destes. Cabimento da indenização, a título de dano moral, não sendo exigível a comprovação de reflexo patrimonial do prejuízo. Recurso extraordinário de que não se conhece por não estar caracterizada a negativa de vigência do art. 159 do código civil e do art. 333 do código de processo civil, tampouco o alegado dissídio jurisprudencial (RE nº 109233, 1986, p.246).

Com o advento da Constituição Federal de 1988 foi criado o Superior Tribunal de Justiça que passou a enfrentar e dirimir as questões sobre a indenização por danos morais, julgando por sumular a questão: Súmula nº 37 "São acumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato".

O entendimento jurisprudencial de que o dano moral é autônomo em relação ao dano patrimonial foi se tornando pacífico. O dano moral foi então incorporado como subespécie de dano não patrimonial e passou a representar objetivamente, toda e qualquer lesão aos direitos da personalidade.

A dificuldade quanto à quantificação monetária do dano moral se deu e se dá pelo fato de sua natureza compensatória e não reparável ao *status quo ante*. O dano Moral tem natureza indenizatória visando ao máximo compensar com fidelidade e exatidão o *pretium doloris*.

2.2.1.2 Danos morais e direitos da personalidade

Os danos morais e os direitos da personalidade não eram reconhecidos pela doutrina como objetos autônomos do direito, até o advento da Constituição da República de 1988, que os contemplou expressamente em seu texto.

A partir da Constituição da República de 1988 com a concretude da repersonalização das relações privadas, o patrimônio (os bens econômicos), assumiu o papel de elemento complementar dos suportes fáticos previstos nas normas jurídicas.

Sobre direitos da personalidade e repersonalização escreveu Paulo Lôbo:

(...) a repersonalização não se confunde com um vago retorno ao individualismo jurídico do século dezenove e de boa parte do século vinte, que tinha como valor necessário da realização da pessoa, a propriedade, em torno da qual gravitavam os demais interesses privados, juridicamente tuteláveis. A pessoa deve ser encarada em toda sua dimensão ontológica e não como simples e abstrato pólo de relação jurídica, ou de apenas sujeito de direito. Nos direitos da personalidade a teoria da repersonalização atinge seu ponto máximo, pois como afirmou San Tiago Dantas, não interessam como capacidade de direitos e obrigações, mas como conjunto de atributos inerentes à condição humana (2003, p.2).

Os direitos da personalidade, além de não possuírem natureza patrimonial, são inatos e essenciais à realização da própria pessoa, portanto, indisponíveis. Só podem ser exercidos por seus titulares.

Sem condicionar à expressão econômica, a Constituição de 1988 reconheceu expressamente a tutela jurídica dos direitos da personalidade e dos danos morais, como institutos voltados a tutelar direitos exclusivamente e inerentes à personalidade.

Os direitos da personalidade além de não possuírem natureza patrimonial, são inatos e essenciais à realização da própria pessoa, portanto indisponíveis. E só podem ser exercidos pelos seus titulares.

Sem condicionar à expressão econômica, a Constituição de 1988 reconheceu expressamente a tutela jurídica dos direitos da personalidade e dos danos morais como institutos voltados a tutelar exclusivamente os direitos da personalidade.

Os direitos da personalidade situados apenas no direito civil, após a Constituição de 1988, passaram a figurar no rol dos direitos fundamentais.

A inserção dos direitos da personalidade na Constituição, no entanto, apesar de dar-lhes maior visibilidade, não os subsumiu inteiramente aos direitos fundamentais.

A existência de um capítulo do Código Civil, cujo título é "Dos Direitos da Personalidade" não faz com que esses direitos sejam apenas matéria de direito civil. Visto sob a perspectiva do direito constitucional e tratado pelos publicistas, os direitos da personalidade são espécies do gênero direitos fundamentais. Sob a ótica civilista, os direitos da personalidade correspondem ao conjunto de direitos inatos à pessoa humana. Enquanto os direitos fundamentais são externos à pessoa, representando garantias dos indivíduos em face do Estado, não lhe são necessariamente inatos (LÔBO, 2003, p. 3).

Dentro do contexto apresentado, seria possível discutir-se a existência de um direito geral da personalidade? Este direito da personalidade incluiria todos os direitos da pessoa? Os direitos da personalidade incluiriam tanto os direitos previstos quanto os não previstos expressamente nas normas constitucionais ou civis? Estas são perguntas que têm dividido a doutrina.

Conforme leciona Paulo Lôbo (2003, p. 2):

De modo mais amplo, os direitos de personalidade oferecem um conjunto de situações definidas pelo sistema jurídico, inatas à pessoa, cuja lesão faz incidir diretamente a pretensão aos danos morais, de modo objetivo e

controlável, sem qualquer necessidade de recurso à existência da dor ou do prejuízo. A responsabilidade opera-se pelo simples fato da violação (*damnu in re ipsa*); assim, verificada a lesão a direito da personalidade, surge à necessidade de reparação do dano moral, não sendo necessária a prova do prejuízo, bastando o nexo de causalidade.

Se de um lado afirma-se que é impossível a previsão de todas as hipóteses de direitos inatos, de outro lado destaca-se que marco teórico deste subitem é a afirmação que há tutela jurídica a situações atípicas, ou seja, para além das lesões aos direitos da personalidade.

Para Paulo Lôbo:

A tipicidade aberta não é incompatível com uma cláusula geral de tutela, que, ao lado da tipicidade social reconhecida, estabelece os limites mais amplos da consideração dos tipos. Significa dizer que são tipos de direitos da personalidade:

- a) os tipos previstos na Constituição e na legislação civil;
- b) os tipos reconhecidos socialmente e conformes com a cláusula geral.

A Constituição brasileira, do mesmo modo que a italiana, prevê a cláusula geral de tutela da personalidade que pode ser encontrada no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) (2003, p. 3).

As normas constitucionais (mas, não somente elas) fazem constante a referência à dignidade humana, como princípio fundamental ou de cláusula geral de conformação. Esta mesma cláusula geral serve de parâmetro para as situações atípicas de direitos da personalidade.

Por isso, apresente-se ainda o entendimento de Paulo Lôbo, segundo o qual a orientação restritiva da doutrina tradicional, arraigada em resquícios patrimonialistas, de que a tutela da pessoa humana não deve ter fundamento econômico, merece ser rejeitada (2003, p. 10).

A doutrina mais atual, a Constituição brasileira, e a Constituição italiana — que é utilizada como base para a fundamentação da Tese — trazem a cláusula geral de tutela da personalidade como integrante do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

Para Pietro Perlingieri, por exemplo, o artigo 2º da Constituição italiana, refere-se aos "direitos invioláveis do homem", como verdadeira cláusula geral de tutela da personalidade. Como resultado desta afirmação, o juiz não pode negar à tutela a quem pleiteie as garantias relativas à sua existência, ainda que seja somente sobre um aspecto do seu existir e mesmo que não haja previsão legal específica (2007, p.155).

A hipótese sustentada nesta Tese indica que os danos morais não se aplicam apenas como consequência das lesões previstas no Código Civil, no capítulo reservado aos direitos da personalidade, mas que são dotados de tipicidade aberta (atipicidade).

Significa dizer que os direitos da personalidade são mais amplos que aqueles previstos apenas na codificação civil, compreendendo os tipos previstos na Constituição e na legislação civil; mais os tipos reconhecidos socialmente e conforme a cláusula geral (LÔBO, 2003, pp.3-4).

Para Silvio Romero Beltrão:

O problema dos direitos da personalidade atípicos pode ser resolvido satisfatoriamente pela adoção do *numerus apertus* de direitos especiais da personalidade, tendo como ponto de partida a cláusula geral. Ou seja, a partir da cláusula geral é possível delimitar novos direitos da personalidade, fundamentando o novo tipo nas manifestações da dignidade da pessoa humana. Contudo, não se quer atribuir à cláusula geral o sentido de direito pertencente à natureza humana, como instrumento de reação ao poder estatal, tal como advertia Adriano de Cupis, onde o direito inato não tem como consequência o controle dos poderes do Estado; tal atribuição é da declaração dos direitos do homem e do cidadão. O fundamento dos direitos especiais da personalidade está na cláusula geral, como emanção do princípio da tutela da dignidade da pessoa humana, com a imposição de que todas as manifestações desta sejam juridicamente tuteladas. Assim, o reconhecimento do regime aberto dos direitos da personalidade fundamenta-se no princípio da dignidade da pessoa humana, onde todos devem respeitar esse princípio, objetivando sua caracterização como direito absoluto (2005, p.55).

Segundo Lôbo, “a interação entre danos morais e direitos da personalidade é tão estreita que se deve indagar da possibilidade da existência daqueles fora do âmbito destes. Ambos obtiveram reconhecimento expresso e conjunto na Constituição de 1988” (...) “não há outras hipóteses de danos morais além das violações aos direitos da personalidade” (2003, p.1).

O resultado do estudo jurisprudencial tem comprovado que os casos de danos morais estão sempre associados à lesão a um ou mais de um tipo de direito da personalidade, não havendo qualquer caso que fuja a esta regra. Ou seja, não há indenização por danos morais que se situe fora da lesão aos direitos da personalidade (LÔBO, 2003, p. 8).

Os direitos da personalidade são considerados como direitos absolutos para fins dos danos morais. A antiga referência adotada pelos mais tradicionalistas em relação à “dor” moral ou psicológica já não é a mais adequada, por representar aspectos meramente subjetivos. O julgador precisa se apoiar em parâmetros dotados de confiabilidade, para que seja evitada a insegurança jurídica.

Além da verificação da ocorrência de dano moral - cuja consequência são a dor e o sofrimento, produzidos por um tempo, na vida da vítima - é necessário que tenha havido a violação a um direito inerente à personalidade humana.

O dano moral corresponde a direito, de natureza não patrimonial, no âmbito civil, representado pela lesão de um direito absoluto, oponível a todos, corresponde ao dever de se abster de praticar qualquer ato à obrigação passiva universal de não provocar danos.

A repercussão da lesão dos direitos da personalidade é interiorizada na esfera íntima ou psíquica da pessoa e exteriorizada pelo sofrimento e dor daquele que sofreu a lesão. Não será mensurada a dor e sim a ofensa ao dever geral de abstenção a direito absoluto de não provocar dano de natureza não patrimonial a outrem.

A oponibilidade *erga omnes* dos danos morais, já que referente ao direito da personalidade deve-se à sua natureza de direito absoluto. A obrigação de abstenção de lesão àqueles direitos gera a pretensão à obrigação passiva de toda e qualquer pessoa humana.

Maria Celina Bodin de Moraes afirma que, a “jurisdicização” da vida social está representada na transferência dos problemas relativos à sobrevivência da pessoa em sociedade, para o campo jurídico (2009, p.19).

A indenização relativa ao dano moral tem função compensatória. Não pode ser exorbitante, de modo que leve ao enriquecimento sem causa da vítima, nem tão ínfima, pois deve produzir no lesante a observância do dever de prevenção quanto a novos danos.

O dano moral deve ser proporcional ao agravo (art. 5º, V da CF), com a finalidade de evitar que o lesante possa vir a analisar se será mais vantajoso (economicamente) evitar o dano ou causar o dano e aguardar ser condenado pela indenização por danos morais, já que esta depende de processo judicial, nem sempre disponível (concretamente) a todos os lesados.

Apesar de haver uma corrente que entende que dano moral não tenha função apenas compensatória, mas também punitiva, resta claro que não é o objetivo desta tese fazer a diferenciação entre as funções do dano. Será adotada - para a violação de quaisquer direitos não patrimoniais - a função compensatória.

Os danos morais não estão explícitos e sim implícitos em vários preceitos da Constituição; já alguns direitos da personalidade encontram-se citados de maneira

expressa, encontrados em vários incisos do artigo 5º da Constituição Federal (direito à vida, à liberdade, à honra, à imagem, entre outros).

É por meio do exercício dos essenciais direitos à vida, à honra, à integridade física, à integridade psíquica, à privacidade, dentre outros, que a dignidade humana conferida ao indivíduo — como pessoa humana — concretiza-se.

A pessoa não tem direito de reduzir sua condição humana, não pode dispor dos seus direitos da personalidade; a todas as demais pessoas, por outro lado, é imposto o dever de abstenção geral, representado na obrigação de não violar os direitos da personalidade de qualquer um.

Partindo do pressuposto que aos direitos da personalidade é aplicável a tipicidade aberta, moldada à cláusula geral da dignidade humana, afirma Paulo Lôbo:

(...) os tipos mais gerais de direitos da personalidade, consolidados nos sistemas jurídicos dos povos e no sistema jurídico brasileiro, máxime em nossa Constituição (...). O recurso à cláusula geral ou ao princípio fundamental dispensa a identificação dos direitos da personalidade em planos suprajurídicos, principalmente em argumentos jusnaturalistas ou políticos (LÔBO, 2003, p. 4).

A tipicidade aberta dos danos morais não é incompatível com uma cláusula geral de tutela, nem se limita a esta mesma cláusula geral que é somada à tipicidade social, determinável pela sociedade a partir da tutela de lesões que ocorrem a partir de fatos cotidianos concretos.

A especificidade dos direitos da personalidade dependerá da sua natureza, de direitos inatos à pessoa, sem os quais ela não terá mecanismos para se revelar com plenitude.

Aos direitos da personalidade não pode ser dada a expressão e o sentido de direito, pertencente à reação e contra o poder estatal, segundo Adriano de Cupis:

Finalmente todos os direitos da personalidade constituem direitos não patrimoniais absolutos. A proporção hominis ad hominis (do homem para o homem), comum a todas as relações jurídicas, resolve-se, nas relações jurídicas nas quais o lado ativo é constituído por um direito da personalidade, numa relação com a generalidade (2004, p. 37)

Os direitos da personalidade não exprimem nem perseguem valores econômicos (com o velho estigma do direito de propriedade). São direitos de natureza não patrimonial, que não tenham objeto econômico, cuja característica essencial é a de serem inatos e essenciais à realização da pessoa.

De maneira exemplificativa, os direitos da personalidade estão expressamente previstos na Constituição, sem prejuízo de outros direitos implícitos: o direito à vida; o direito geral à liberdade; o direito à integridade física e psíquica; o direito à intimidade (privacidade); o direito à vida privada; o direito à honra (ou reputação); o direito à imagem (privacidade); o direito moral do autor; o direito ao sigilo (privacidade); o direito à identidade pessoal; e o direito à integridade física e psíquica.

Os danos morais estão diretamente relacionados aos direitos da personalidade. Quando um direito da personalidade é violado, a tutela do dano causado ocorre mediante a indenização por danos morais. Esta é a razão pela qual a possibilidade de existência dos danos morais está intrinsecamente relacionada à necessidade de proteção aos direitos inatos do indivíduo.

O dano moral, como visto, viabiliza a tutela jurídica dos direitos da personalidade. A previsão expressa dos danos morais representa a existência de uma sanção adequada, em caso de descumprimento do dever absoluto de abstenção (LÔBO, 2003, p. 2).

Através da previsão constitucional dos danos morais, a tutela do dano à pessoa passa a ser mais abrangente, pois, além dos já previstos danos patrimoniais, os danos provocados à pessoa — como aqueles que resultam em sofrimento interior do indivíduo — passam a pertencer à categoria dos danos não patrimoniais.

A indenização, como resultado da violação dos direitos da personalidade, não deve ser vista como o exclusivo objeto da tutela jurídica. Esta tutela ocorre no momento em que há o exercício cotidiano desses direitos, não apenas quando da sua violação.

Em diversos outros preceitos, a Constituição Federal brasileira remete implicitamente aos danos morais, como tutela específica de direitos da personalidade.

No entender de Paulo Lôbo (2003, p. 7):

Os tipos expressos de direitos da personalidade na Constituição podem ser encontrados nos seguintes artigos: art. 5º, caput (direito à vida; direito à liberdade); 5º, V (direito à honra e direito à imagem, lesados por informação, que possibilita o direito à resposta ou direito de retificação, como diz a doutrina italiana, acumulável à indenização pecuniária por dano moral); art. 5º, IX (direito moral de autor, decorrente da liberdade de expressão da atividade intelectual, artística e científica); art. 5º, X (direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem); art. 5º, XII (direito ao sigilo de correspondências e comunicações); art. 5º, IXVI (impedimento da pena de morte e da prisão perpétua); art. 5º, LIV (a privação da liberdade depende

do devido processo legal); art. 5º, LX (restrição da publicidade processual, em razão da defesa da intimidade); art. 5º, LXXV (direito à honra, em decorrência de erro judiciário ou de excesso de prisão); art. 199, § 4º (direito à integridade física, em virtude da proibição de transplante ilegal de órgãos, tecidos e substâncias humanas ou de sua comercialização); art. 225, § 1º, V (direito à vida, em virtude de produção, comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias); art. 227, caput (direito à vida, direito à integridade física e direito à liberdade das crianças e dos adolescentes); art. 227, § 6º (direito à identidade pessoal dos filhos, sem discriminação, havidos ou não da relação de casamento ou por adoção); art. 230 (direito à vida e à honra dos idosos).

A aferição da dor moral deixada ao arbítrio judicial e a verificação de um fator psicológico eram indicativos de que os danos morais não apresentavam parâmetros materiais seguros à sua aplicação, por isso as duras críticas que receberam ao longo de vários anos.

Ao admitir a incidência de danos morais, além das hipóteses de direitos da personalidade, o juiz ater-se-á ao *quantum* da indenização compensatória, através do juízo de equidade.

Em casos de situação atípica dos direitos da personalidade, para caracterização e demonstração de sua natureza, é necessária a utilização de um parâmetro. Neste caso, tem-se o princípio fundamental da dignidade humana ou a cláusula geral de conformação.

Segundo Sílvio Romero:

Os direitos da personalidade vêm tradicionalmente definidos como direitos essenciais do ser humano, os quais funcionam como conteúdo mínimo necessário e imprescindível da personalidade humana. A justificativa teórica para atribuir o caráter inato aos direitos da personalidade volta-se à circunstância de se tratar de direitos essenciais, naturais à pessoa humana que remetem a sua existência ao mesmo momento e ao mesmo fato da existência da própria pessoa (2005, pp.24-25)

A simples violação aos direitos da personalidade já é fato gerador da responsabilidade por parte de quem praticou o dano (*damnu in re ipsa*); a reparação do dano moral independe de prova do prejuízo.

O dano moral não é propriamente indenizável *in dene*, porque não tem como objeto a devolução do patrimônio ao estado anterior, como no dano patrimonial; não é suficiente extinguir o prejuízo e as consequências que dele advieram. Logo, apesar de constar a palavra indenização, no texto constitucional, em seu artigo 5º, X, a palavra a ser utilizada para exprimir o pagamento relativo ao *pretium doloris*, é mesmo, compensável.

O objetivo da jurisprudência e doutrina é o de criar parâmetros materiais que sejam bastante e seguros para a aplicação dos danos morais, já que eles possuem natureza compensatória.

Os danos morais não podem ser examinados ao arbítrio judicial tendo como base apenas fatores psicológicos, representados pela dor moral.

Demonstrado o dano moral, o juiz decidirá segundo a equidade, analisando o caso concreto para determinar, em cada um deles, o *quantum* da indenização, que pode e deve variar de acordo com a gravidade da lesão ao direito ou direitos da personalidade. A natureza compensatória da indenização ainda dependerá do momento histórico e dos direitos que são colocados em evidência, pela sociedade a qual a elaboração, a aplicação e a indenização são direcionadas.

2.2.3. Dano estético

Segundo Teresa Ancona, ao se falar de dano estético, tem-se como pressuposto uma lesão causada à beleza física, entendendo-se esta como a imagem ou a harmonia das formas externas de uma pessoa (LOPEZ, 2004, p.45).

Pode ainda ser definido como um dano que provoca na vítima, um sentimento de constrangimento, de humilhação, de desgosto, causador de deformidades ou deformações, que atingem a sensibilidade moral, causando uma piora na imagem da vítima, modificando seu complexo estético individual. Não se limita apenas às partes físicas exteriorizadas, como o rosto, mas toda e qualquer região que possa, inclusive, alterar sua funcionalidade. O sentimento seria o de desgraça física (LOPEZ, 2004, pp. 45-46).

O dano estético é responsável por causar uma modificação permanente ou duradoura, na aparência externa de quem sofreu o dano, que provoca nesta o sentimento de repulsa, pois, a vítima se sente, não somente feia, mas, as demais pessoas que a vêem também podem vir a sentir, não só o estranhamento, como resultar em humilhações, afastar-se (por não conseguir olhar), discriminar, repelir, etc.

O primeiro elemento do dano estético está representado pela palavra modificação, expressa no parágrafo anterior.

Entende-se não se tratar tão somente, por exemplo, de feridas ou cicatrizes que, de tão profundas ou extensas levaram a mutilação de membro. Basta à simples

transformação da pessoa, apta a modificar-lhe a aparência anterior. Em direta desarmonia entre como o indivíduo era antes e depois do dano, representando uma modificação para pior (se para melhor, não haveria que se falar em dano).

Este assunto também é tratado no âmbito penal, sob a tipificação das lesões corporais, mas com característica exterior, através de deformações graves, que causam a desfiguração da pessoa (sendo considerado crime). Nos casos de lesões corporais leves, que acarretam penas de menor potencial ofensivo, quando há a hipótese de composição civil (Lei 9.009, 1995).

O segundo elemento do dano estético - que também corresponde a um dos elementos do dano moral - é ter como efeito sua permanência ou prolongamento no tempo.

Para que haja dano estético são necessários os dois requisitos em conjunto, ou seja, a lesão que tornou determinada pessoa mais feia; e que tal lesão seja duradoura, senão não estaremos diante de um dano estético propriamente dito, que se resolverá em perdas e danos habituais, com a inclusão de danos morais.

A permanência está relacionada à impossibilidade de reparação do prejuízo. Se tal prejuízo puder ser revertido, através de cirurgias reparadoras, que sejam capazes de levantar aquele dano estético, não haverá porque continuar o mesmo a ser o objeto do ressarcimento. Mas, se a cirurgia for de colocação de peças, próteses de dentes, ou se referir à cicatriz que seja ocultada por maquiagem, significa dizer que a pessoa não terá mais naturalmente, aquilo que era produzida por si mesma. Neste caso, o uso de mecanismos artificiais, ainda que melhorem visualmente o dano provocado, não retira a necessidade de reparar o dano estético.

Por exemplo, se após a completa convalescença dos ferimentos a pessoa volta ao seu trabalho habitual, as sequelas não tiveram natureza permanente ou definitiva e não ocasionaram a incapacitação física e ocupacional.

Sob o ponto de vista médico pericial esse tipo de lesão não estaria inserido na categoria de dano estético, que tem como consequência imediata o prejuízo inestético de vulto. Ditas lesões, mesmo que inicialmente tenham sido reveladas por laudo pericial legal, se restabeleceram, ou seja, passaram ao caráter transitório e de natureza apenas traumática, demonstrando que o tratamento fora eficaz e reparador.

Esse é o entendimento do acórdão unânime datado de 26.10.1966 do Supremo Tribunal Federal, publicado na RTJ 39/320. Descreve-se abaixo trecho do voto do relator, Min. Victor Nunes Leal:

(...) ponderei, apoiado pelos eminentes colegas, que o dano estético se vai convertendo, progressivamente, em dano patrimonial, pelo progresso da cirurgia restauradora e da clínica de recuperação (2013, p.478).

No mesmo sentido, o acórdão sobre lesões no rosto de passageira de transporte coletivo:

(...) Ainda em relação ao dano estético, tem a autora direito, como reconhecido na sentença, às cirurgias restauradoras e que ainda se fazem necessárias. Hoje, o dano estético está se convertendo em dano patrimonial pelos progressos da medicina reparadora, principalmente aquela cirurgia plástica. Nesse aspecto, a verba subsequente e concedida na sentença enquadra-se na indenização devida a título de dano estético, ou seja, a condenação ao custeio de outras cirurgias reparadoras (2013, p. 329).

Portanto, para que exista dano estético, é necessário que a lesão que determinou o “enfeamento” de determinada pessoa, seja duradoura, caso contrário, não se poderá falar em dano estético propriamente dito, mas em atentado reparável à integridade física ou lesão estética passageira que se resolve em perdas e danos habituais, incluindo, se for o caso, verba para danos morais.

Em conclusão, para que possa ser considerado dano estético ou *ob deformitatem* tem de ser verificado o “enfeamento” do ofendido, pois, se depois do sinistro, ficou igual, ou melhor, não se pode falar em deformidade ou em dano estético.

É necessária a piora visual da vítima, em relação ao que a mesma era antes. Relativamente aos seus traços de nascimento, para a configuração do dano estético não serve como parâmetro a comparação com algum exemplo de beleza de outrem.

2.2.4. Dano existencial

O dano existencial será tratado de forma aprofundada em um capítulo específico desta Tese. Por ora, as referências abaixo têm por objetivo delinear as distinções entre os danos não patrimoniais. Para tanto, algumas definições trazidas pela doutrina italiana apresentam a origem deste instituto, naquele país.

Maria Rita Trazzi define o dano existencial como:

(...) uma categoria autônoma dos danos não patrimoniais, que diz respeito às repercussões pessoais e existenciais de qualquer tipo de ilícito, uma modificação negativa na maneira do indivíduo desenvolver sua própria personalidade (2010, p. 20, tradução nossa).

Paolo Cendon e Patrizia Ziviz fazem referência ao dano existencial como:

(...) as atividades realizadoras da pessoa humana (comprometidas, mais ou menos, definitivamente); o turbamento da agenda cotidiana, um relacionamento diferente com o tempo e com o espaço, a renúncia forçada a — muitas ou poucas — ocasiões felizes. O pioramento da qualidade da vida (2000, p.1, tradução nossa).

Para Daniela Lugli, o dano existencial é “o comprometimento de uma das múltiplas expressões da personalidade humana, não necessariamente conexa à bem saúde, nem ligado a um dano econômico ou a um dano não patrimonial” (2014, p.3, tradução nossa).

Giuseppe Cassano afirma que por dano existencial, entende-se:

Com tais termos se entende quaisquer danos que reduz a atividade realizadora da própria pessoa. O dano existencial, em verdade, outro não é que a lesão de qualquer interesse juridicamente relevante da pessoa, ressarcível em suas consequências não patrimoniais (2002, p.10, tradução nossa).

Mas, é no confronto com o dano moral, que o dano existencial se revela com toda clareza, como ressalta Matteo Maccarone:

O dano moral é essencialmente um ‘sentir’; o dano existencial é mais que um ‘fazer’ (isto é um ‘não poder mais fazer’, um ‘dever agir de outro modo’). “O primeiro refere-se à natureza ‘interior’ da pessoa, à esfera emotiva; o outro se relaciona ao ‘externo’, o tempo e espaço da vítima. O primeiro destina-se à consideração do que se sofreu, das angústias; no outro as atenções se voltam para a reviravolta forçada de compromissos firmados (2002, pp 77-78, tradução nossa).

O dano existencial é melhor delineado se comparadas suas características com aquelas das demais espécies de dano à pessoa.

Comparado ao dano moral, o dano existencial não é um sofrimento, uma angústia, mas um dano que leva a renúncia de uma atividade concreta, por parte de quem foi lesado. Diverge do dano estético porque se verifica exteriormente nas atividades dinâmico relacionais da vítima com todas as outras pessoas do seu ciclo social, familiar, afetivo, profissional, desportivo, etc.

O dano existencial, portanto, se caracteriza como um prejuízo não econômico, sendo irrelevante que o ofendido afaia ou não afaia rendimentos, pois ele pertence à categoria dos danos não patrimoniais. Não tem por objeto lesão de bens ou interesses patrimoniais (aferíveis através de mera dedução econômica) e de

abrangência ilimitada, à medida que qualquer privação ou lesão às atividades existenciais do ofendido pode conduzir ao seu ressarcimento.

O dano existencial começou a ser discutido no Brasil após um estudo de direito comparado entre os ordenamentos jurídicos, italiano e brasileiro, feito pela autora Flaviana Rampazzo Soares, que culminou na publicação do livro “Responsabilidade Civil por Dano Existencial”, de 2009, tema recente, até então só questionado judicialmente, no âmbito do direito do trabalho.

A doutrina recente, haja vista que o dano existencial seguiu uma evolução histórica, por meio da jurisprudência, partindo da histórica sentença n. 233 de 11 de julho de 2003, pela Corte Constitucional. Mas, foram as decisões das Sessões Unidas n. 26972 e 26973, 26974 e 26975 de 2008, intituladas de Sentenças de San Martino, de 11.11.2008, que o dano existencial ganhou repercussão em vários ordenamentos jurídicos internacionais, a exemplo do Brasil.

Atualmente, portanto, a doutrina pátria tem enumerado três tipos de danos, quais sejam os danos patrimoniais, os danos morais, e os danos causados à existência.

Segundo Almeida Neto:

O dano existencial causa uma frustração no projeto de vida do ser humano, colocando-o em uma situação de manifesta inferioridade — no aspecto de felicidade e bem estar — comparada àquela antes de sofrer o dano, sem necessariamente importar em um prejuízo econômico (2013, p. 4).

Segundo Paulo Lôbo:

Com atributos próprios, há os danos existenciais, que dizem respeito ao comprometimento permanente ou duradouro da existência da pessoa humana, nas suas relações com as outras pessoas e no seu projeto de vida, em virtude, principalmente, de violações de direitos humanos, feitas por agentes do Estado ou por particulares, que deixam marcas psicológicas indeléveis nas vítimas (2015, p.311).

O dano existencial está representado por todo acontecimento que resulte no não poder mais realizar a complexidade de afazeres de uma pessoa, podendo repercutir, de maneira consistente, por um período de tempo ou por toda a existência da pessoa contra a qual fora causado.

Para caracterizar-se como dano existencial é imprescindível que o ilícito tenha ocasionado ao sujeito passivo do dano a abusiva privação de componente significativo de seu projeto de vida e sua vida em relações.

O dano ao projeto de vida, um dos elementos do dano existencial, provoca uma lesão ao sentido de existência atribuído pela pessoa em relação a si mesma.

Esse dano causa consequências que comprometem a própria existência de quem os sofreu, perduram no tempo e não são superados completamente no decorrer da vida. O dano ao projeto de vida, devido a sua extensão profunda, tende a acompanhar a vítima, por todo o seu existir, comprometendo não só um período, mas todo o porvir, o futuro.

A personalidade da vítima e a extensão do dano ao projeto de vida podem trazer como consequência um vazio existencial.

A vítima do dano ao projeto de vida perde, em grande medida, a sua própria identidade. Ela deixa de ser aquela que era antes da lesão, deixa de se realizar, dentro do que havia delineado para o alcance de sua plenitude enquanto ser. As consequências, portanto, são perenes e enraizadas no âmago do seu ser-no-mundo.

3 A NECESSIDADE DO RECONHECIMENTO DE UMA NOVA MODALIDADE DE DANO NÃO PATRIMONIAL

3.1. Dano existencial como categoria autônoma de dano à pessoa: sua configuração e seus elementos constitutivos; 3.2. Projeto de vida; 3.2.1 Dano ao projeto de vida; 3.2.2 Proteção jurídica ao projeto de vida e às relações sociais da pessoa; 3.2.3 Distinções entre o dano moral e o dano existencial: possibilidade de cumulação; 3.4 Impropriedade do dano estético

Viver é realizar um projeto de existência, fabricar o seu próprio ser, fazendo-se. A vida resulta, assim, de uma sucessão ininterrupta de que fazes segundo um projeto do qual se pode ou não ter consciência (SESSAREGO, 2013, p.ii, tradução nossa).

O Código Civil, visto como a “constituição do homem comum”, em especial após o processo de codificação liberal, era considerado o ramo do direito que mais se distanciava do direito constitucional, em clara oposição à constituição política (LÔBO, 1999, p.100).

Durante mais de dois mil anos, após mutações sociais, políticas e econômicas, a todos parecia que as relações jurídicas interpessoais e coexistenciais continuariam a permanecer intactas às alterações que ocorriam ao seu redor.

Os primeiros Códigos Civis, influenciados pela codificação napoleônica, eram reconhecidos pelo seu forte aspecto patrimonial, representado nos contratos e na propriedade como modo de circulação de riquezas.

As relações civis tutelada nos códigos tinham a propriedade como valor individual e nada disciplinavam sobre as relações interpessoais. As regras ditadas pelos particulares imprimiam aos contratos celebrados *status* de verdadeira lei entre as partes, devendo ser cumpridas, sob qualquer hipótese.

No período de codificação liberal a propriedade era tida como um valor necessário à realização da pessoa. As Constituições liberais no Brasil, apenas estipularam o conceito do Estado mínimo e outra coisa não fizeram, a não ser estabelecer regras para as liberdades privadas, sem tratar das mesmas.

No plano infraconstitucional, os sujeitos de direitos passaram a ser considerados iguais (apenas formalmente), imperando, na prática, as desigualdades reais.

A patrimonialização das relações civis passou a se tornar incompatível com os valores renovados pelo Estado Social e Democrático de Direito, que adotou a pessoa como fonte de todas as normas jurídicas.

A partir do conceito, do significado e do alcance do que é pessoa, o legislador passou a produzir as leis, que devem ter no sujeito, o objeto da mais ampla tutela jurídica. No final do século XX a constitucionalização do direito civil brasileiro tornou-se um fenômeno também doutrinário.

Segundo Gustavo Tepedino:

O percurso evolutivo da doutrina do direito brasileiro encontra-se intrinsecamente relacionado ao advento da Assembléia Constituinte, instalada em 1987, e ao clima do engajamento político que marcou o período de redemocratização do Brasil. Tal circunstância histórica propiciou intensa reflexão no âmbito do direito privado, influenciando de maneira decisiva sua produção acadêmica. Os constituintes trouxeram à baila questões que se encontravam na ordem do dia na sociedade brasileira dos anos 80, demonstrando profunda preocupação com a democracia em construção. Revisitou-se, pouco a pouco, a partir de então, a metodologia do direito privado, mediante reconstrução de seus conceitos fundamentais, e procurou-se fazer do compromisso para com a pessoa humana e a justiça social a fonte de inspiração para produção intelectual, preocupação que se refletiva inevitavelmente na jurisprudência (2008, pp. 356-357).

A realidade social, distanciada dos fundamentos ideológicos do Estado Liberal e do individualismo jurídico que inspiraram o Código Civil e as Constituições de 1824 e 1891, deu lugar ao Estado Social.

O Estado Social, presente a partir da Constituição de 1934 e das demais que se seguiram - democráticas e autoritárias, adotou como características essenciais a incorporação da organização política, dos direitos individuais, e da organização social e econômica, refletindo-se imediatamente nas relações privadas (LÔBO, 1999, pp. 102).

O Estado Social passou a intervir no exato contexto em que a desigualdade fosse estabelecida pelo próprio Estado — no exercício de seu poder de império e de acordo com normas por ele predeterminadas — em relação ao particular que deve permanecer a ele submisso. Foi chamado a intervir nas relações que continuavam a ser estritamente civis.

Com reflexos inegáveis das novas dimensões materiais inclusos na Constituição, o Estado - Providência dirige-se à regulação da ordem econômica e social, à limitação ao poder político e à projeção, para além dos indivíduos, da tutela dos direitos individuais e sociais.

Ampliada a tutela, passaram a ser as razões fundantes do Estado Social, o direito do trabalho, da educação, da cultura, da saúde, da seguridade social e do meio ambiente.

O Estado passa a ser visto como ente necessário à garantia da prevalência dos interesses coletivos, devendo evitar abusos e garantir o espaço público de afirmação da dignidade da pessoa humana. Para isso, a solidez do poder estaria, substancialmente no econômico e, relativamente, no político (LÔBO, 1999, p.101).

Depois da Segunda Guerra Mundial, diante da nova democracia ocidental, foram firmados compromissos políticos, em relação aos princípios fundamentais.

Os valores de justiça social e de solidariedade, inerentes à ideologia do social, dominaram a realidade constitucional do Século XX.

Os juristas já se viam preocupados com as interferências trazidas pelas mudanças sociais e a adequação destas aos valores consagrados na Constituição de 1988. Esta buscou regular e controlar os poderes privados, tendo como seu objetivo a persecução da justiça material. O Estado passou a destinar a elaboração de suas leis a serviço da proteção e desenvolvimento da pessoa humana.

No dizer de Maria Cristina De Cicco:

(...) Vale dizer, que estão no centro do sistema e representam o eixo em torno do qual gira todo ordenamento, com a consequente subordinação das relações patrimoniais aos valores existenciais (2008, p. 106).

A lógica da justiça retributiva foi substituída pelo distributivismo e a responsabilidade civil foi inspirada nos princípios da dignidade da pessoa humana, na solidariedade social e na isonomia substancial. Além de ter representado uma conquista determinantemente transformadora de toda norma jurídica privada, a consagração da dignidade da pessoa humana, em último grau, consolidou também o predomínio das situações jurídicas existenciais, sobre as relações jurídicas patrimoniais.

Em se tratando dos fundamentos do direito civil, estes foram elevados ao *status* constitucional, baseados na promoção da justiça social e na solidariedade. Já os fundamentos jurídicos das relações privadas foram representados na personalidade, na família, no contrato, na propriedade e no dano.

O direito civil-constitucional foi consagrado através da hermenêutica extensiva dos princípios e dos direitos fundamentais da Constituição ao Código Civil, migração que resultou na maior efetividade dos direitos já assegurados civilmente (FACHIN, 2008, p.17).

O civilista, ao verificar e observar as categorias fundamentais da Constituição passou a ter como referência, a Constituição Federal. O direito civil passou a aplicar concretamente os valores, os princípios e as normas constitucionais às relações privadas e ao projeto de vida em comum, deixando de levar em consideração os locais reservados às pessoas, em razão de seu patrimônio.

O cenário constitucional passou a ser dominado pelo desenvolvimento da pessoa humana e de suas formas associativas (formando os sujeitos coletivos), que tomados por ideologias sociais refletiam os valores de justiça social ou distributiva. Destacando-se a defesa da liberdade, da igualdade material e a busca pelo reconhecimento de novos direitos, ainda não completamente adequados à codificação civil existente à época.

Em seus estudos mais recentes, os civilistas têm buscado demonstrar afirmações no sentido de que: i) as normas civis ordinárias não se alteravam; ii) as relações jurídicas interpessoais não se deixavam modificar; iii) os princípios e regras que pareciam imemoriais; e iv) o direito civil como estático imutável e desconectado com as mudanças sociais, representam apenas falácias (LÔBO, 1992, p.100)

O reconhecimento de que a Constituição Federal é o vértice de harmonização, de elaboração e aplicação de qualquer legislação causou uma importante mudança sob a perspectiva hermenêutica, atitude que resultou na sobriedade epistemológica em estabelecer o dever de interpretar o Código Civil à luz da Constituição.

Com relação ao Direito Civil- Constitucional, afirma Maria Celina Bodin:

Uma das características fundantes do direito civil- constitucional é a aplicação direta dos princípios constitucionais às relações privadas. Isto significa dar grande peso aos princípios no processo de interpretação - aplicação do direito. Sua importância decorre, evidentemente, do reconhecimento do caráter normativo dos princípios ao lado das regras, na já consagrada distinção de Dworkin. No contexto atual, dito pós-positivista, os princípios são o pedestal normativo do sistema. Eles concretizam os valores reputados, ou melhor, democraticamente estabelecidos como os mais essenciais àquela comunidade (2008, pp.38-39).

Dada a sua historicidade, os vários ramos do direito público, incluindo a consolidação do direito constitucional, foram informados e formados com a colaboração das categorias, dos conceitos e das classificações contidas no Código e no direito civil.

A interpretação do Código e das leis civis se sujeita aos valores, aos princípios e às normas constitucionais, devendo ter como objetivo o alcance o projeto de vida de cada uma das pessoas que compõem a sociedade, impostos constitucionalmente.

Nas palavras de Perlingieri:

Os principais pressupostos teóricos da doutrina do direito civil na legalidade constitucional- concebida como consequência inevitável da incidência do constitucionalismo contemporâneo sobre o fenômeno da produção legislativa e, particularmente, das codificações- referem-se: (a) à natureza normativa das constituições; (b) à complexidade e ao caráter unitário do ordenamento jurídico e ao pluralismo das fontes do direito; (c) a uma renovada interpretação jurídica com fins aplicativos (2008, pp.38-39).

A aplicação dos princípios constitucionais e a metodologia utilizada na sua ponderação, sob a ótica dos estudos da teoria geral do direito, determinaram a mudança da antiga concepção cristalizada da Constituição, como carta política endereçada apenas, ao legislador (MORAES, 2006, p. 233).

A aplicação da regra específica ao fato apresentado cede lugar e se complementa pelo procedimento de avaliação do intérprete, feita caso a caso, subordinando-a aos princípios jurídicos nele envolvidos.

A proteção dos valores existenciais passa a ser o norte da nova ordem pública instaurada pela Constituição. Todas as situações jurídicas, portanto, passaram a ser comprometidas com a realização do programa constitucional (TEPEDINO, 2008, p. 5).

As normas devem ser produzidas e direcionadas ao indivíduo, e ao seu pleno desenvolvimento em sociedade. Indivíduo é visto não só em sua individualidade, mas como um alguém que interage com os demais seres humanos e com o próprio Estado.

O desenvolvimento da pessoa, no mundo em que vive, passa a ser o eixo e o centro gravitacional das normas e dos princípios constitucionais. Não há redução quantitativa dos espaços da autonomia privada, mas sim uma forte intervenção do poder público, vinculado à opção valorativa constitucional.

Ao legislador, à magistratura e à doutrina competem à construção de bases objetivas para a realização de um direito civil convergente à tabua de valores axiológicos, previstos constitucionalmente, tendo como base técnicas os critérios

interpretativos e uma dogmática renovada, capazes de atender aos desafios suscitados pelo sistema de fontes.

A operabilidade dos direitos fundamentais, no campo das relações privadas, ocorre através da regulamentação do conteúdo, das condições de exercício, da concretude e do alcance dos direitos fundamentais.

É no momento da interpretação da norma aplicável ao caso concreto que o juiz, baseado na equidade, deverá dar a concretização aos princípios e aos direitos fundamentais, previstos constitucionalmente (BILBAOS, 1997, p.468).

A partir de uma aplicação concreta, aberta e plural das normas é que se respeitaria, sobretudo, a diversidade, desprovido-a das chamadas verdades insertas em dogmas (MORAES, 2009, p. 21).

O patrimônio deixa de ser absoluto, é reconhecido o seu papel derivado e prescindível. Este passa a servir à pessoa, em obediência ao princípio da função social.

A emancipação da pessoa humana no direito civil ressalta que o indivíduo não é apenas titular de bens e de patrimônio. A pessoa é o pressuposto indispensável da ordem jurídica e é a fonte da elaboração, da aplicação e da adequação das normas.

As normas são criadas para servir de meio ao desenvolvimento da pessoa. A sociedade é o lugar destinado à evolução do indivíduo, é nela que a pessoa buscará extrair todas as suas próprias potencialidades. A sociedade contemporânea deve se voltar à evolução do humanismo e à realização dos valores existenciais da pessoa.

Ao adotar como prioridade os valores humanos, o texto constitucional assegurou não só o destaque à pessoa, mas fez ainda com que a perspectiva jurídica passasse à “repersonalização” (LÔBO, 2015, p.59).

A igreja, o Estado e o Exército que estiveram sob a posição de domínio em relação às escolhas individuais, perderam seu espaço de regência para ao Direito. Este tem o poder de garantir que cada pessoa tome suas próprias decisões, desde que assumam a responsabilidade de tê-las tomado, ante e pelos demais.

O Direito assume o papel de proteger e possibilitar que o homem faça livremente suas escolhas, de maneira individual ou mediante sua interação com o mundo em que vive através da elaboração de seu projeto de vida.

Segundo Bruno Miragem:

Trata-se da repersonalização do direito civil, que, como consequência direta, observa a atenção e o reconhecimento de novos interesses da pessoa, e, mediante eventual violação destes, a identificação de novos

danos. Em um primeiro momento, essa situação se apresenta pela afirmação apenas dos danos exclusivamente morais, ou seja, aqueles que produzem lesões ao estado anímico, de saúde ou psíquico da pessoa, como indenizáveis. Em nosso direito, eventual resistência quanto à indenização desses danos dissipou-se completamente a partir da vigência da Constituição de 1988, que expressamente prevê (art. 5º, V). Ocorre que a partir daí, o traço de maior proteção da pessoa passou a indicar, igualmente, o reconhecimento de interesses específicos, dentro da abrangente classificação de danos patrimoniais e não patrimoniais /extrapatrimoniais, de modo a tutelar de maneira mais efetiva os interesses na hipótese de dano. Utiliza-se hoje, em diferentes sistemas jurídicos, de diversas classificações, como, por exemplo, dano existencial, dano à saúde, dano genético (2015, p.30).

O princípio da dignidade da pessoa humana como cláusula geral de tutela da pessoa foi direcionado à prevenção e à reparação dos danos causados às pessoas, e teve sua tutela ampliada às situações jurídicas existenciais. A indenização resultante do dano nem sempre resultaria na sua monetarização, porque há danos de natureza essencialmente existencial (MORAES, 2009, pp. 19-21).

O Direito deve tutelar a pessoa no que ela tem de mais valioso, pelo o que ela significa e pelo que ela é. A pessoa não é apenas um Ser que vive para a sociedade, que gera riquezas, que produz trabalho e que é fonte de utilidades. Como sanção civil a ser aplicada ao autor do dano há a aplicação da indenização ou da reparação em dinheiro, podendo ocorrer a retratação do agente, o direito de resposta, multa e a busca e apreensão, auferível a partir das consequências do dano sofrido ou de tudo que razoavelmente deixou de se obter proveito.

A realidade reclamava por uma nova modalidade de dano, conhecida pela doutrina internacional como dano existencial, dano ao projeto de vida ou *lost enjoyment of life*.

3.1 DANO EXISTENCIAL COMO CATEGORIA AUTÔNOMA DE DANO À PESSOA: SUA CONFIGURAÇÃO E SEUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Mesmo antes de ser tratado estavelmente na jurisprudência, como uma nova categoria de dano não patrimonial, o dano existencial já era discutido pela doutrina italiana (CEDOM, 2000, p.10).

O dano existencial no Brasil é hoje um tema explorado, mais pela jurisprudência que pela doutrina brasileira, justificando a contribuição acadêmica desta Tese.

O lema do dano existencial é agora conhecido, como a lesão dos “afazeres domésticos”, das “atividades realizadoras da pessoa”, do “perturbamento da

vida cotidiana”, de um “diverso relacionamento com o tempo e espaço”, da “quantidade da vida” ou perda de “ocasiões felizes”. O dano existencial se origina e é constituído, precisamente, da dinâmica social (MACCARRONE, 2002, p.61, tradução nossa).

A figura do dano existencial nasce e se desenvolve na direção da ampliação da tutela dos valores humanos, entendidos em sua complexidade. Esse dano surgiu do trabalho de uma doutrina especializada no estudo do dano à pessoa. Foi reconhecido após um árduo trabalho de pesquisas doutrinárias e da sua evidente aplicação em concreto, resultante do levantamento do repertório judicial de mérito e de legitimidade, em matéria de responsabilidade civil (CHRISTANDL, 2007, p.275).

Citem-se, como exemplo de dano existencial, embora ainda utilizados pelo Brasil como dano moral: i) a lesão ao direito à saúde do nascituro, que venha deixá-lo em estado vegetativo; ii) as prisões indevidas, que venham a resultar na dissolução de vínculos familiares; e iii) os danos que tolhem do indivíduo qualquer possibilidade de executar sozinho suas atividades, desde as mais essenciais, como vestir-se sozinho à consecução do seu projeto de vida e a continuidade de sua vida em relações.

Os valores existenciais da pessoa e as conquistas pela ampliação de sua proteção ganharam destaque na Itália, nos anos noventa do século passado (RUSSO, 2014, p. 19).

O reconhecimento da essencial importância do componente exterior, qual seja a atividade-relacional no delineamento do valor humano foi considerada a força motriz do dano existencial (SAPONE, 2010, p. 29).

A lesão ao interesse juridicamente protegido é que determinará a patrimonialidade ou a não patrimonialidade do dano. Porém, a tutela das situações jurídicas existenciais não resulta sempre em monetarização. O alvo das lesões aos direitos não está mais situado exclusivamente nos direitos da personalidade (danos morais) e nos lucros cessantes (danos materiais), mas, nos direitos que dizem respeito às realizações pessoais, consubstanciadas no projeto de vida que cada um tem para si.

A doutrina, através da constante intersecção com as Cortes, renunciando uma perspectiva tão somente dogmática dos institutos do direito civil, passou ser capaz de fazer e de se fazer tornar jurisprudência (MIRABELLI DI LAURO, 2014, p.687).

O dano existencial está, sobremaneira, relacionado ao não fazer, entendido este como a impossibilidade da pessoa lesada de continuar a exercer suas atividades, como habitualmente as praticava, desenvolvendo seu projeto de vida.

O momento em que o dano ocorreu é certo, mas as consequências do mesmo se protrairão indefinidamente, podendo confundir-se com a extensão das lesões provocadas. A vítima sofrerá indeterminada e permanentemente os prejuízos que lhe foram causados, ou seja, enquanto viver experimentará cotidianamente os dissabores da sua não realização enquanto pessoa.

O dano existencial propõe uma visão segundo a qual o valor do homem depende de modo essencial da qualidade das relações, dos bens relacionais e do patrimônio de relações. Nas palavras de Spinoza, ao homem nada mais útil que o homem. A identidade do homem visualizado pelo dano existencial é construída dos encontros com os outros; um homem cuja história é feita do enredo com as histórias dos outros; a partir dos genitores, terminando com os netos pequenos, passando pelos amigos, o cônjuge, os filhos, o empregador, os colegas de trabalho, os companheiros de partido, de associações (SAPONE, 2010, p. 25, tradução nossa).

O dano existencial vai além da vida de realizações pessoais, abrange as relações com as demais pessoas, como parte constitutiva de sua identidade, não só biológica, mas também biográfica.

Sobre o assunto, explica Melchiorre:

O status mais originário do homem não é aquele de singularidade, de isolamento, mas sim o de “coexistir [...] se somos uma unidade, uma relação originária, a ruptura desta relação é também a ruptura do meu existir. De agora em diante tudo que eu podia ser fazer e amar com o outro não será mais possível [...] trata-se da perda de um apoio, de uma pessoa e até a perda de um centro, de uma fonte pessoal de possibilidade que eu mesmo tenho com o outro (2002, p.69, tradução nossa).

O primeiro grande debate jurídico acerca da possibilidade de ressarcimento de um dano não patrimonial ocorreu a partir da discussão dos preceitos contidos no art. 2.059 do CC italiano.

Dita discussão se desenvolveu no sentido de estipular que, para haver o ressarcimento de um dano, o fato danoso não precisava estar explícito, isto é, para ser caracterizado um dano não era necessário que este se enquadrasse aos casos pré-determinados pela lei. O dano vai além do que está previsto na norma. O dano deve ser juridicamente relevante para o ordenamento.

O sistema ressarcitório, então, transitava por meio da aplicação do art. 2.059 do CC e, subsidiariamente pelo art. 185 do CP italianos. O grande problema estava

em saber o que aconteceria se o dano não se enquadrasse na tipificação desses dois artigos? Ficaria o mesmo sem reparação?

Art. 2.059 Danos não patrimoniais - O dano não patrimonial deve ser ressarcido apenas nos casos determinados pela lei (ITÁLIA, 1958, tradução nossa).

Se o dano não estivesse previsto como tal no direito civil ou se um crime não fosse tipificado no direito penal, isto era motivo suficiente para que se negasse o seu ressarcimento. Se a partir de um dano, um prejuízo fosse causado, ele deveria ser analisado apenas segundo o regulamentado jurídico existente à época do fato.

Como seriam então indenizadas as lesões permanentes e incompensáveis resultantes ou não de lesões corporais, mas que causassem danos, que uma vez provocados, perdurariam para toda a vida projetada pela pessoa?

Os danos que modificavam a vida do ser e do seu relacionar-se em sociedade, no lar, consigo mesmo, com pessoas no ambiente de trabalho, ou em relacionamentos mais íntimos seja de amizade, sexual ou afetivo, apesar de serem danos à pessoa, à sua vida e à sua existência, não tinham tutela jurídica no ordenamento italiano.

Os valores ligados à dignidade humana, que deveriam servir de fundamento para elaboração e aplicação das normas, àquela época, eram distantes da realidade fática, política, ética e social.

O avanço do tempo, a conquista e ocupação de novos lugares pelas pessoas, não só representaram um progresso, como fizeram surgir novos tipos de preconceito, de discriminação e de arbitrariedade.

Emergiram, então, novos reclames da sociedade - e do sujeito, individualmente considerado - pela proteção da realização da pessoa e pelo direito à reparação integral do dano.

Por conseguinte, foi reivindicada uma tutela mais rigorosa, mais presente e mais eficiente, contra a prática de novos danos surgidos.

Não demorou assim para que fossem reconhecidas mais espécies de lesões aos interesses jurídicos e constitucionalmente protegidos.

Não se tratava de apresentar novos direitos, mas de comprovar a existência de outros tipos de lesões aos direitos tutelados, com a perspectiva de ressarcir, de forma cada vez mais apropriada, os prejuízos causados à pessoa.

A Corte de Cassação Italiana foi a primeira a sustentar o dano existencial como uma nova categoria de dano, derivado da exigência de caráter exclusivamente prático, que, de um lado, fosse apto a ressarcir cada prejuízo que atinja a pessoa e, de outro, representasse a proteção à realização do desenvolvimento individual (Corte de Cassação, 2003, p.27).

Foi por meio de inúmeros julgados, que o dano existencial foi reconhecido e distinguido - a como subcategoria do dano não patrimonial. O dano existencial não se confunde com danos que consideram apenas as consequências finais causadas pelo prejuízo. Não se confunde com os danos provocados à saúde; é diverso por atingir o co - relacionamento entre os indivíduos, como consequência de uma lesão permanente e irreversível ao projeto de vida e da vida em relações do sujeito.

Em razão disso e por ter sido o ordenamento jurídico italiano aquele que, pela primeira vez, tratou do dano sem o caráter da bipolarização (moral ou material), mas afirmando existir outro dano não patrimonial categoricamente distinto dos danos morais, que justifica o fato da jurisprudência daquele país ter sido escolhida como marco teórico da presente Tese.

Foi após as ditas sentenças de San Martino – cuja nomenclatura deve-se ao fato de terem sido proferidas no mesmo dia, na Itália, em que se homenageia o Santo Martinho, 11 de novembro - que todo e qualquer dano não previsto como tal nos artigos 2.059 do CC ou 185 do CP italianos, passou a ser submetido a uma análise para fins de determinação ou quanto a ser ou não um dano tutelável.

Art. 2. A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, seja como indivíduo, seja na formação social onde se desenvolve sua personalidade, e requer o adimplemento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social (ITÁLIA, 1958, tradução nossa).

O artigo 2 da Constituição da República Italiana trouxe explicitamente em seu texto, a preocupação quanto ao reconhecimento e a garantia dos direitos invioláveis do homem, seja individualmente, seja na formação social onde ele desenvolve a sua personalidade, o que se tornou possível através do adimplemento dos deveres inderrogáveis da solidariedade política, econômica e social.

Particularmente, o art. 2043 do CC italiano passou da questão da tipicidade à atipicidade das formas de danos civis ilícitos. Hoje, apesar de não estarem previstos em lei todos os danos causados à pessoa devem ser considerados ressarcíveis.

Já em 31 de maio de 2003, as Sessões Unidas da Corte de Cassação na sentença n.8827 deu interpretação conforme a Constituição ao art. 2.043 do CC italiano, afirmando sua relativização (danos morais), para que na tutela à pessoa fossem abrangidos outros danos não elencados naquele dispositivo legal.

Na verdade, a jurisprudência italiana construiu o dano existencial como categoria autônoma de dano, de caráter econômico em relação ao do dano de caráter moral.

O dano não patrimonial, segundo o art. 2.059 do CC italiano prescreve que o ressarcimento só tem espaço quando o ato ilícito repercute nos casos determinados pela lei.

Isto quer dizer que o ilícito civil deve corresponder a um ilícito penal. Do estreito coligamento entre os artigos 2.059 do CC e do art. 185 do CP italianos derivaria uma interpretação restritiva, qual seja, a de que o dano não patrimonial seria definido de forma negativa. É todo aquele que provoca direta ou indiretamente uma consequência patrimonial a ser valorada. O dano moral é aquele que se baseia na dor e na turbção psíquica, prescindindo da existência de um prejuízo econômico.

Da confrontação dos artigos 2.043 do CC italiano e o artigo 2 da Constituição italiana, chegou-se à conclusão de que o dano não patrimonial se estenderia a todo e qualquer dano não suscetível, diretamente de valoração econômica (FLAMINI, 2009, p.65).

O bem estar do ser humano e a sua realização integral como um ser livre são colocados acima de todos os valores exclusivamente patrimoniais ligados à consequência da lesão.

Os classificados interesses existenciais passaram a merecer uma proteção de um setor diferenciado da jurisprudência comparada.

Os juízes, ao se depararem com a necessidade de fundamentar suas decisões passaram a inserir as cláusulas gerais de direito, representando os princípios jurídicos que amparam a pessoa humana, tendo como fundamento a busca da reparação integral, per se, e unitária.

Tendo como percussores os juristas italianos, cujo estudo das decisões judiciais já proferidas foram direcionadas ao não reconhecimento do rol taxativo dos tipos de dano à pessoa já existente, deu-se início a um debate público que conduziu a um grande esforço, concentrado no sentido de reunir elementos estruturais

capazes de conduzir um conceito de dano à pessoa que pudesse estar sempre no mesmo alcance das propostas jurisprudenciais e da Declaração dos Direitos Humanos.

A tarefa preliminar a ser cumprida era a de reconhecer cada aspecto do que até hoje pudesse ser compreendido como dano à pessoa. E que dentro do reconhecimento de novas modalidades de dano está o dano existencial. Pois, o livre desenvolvimento da personalidade fez gerar o questionamento, será que ao se falar em dano moral estaria se discorrendo sobre o dano à pessoa?

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 passou a reconhecer nos valores da pessoa humana e, no princípio da dignidade da pessoa humana, pontos de partida para a emanção de todas as demais normas jurídicas.

A evolução da responsabilidade civil deixou de ser exaurida na tutela de situações patrimoniais, a dignidade da pessoa humana cresceu e ganhou força, em confronto ao absoluto direito à propriedade e, em particular, à propriedade fundiária.

A pessoa, centro do ordenamento jurídico é também o sujeito para quem as normas são produzidas. A proteção dos direitos legítimos e invioláveis do homem, sobretudo dos valores relativos à pessoa humana tornaram-se, em seu mais amplo sentido, a razão conformadora de todas as normas jurídicas (PERLINGIERI, 2011, p. 116).

O dever de reparação pelos danos causados seja por dolo, imprudência, negligência ou imperícia, é consequência do reconhecimento de que existe uma responsabilidade por parte daquele que causou um prejuízo, patrimonial ou não a outrem.

O que se discutiu, no momento, foi a responsabilidade civil, diante das exigências temporais e de conveniência. As variáveis condições de suportabilidade entre o sujeito que pratica o dano em relação àquele contra o qual o mesmo foi praticado, determinaram a ampliação do conceito dos tipos de dano.

A disciplina da responsabilidade civil, portanto, deve muito mais a escolhas político- filosóficas do que a evidência lógica racionais, decorrente da natureza das coisas. A propósito, observou-se que somente será possível dizer que um sujeito causou um dano depois de ter havido a decisão de responsabilizá-lo- assertiva que se desdobra nessa outra: será a excessiva coligação a um sujeito determinado que vá servir a tornar um dano ressarcível. De fato, o dano, em si, por si, não é nem ressarcível nem irressarcível (nem “justo”, nem “injusto”). A decisão, ética, política e filosófica, antes de jurídica- deverá ser tomada pela sociedade em que se dá o evento (MORAES, 2009, p.21).

A patrimonialidade ou a não patrimonialidade não está no dano e sim no interesse juridicamente protegido. O dano chamado de não patrimonial foi utilizado pela jurisprudência, por muito tempo como sinônimo do dano moral, servindo como contraponto ao dano patrimonial.

Porém, essa formação histórica quanto à distinção entre as duas modalidades de danos, reconhecidos constitucionalmente, parece não atender mais aos anseios sociais por uma reparação integral do dano, pois a lesão a dois elementos importantes deixou de ser analisada para fins de identificação do tipo de indenização civil: o dano ao projeto de vida e o dano à vida de relações.

O dano pode atingir inclusive o indivíduo, considerado membro de uma sociedade em que vive e com a qual se relaciona, onde ocorre seu desenvolvimento pessoal, a pessoa é considerada o núcleo sob o qual se funda a Constituição.

A distribuição da justiça já não é mais o único objetivo da responsabilidade civil e esta não se molda tão somente na persecução da reparação do dano indenizável, exige-se também a prática do comando constitucional da solidariedade social.

A responsabilidade civil não nos aponta apenas em direção ao ressarcimento pecuniário ou em relação à indenização dos danos causados ao indivíduo, em si considerado, não é apenas a um direito da personalidade, mas sim a um direito social reconhecido pela Constituição, como um direito fundamental do indivíduo.

A partir das novas formas e funções atribuídas à jurisprudência - na busca pelo alcance da tutela integral dos danos à pessoa – para acompanhar os novos danos que passam a surgir, a doutrina iniciou a análise da teoria dos direitos aos danos e visualizou no dano existencial uma nova modalidade de dano, diferente do dano moral, mas ainda não abordado de forma aprofundado pelos doutrinadores pátrios, o que dificultava o seu estudo (SOARES, 2009, p.9).

O dever negativo ou o dever de abstenção de provocar qualquer conduta que venha a prejudicar alguém, como cláusula geral de conduta não tem se mostrado suficiente para impedir a prática de danos provocados aos sujeitos, aos seus bens ou aos bens da comunidade. O dano causado a um interesse juridicamente relevante para o ordenamento jurídico deve corresponder a uma ação judicial que seja apta e hábil a cessar, a impedir e a reprimir os prejuízos causados pela conduta ou omissão do autor do dano. Por outro lado, é necessário que o dano seja injusto para o ordenamento jurídico. Ou seja, se houver um dano, mas o autor que o causou

agiu e continuar agindo de acordo com a lei, com lealdade e probidade, apesar do prejuízo causado, não terá a vítima direito a ressarcimento algum pela perda causada.

O ser humano precisa ser entendido como uma unidade existencial. Os deveres jurídicos, previstos no ordenamento jurídico (como um todo), e na responsabilidade civil (em especial), são destinados a proteger de modo integral e preventivo a pessoa, fornecendo-lhe uma tutela jurídica específica.

Apesar de existir uma teoria contrária, Fernández Sessarego - a quem escolhemos como um dos nossos marcos teórico - defende que “na realidade existe um só direito da pessoa que se sustenta em sua própria dignidade de ser livre e temporal e consequente dever dos demais respeitar essa condição” (2013, p. 97).

Posição que foi acolhida por esta Tese, visto que as recentes constituições ao protegerem o ser humano, sob a perspectiva mais ampla da acepção de liberdade, abrangeram o livre desenvolvimento da sua personalidade humana. A pessoa humana, através de atos, condutas e comportamentos exteriorizados tem como seu expoente a escolha, o desenvolvimento e a busca de seu projeto de vida.

Como já evidenciamos, a presente Tese tem como objetivo geral apontar a viabilidade do dano existencial na doutrina e jurisprudência brasileiras e como objetivo específico, tentar demonstrar que o dano existencial — que tem como fonte o cerceamento, a mutabilidade ou o impedimento do projeto de vida de alguém — não se confunde com as modalidades de dano já existentes (SILVEIRA, 2016, p.10).

No Direito brasileiro o dano existencial começou a ser estudado a partir de sua fundamentação filosófica, de modo que a Ciência Jurídica veio aperfeiçoar os alicerces teóricos que serão usados como bases para as construções jurisprudenciais.

O presente estudo tem o condão de fornecer à comunidade jurídica a definição, os elementos constitutivos e a maneira em que o dano existencial, pode ser aplicado. Aliás, é forçoso reconhecer que o dano existencial já vem sendo inserido nas decisões judiciais, por vezes com a denominação de pensão vitalícia, prisões indevidas, indenização por tortura, indenização por abandono afetivo, indenização por lesão grave e incapacitante, etc.

Isto, para que os profissionais do Direito tenham elementos precípuos para compreender a essência de tal construção jurídica e, ao mesmo tempo, saibam o momento de sua exata aplicação, com a finalidade de levar aos aplicadores do

direito, o conhecimento das circunstâncias em que o referido dano existencial se revela o que pode ocorrer ao serem contrastados o conceito de dano existencial e suas espécies - com circunstâncias ilustrativas de sua ocorrência - e as demais modalidades de dano já existentes.

Quem sofre um dano existencial experimenta a dificuldade ou impossibilidade de ter de volta à sua vida em relações e de seu projetar-se na vida, em busca de objetivos, e de conquistas anteriormente delineadas.

No conceito de dano existencial, que na França surge como *prejudice d'agrément* (perda da graça, do sentido) estão compreendidas todas as lesões que vierem a comprometer a liberdade de escolha do projeto de vida, que a vítima vinha desenvolvendo rotineira e cotidianamente, com vistas a sua realização futura, como ser humano.

O dano existencial é, portanto, um dano ao projeto de vida de uma pessoa, cujo prejuízo resulta na frustração desse destino, que venha a impedir, obstaculizar ou alterar a sua plena realização, obrigando o lesionado a ter somente o futuro que lhe restou.

3.2. PROJETO DE VIDA

Nos idos de 1950, ao se formar na Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, Carlos Fernandèz Sessarego, apresentou seu trabalho de conclusão intitulado “Bosquejo para una determinación ontológica del derecho”, sustentando a sua tese sobre a existência do “projeto de vida”.

O homem, enfim é liberdade que se projeta. Liberdade para que? Para viver, para escolher; para fazer nossa vida - que é luta ou pacto com o mundo - de acordo com os fins, aos valores que escolhemos graças àquela liberdade. Por liberdade de escolha, decido ser tal ou qual coisa, mas a decisão se põe em marcha pela conduta e tem que lutar contra as resistências. Sucumbe ante elas, pára ou as vence. Por intermédio de minhas potências psicofísicas ponho em marcha minha decisão, a realizou o desejo realizar (SESSAREGO, 2013, p.5, tradução nossa).

Do latim *proiectus*, projeto é definido como um conjunto de atividades coordenadas e inter-relacionadas que visam a um objetivo específico. O projeto de vida, portanto, é a direção que a pessoa dá à sua própria existência, ou seja, como agir em relação a si mesma e como desenvolver seu objetivo pessoal, em relação às demais pessoas, no mundo e no momento histórico em que se vive (PORTO, 2015, p.8).

O "projeto de vida" só é possível ser idealizado pelo ser humano, se este for livre e de existência temporária. A liberdade permite com que os seres coexistam em uma sociedade, em um momento histórico, admitindo-os criar projetos, no presente em que vivem a serem realizados mediata ou imediatamente no futuro, através de suas relações dinâmicas, em uma sociedade que tenha como princípio a solidariedade.

O homem, ao tomar decisões, ao praticar atos e ao determinar seu próprio comportamento no mundo em que vive em um dado momento existencial, revela o seu existir (SESSAREGO, 2013, p. 3).

Ao atuar no mundo exterior a pessoa estabelece a sua realidade cotidiana, que se singulariza no seu projeto de vida. Esse passa a ser interpretado como o propósito da realização daquele indivíduo no curso de sua existência, como uma razão, que cada um escolhe para sua vida.

Sessarego afirma que o "projeto de vida" é o que o homem decide fazer "com" sua vida e "em" sua vida. O homem pode se autodeterminar e se projetar no mundo e com as pessoas com quem convive (2013, p. 5).

O natural é que cada pessoa escolha, de acordo com suas aspirações e expectativas, o destino que concebe para si, dado o seu sentido existencial. Em outras palavras, é a razão de existir, inerente a cada um e a todos, levando-se em consideração o seu "eu" e o seu espaço de existência no tempo e lugar circunstância, relacionando-se com outras pessoas, a partir do seu coexistencialismo (SESSAREGO, 2013, p 11).

Dentro da definição do projeto de vida são levadas em consideração as limitações inerentes a cada um (psíquica, física, laboral, relacional), juntamente com alguns condicionamentos proveniente do mundo em que se vive. Logo, trata-se de possibilidades reais, não derivadas da fantasia ou que sejam impossíveis de se realizar. O homem não está sempre apto desenvolver todas as potencialidades que são próprias a todos os demais seres humanos. A aptidão aqui referida liga-se às opções de vida que lhe são propiciadas no decorrer de seu projeto de vida.

Há ocasiões em que o projeto de vida não foi escolhido livremente, mas imposto ou tolhido pelas circunstâncias próprias da existência.

Neste ponto é importante indagar se as potencialidades pessoais que são negadas pelo mundo exterior advieram das condições em que a própria pessoa se apresenta? Ou, as opções foram negadas pelo mundo exterior, decorrentes da

atuação ou omissão de outra pessoa que, devido a isto, impediu, tolheu ou eliminou o projeto de vida de alguém?

Se a resposta à primeira pergunta for afirmativa, o projeto de vida será aquele que as condições pessoais da pessoa, em sua liberdade, efetivar-se cotidianamente, levando-se em consideração as limitações naturais que surgiram juntamente com o existir do indivíduo.

Já a resposta afirmativa à segunda indagação, contraria a decisão projetada pela vítima, alvo de um dano injusto. Além de frustrar o projeto já em realização, a lesão provocada se irradiará e atingirá todos os demais procedimentos cotidianos que dependeriam da concretização daquele que lhe fora obstado. Trata-se de um dano que repercute negativamente em todo desenvolvimento da vida ordinária do lesado, que já não poderá mais tornar à situação anterior e restabelecer o modo em que se relacionava consigo mesmo (projeto de vida) e com o mundo exterior (vida de relações).

O questionamento a ser esclarecido é o de se existem múltiplos projetos de vida de uma só pessoa? E sendo vários, existe um que é singular e único à pessoa?

O homem tem múltiplos projetos, mas o que identifica o projeto como de vida é aquele que é traçado em seu cotidiano, escolhido para atender a uma série de valores que irão se tornar seus objetivos e, com isto direcionando o sentido e o rumo de sua vida, dia após dia, durante a sua existência.

É o que o homem faz em sua vida, o que ele faz “em” e “com” sua vida, é a própria razão de existir da pessoa.

O homem planeja suas ações tendo como base os seus valores internos, e as exerce com o objetivo de alcançar seus desejos e metas. Desta forma, seu projeto de vida pode ser definido como o programa que o indivíduo traça para sua vida diante da realidade concreta em que vive.

A escolha desse projeto é a mais importante que o ser humano adota em relação à sua própria existência, acompanhando-o, como sua “razão de ser”.

Existir é poder projetar-se no tempo, através de suposições existenciais do “projeto de vida”, segundo sua vocação pessoal.

É da capacidade de valoração, da existência de razão e da transcendência de uma pessoa que se elege um projeto de vida. Em um segundo momento, o sujeito pode fazer uma análise interna para verificar os meios que estão ao seu

alcance para cumpri-lo, concretizá-lo no curso de sua vida, podendo modificá-lo a qualquer tempo.

Os meios que servem para realizar o projeto existencial – o corpo, a psique e as outras coisas do mundo - podem ser exatamente os mesmos que, em uma medida ou outra, podem levar ao seu fracasso e à sua destruição, já que a vida é feita de realizações e de traumáticas frustrações.

Se a própria pessoa não consegue por questões íntimas realizar seu projeto de vida, não haverá que questionar por uma tutela jurídica.

O projeto de vida, portanto, é aquele que uma pessoa escolhe, elege, decide para sua vida, cuja realização só será possível pelo fato do homem ser livre.

O projeto de vida surge como decorrência de um ser que, ao existir, desenvolve sua liberdade de escolha, direcionando-a e buscando sua concretização, no espaço e no tempo, através de planejamentos, busca de objetivos e de ideais que darão o verdadeiro sentido ao esse existir.

Para definir a pessoa em sua estrutura existencial é preciso conhecer o que vem a ser o projeto de vida (SESSAREGO, 1996, p.1).

O Direito foi criado pelo ser humano como resposta a exigência existencial que cada um e todos têm de viver em sociedade. As regras de conduta, de cumprimento obrigatório, permitem a convivência dos indivíduos entre si, sem que haja conflito entre eles. Ao buscar se desenvolver no mundo em que vive é que o homem se realiza como “pessoa” e a partir daí surge a buscado cumprimento do seu pessoal “projeto de vida”.

Segundo Sessarego (1996, p. 9), a lesão à liberdade de se auto realizar e de se auto definir de uma pessoa, não é outra coisa senão um dano ao “projeto de vida”

A ofensa ao projeto de vida, está representada na alteração ou interrupção da projeção da pessoa no mundo e com as pessoas com quem convive, é uma ofensa à realização integral do indivíduo conforme o seu agir no mundo de relações.

3.2.1 Dano ao projeto de vida

O dano ao projeto de vida está relacionado às alterações de caráter não patrimonial, nas condições de existência, no decorrer da vida habitual da vítima e de sua família.

O problema é o de situar a aplicação da tutela jurídica quando a não realização do projeto de vida for resultado de um prejuízo causado por outra pessoa.

A consequência do dano ao projeto de vida é o colapso psicossomático de tal proporção que conduz o sujeito a um vazio existencial, gerando a perda da fonte de gravitação do sujeito no campo de desenvolvimento de sua vida de relacionamentos com as demais pessoas de sua família ou da sociedade em que vive.

O dano psíquico não produz apenas uma alteração ou modificação patológica, atua na seara psicológica da vítima. Em síntese, o dano à estrutura psicossomática do sujeito acarreta consequências biológicas e efeitos na saúde, no bem-estar como um todo.

O dano ao projeto de vida está ligado diretamente ao sentido mais valioso da vida da vítima, atingindo a sua própria razão de ser. O fenômeno da repersonalização trouxe consigo o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio vetor de emanção das normas. O indivíduo deixa de atuar para o ambiente, mas este deve se moldar a servir de promoção ao desenvolvimento humano.

As consequências causadas pelo dano ao projeto de vida tendem a ser cada vez mais exatas mais notórias e mais ostensivas. A tutela que venha assegurar a dignidade humana deve basear-se na solidariedade e não na individualidade do prejuízo causado. Este não se traduz em uma mera frustração particular, mas sim na continuidade de uma vida que será mais apta a proporcionar a realização da pessoa, segundo suas próprias decisões. Obrigando-a ser concretamente diferente de como era e existia com as demais, antes da lesão ter sido provocada. Faz com que o indivíduo lesado possa vir a perder o sentido de sua existência, tolhida por um dano certo e continuado que o acompanhará por todo seu existir, alterando de modo radical sua peculiar maneira de relacionar-se como um ser em sociedade, como consequência ao prejuízo dos seus fins vitais, afetando a razão e o sentido de sua vida.

Ao se materializar, este dano faz mudar o curso natural dos acontecimentos, que se prolongarão e se agravarão com o decorrer do tempo, que se projetam para o futuro.

A doutrina de Sessarego trata este dano como futuro e certo, conseqüente a um dano continuado ou sucessivo. As consequências não se extinguem, estarão

sempre presentes, em maior ou menor proporção, durante o transcurso da vida do sujeito contra quem o dano foi causado.

É indenizável o dano futuro e certo, sendo este atual ou não, desde que haja uma razoável verossimilhança capaz de embasar o curso ordinário dos acontecimentos, como marcas indeléveis.

A vida de uma pessoa pode ser afetada no relacionamento consigo mesma, no relacionamento com os demais e em relação a todos. De modo que, dificilmente, será a mesma.

Uma das missões da doutrina da reparação dos danos é estudar, analisar e encontrar novos critérios e técnicas de reparação, que não seja a da valoração meramente economicista, resultante da soma matemática entre o dano emergente e os lucros cessantes. Há muitos outros valores não econômicos que vêm sendo objeto de pedido de tutela, diante da nova profundidade ou extensão de danos não previstos pelo legislador, mas que surgem diante e derivadas da fluidez da modernidade, valores que transcendem a mera utilidade e passam a um só tempo, com um só dano, a provocar lesões infundáveis à pessoa, no seu espaço, no tempo e diante das demais pessoas com as quais convive.

3.2.2. Proteção jurídica ao projeto de vida e às relações sociais da pessoa

Com a repersonalização e revalorização da pessoa humana e a reafirmação de sua dignidade, o “dano ao projeto de vida” foi rapidamente ganhando notoriedade e difundiu-se, sendo acolhido por um setor da doutrina e pela jurisprudência comparada, em especial pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O “dano ao projeto de vida” tem natureza objetiva, mas a fixação quanto à sua reparação é árdua seja por representar ainda uma novidade doutrinária e de jurisprudência em desenvolvimento, ou porque a fixação da indenização tem que ser feita em cada caso.

Exemplo emblemático de um dano ao projeto de vida ou de um dano existencial é o de um acidente automobilístico causado por um terceiro que dirigia embriagado e vem a colidir com o carro guiado por uma bailarina clássica, profissional e famosa que compunha o elenco de um ilustre Grupo de Ballet mundial, cuja vida não é só dedicada a lucrar com sua vocação, mas que ama dançar e se vê

realizada naquilo que faz. E, como resultado do acidente automobilístico a dançarina vem a perder uma das pernas.

Ressalte-se que é difícil para a doutrina e para a jurisprudência distinguirem entre o dano existencial e o dano ao projeto de vida, por isso no Brasil serem usados quase como sinônimos, com a diferença que no dano existencial também é ressaltado o dano à vida em relações.

Pode-se dizer que, do acidente acima narrado houve um dano moral e um dano patrimonial. Mas essa afirmação não estará completa por lhe faltarem alguns elementos específicos que caracterizam o dano ao projeto de vida. Este se reputa um componente do dano existencial, que ainda compreende o dano à vida em relações.

No caso concreto, as lesões físicas e psíquicas além de comprometerem a saúde da vítima atingiram o bem-estar integral da vítima, exatamente nos elementos mais fundamentais de sua vida, que não poderá voltar a ser a mesma. Além do que, o dano perdurará por um período de tempo que será o equivalente ao seu próprio existir no mundo.

A problemática a ser suscitada no caso acima mencionado é a de que este dano deverá ser apreciado equitativamente pelo juiz à luz da legislação existente, dos pareceres médico-legais, mas também pela equidade.

É o sentido da vida de uma pessoa que foi prejudicado, é como ela era reconhecida e identificada na vida social, era o que desempenhava, no realizar de sua interação com os demais, e no desempenho de uma atividade que escolhera desenvolver, o balé clássico.

Não se trata de mero desconforto ou de uma perspectiva que tenha vindo a lhe ser frustrada, ou até mesmo a perda de uma chance. Pode resultar na perda de um prazer vital e no impedimento da continuidade da atividade laboral que desenvolvia como profissional.

Como será a futura vida de uma pessoa já inserida e destacada na comunidade, não só pelo fato de existir no mundo, mas também pela realização de um trabalho que, no exemplo, dependia direta e imediatamente da atividade corporal, que será cerceada diante do acontecimento da amputação de uma de suas pernas?

Problematiza Sessarego:

Será que vai ser capaz de superar tão enorme frustração? Terá força suficiente, à necessária incomum reserva moral, para encontrar nova razão para continuar vivendo? Sucumbirá frente ao devastador dano ou, pelo contrário, se sobreporá a sua catástrofe pessoal? Será capaz de delinear seu vazio existencial, que é a maior consequência de a frustração de seu projeto pessoal? Estas são algumas das múltiplas interrogativas que podem formular-se ao contemplar o abatimento existencial de um ser humano que se enfrenta a frustração que é de tal magnitude que lhe subtrai nada menos, que o sentido valioso de sua vida (2011, p. 13, tradução nossa).

O dano pode acabar com a vontade de existir fisicamente, um drama existencial que atinge o mais íntimo aspecto da vida privada das vítimas, que em alguns casos, não conseguem conviver com a nova realidade imposta.

O dano à vida em relação, ou dano às relações interpessoais, que também decorre do dano ao projeto de vida e constitui elemento do dano existencial pode ser provocado em diversos ambientes, onde o ser humano constrói e dá seguimento a sua história de vivências, onde ele transmite às demais informações, experiências, dificuldades, histórias de superações e perdas.

A partir da verificação de como dano existencial é aplicado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos foi possível confirmar a hipótese de que o mesmo funciona como instrumento a ser integrado aos demais, a fim de se alcançar a reparação integral do dano, distinguindo-o e afirmando ser ele pertencente a uma categoria que vai além do dano moral.

O julgador precisa ter a compreensão dos alcances do projeto de vida, a fim de fixar uma reparação pelas consequências do dano efetivamente produzido. Critérios como a observância da trajetória de vida da vítima antes do dano que lhe fora causado, a intensidade da dificuldade com que a vítima tem de se readaptar ao seu cotidiano após o dano que lhe fora provocado à maneira como sua personalidade e suas características psicológicas foram lesadas a ponto de anular o projeto de vida que havia ante, devem todos ser observados.

Trata-se de uma análise que requer uma sensibilidade e vocação por parte do juiz, para reconhecer o projeto de vida que foi interrompido, considerando a objetividade inerente às consequências do “dano ao projeto de vida”, de modo não só a declarar sua existência, mas de expô-las e motivá-las em sua sentença, distinguindo-as do dano moral.

Neste sentido, o Ministro Cançado Trindade proferiu um voto arrazoado em uma sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, com a finalidade de demonstrar como motivar o ressarcimento de alguém que, sofrendo um

dano irreparável a seu projeto de vida, perde o que lhe é mais íntimo, o seu modo de se perceber e de agir no seu espaço e limite temporal, na alteração de tudo que decidiu fazer e estava fazendo e que não poderá mais manter essa projeção, para o futuro, pois, da lesão ao projeto de vida ocasionada, fora-lhe tolhido, arbitrariamente, o direito de decidir sua trajetória existencial.

O dano ao projeto de vida é aquele que impede o ser humano de se realizar existencialmente em conformidade com o projeto que livremente escolheu para si.

Tal projeto pode estar representado, por exemplo, naquilo que a pessoa delineou para ser conquistado ao longo de sua existência (variável de pessoa a pessoa), a depender dos anseios, das vocações, das predisposições, das habilidades intelectuais, motoras, científicas, esportivas, de que essa pessoa possua como projeto.

Como a temática do “projeto de vida” ainda é recente na doutrina e na jurisprudência pátrias, serão comparados os tratamentos normativos do dano à pessoa, tanto na Itália, como no Peru, com o fim de perfilhá-la (SESSAREGO, 1986, pág. 251).

Sobre o dano ao projeto de vida, Jorge Mosset Iturraspe escreveu “a ideia promissora e fecunda do dano à pessoa” que foi defendida no Peru (“...) e dali se estendeu para toda a América” (1962, p.6).

O dano à pessoa, em seu conceito mais amplo, é aquele que tem como consequência a frustração do projeto de vida, de tal monta que impeça a realização da pessoa humana, como alguém que caminha, pensa e quer. O dano à pessoa pode afetar radicalmente seu projeto de vida ou lesionar algum ou alguns dos direitos da pessoa (SESSAREGO, 1996, p.1).

Em 1998, Sessarego afirmou ser o “dano ao projeto de vida” um importante componente do qual o “dano à pessoa” é gênero.

Após quinze anos de debates, a problemática atinente ao dano ao “projeto de vida”, foi analisada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos de San José de Costa Rica, que o reconheceu e o consagrou por meio das sentenças pronunciadas nos casos “María Elena Loayza Tamayo”, “e “Luis Alberto Cantoral Benavides”.

O ressarcimento pelo dano ao projeto de vida passou ser reconhecido, então, como dano autônomo ao dano moral, apesar de ambos serem subcategorias do dano não patrimonial.

O reconhecimento do “projeto de vida” e os critérios para sua análise

conceitual, fez ampliar a sua repercussão na jurisprudência comparada e movimentou — finalmente — a doutrina, que passou a se ocupar de outra dimensão dos direitos humanos.

A demonstração da vigência e da aplicabilidade do projeto de vida veio a reforçar a necessidade de maior proteção e defesa dos direitos humanos (liberdade); e, internamente, veio a agregar mais uma forma de tutela e defesa contra o dano à pessoa.

Em alguns casos, ainda que não se faça uso explícito da expressão “dano ao projeto de vida”, resta clara a sua alusão, como ocorre, por exemplo, no direito brasileiro.

A jurisprudência brasileira já começa a empregar a terminologia “dano ao projeto de vida” em suas decisões. Mesmo quando tal dano não venha a ser referido de forma expressa no texto, a partir da leitura da análise da motivação da sentença ou acórdão pode ser extraída a sua aplicação.

Cite-se como exemplo o REsp 1349968/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 14/04/2015, DJe 04/05/2015:

Civil e processual civil. Ação de indenização por danos materiais, morais e estéticos. Acidente de trânsito que deixou o autor paraplégico. Empresa de transporte concessionária de serviço público. Omissão do acórdão recorrido. Inexistência. Majoração do valor das indenizações por danos morais e estéticos. Cabimento. Pensionamento mensal. Pagamento em parcela única. Art. 950, parágrafo único, do cc. Descabimento, no caso. Necessidade da constituição de capital. Súmula 313/stj. Juros de mora. Termo inicial. Data da citação. Provimento parcial apenas do recurso do autor. 1. Consoante dispõe o art. 535 do CPC destinam-se os embargos de declaração a expungir do julgado eventuais omissão, obscuridade ou contradição, não se caracterizando via própria ao re julgamento da causa. 2. O dano moral decorrente da perda de parente, em regra, traduz-se em abrandamento da dor emocional sofrida pela parte, mas que tende a se diluir com o passar do tempo. **Já nas hipóteses de amputação de membros, paraplegias ou tetraplegias, a própria vítima é quem sofre pessoalmente com as agruras decorrentes do ato ilícito praticado, cujas consequências se estenderão por todos os dias da sua vida.** No presente caso, entre outras circunstâncias, o fato de o autor ter ficado paraplégico quando tinha apenas 20 (vinte) anos de idade, no auge de sua juventude, recomenda a majoração do valor da indenização por danos morais para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) e dos danos estéticos para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais). 3. **A regra prevista no art. 950, parágrafo único, do CC, que permite o pagamento da pensão mensal de uma só vez, não deve ser interpretada como direito absoluto da parte, podendo o magistrado avaliar, em cada caso concreto, sobre a conveniência de sua aplicação, a fim de evitar, de um lado, que a satisfação do crédito do beneficiário fique ameaçada e, de outro, que haja risco de o devedor ser levado à ruína.** Na espécie, a fim de assegurar o efetivo pagamento das prestações mensais estipuladas, faz-se necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para esse fim, nos termos da

Súmula 313 deste Tribunal. 4. Nos casos de responsabilidade contratual, o termo inicial para a incidência dos juros de mora é a data da citação. 5. Recurso especial do autor provido parcialmente e desprovido o recurso da ré (REsp nº1349968/DF, 2015,p. 101, grifo nosso).

A vítima que, em decorrência do ato ilícito tenha sofrido amputação de membros, paraplegias ou tetraplegias vivenciará consequências do ato ilícito que lhe fora praticado por todos os demais dias da sua vida. O caso acima versou sobre um jovem que, aos 20 (vinte) anos de idade, ficou paraplégico em decorrência de um acidente de trânsito provocado por empresa de transporte concessionária de serviço público.

Apesar de não explícito, trata-se de um típico caso de dano ao projeto de vida. No texto da própria ementa há a referência às “consequências se estenderão por todos os dias da sua vida”. Embora o pedido tenha sido o de indenização por dano moral e estético, em verdade, dada a sua permanência e prorrogação indefinida no tempo e das consequências irreparáveis à vida e saúde da vítima e a modificação no seu projeto de vida e de sua vida em relações, deveria se tratar de ressarcimento por dano existencial.

3.3 DISTINÇÕES ENTRE O DANO MORAL E O DANO EXISTENCIAL: POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO

O dano existencial surgiu, como visto, para preencher uma lacuna, em nível de tutela aquiliana da vítima, permitindo delinear uma área de referência autônoma, dentro do dano não patrimonial.

A diferenciação entre dano moral e dano existencial estaria inicialmente no fato de o primeiro resultar diretamente da prática de uma lesão aos direitos da personalidade (*in re ipsa*), enquanto que o dano existencial jamais poderá ser presumido. O juiz deve exigir da vítima a prova do dano efetivo e dos eventuais prejuízos causados pela lesão.

Indenização por danos existenciais. A reparação de danos existenciais exige comprovação do dano concreto e real às ocupações pessoais do trabalhador, a ponto de afetar sua qualidade de vida. Ao contrário do dano moral, o dano existencial não pode ser presumido (TRT3, 0001055-62.2014.5.03.0106, 2016, p. 230).

Segundo Sônia Nascimento, o dano existencial está representado, cumulativamente, pelos danos ao projeto de vida e ao dano em relação ao convívio

social e familiar. Para que haja o dano existencial necessária se faz a comprovação do prejuízo e o nexo de causalidade com a conduta (2014, p. 124).

Tanto o dano moral quanto o dano existencial são espécies do gênero danos não patrimonial. Esta é a semelhança entre eles, pois, cada qual possui características e elementos próprios que os distinguem entre si.

O dano moral implica no sofrimento interior, causado ao indivíduo através da lesão a um ou alguns direitos da personalidade, relacionado ao ânimo da pessoa. Já o dano existencial representa um dano ao âmago da pessoa, à sua existência, sob o ponto de vista externo.

O dano moral tem natureza subjetiva, sendo também chamado de dano anímico. Representa uma turbção na esfera interna da pessoa de forma transitória. Não chega a representar uma enfermidade, sendo suficiente caracterizar, até mesmo por critérios presuntivos - decorrentes da experiência comum - a existência de uma turbção mental e a presença do sofrimento (SOARES, 2009, p.98).

O dano moral incidente sobre a esfera afetiva ou emocional é considerado um dano de “natureza interior”. A vítima do dano introjeta e se sente mal internamente por todo o prejuízo que lhe fora causado. As consequências deste dano provocam sequelas nos sentimentos e afetos da pessoa, acompanhando-a com intensidade, podendo ser por um momento no tempo ou durante o transcurso da sua vida. A tendência geral é a de que, com decurso do tempo, estes sentimentos negativos venham a ser dissipados, diminuídos, atenuados ou até mesmo transmudados, dando lugar a outros sentimentos, como, por exemplo, a resiliência.

Segundo Soares, o dano existencial se diferencia do dano moral por representar “alterações nocivas na vida cotidiana da vítima em todos os seus componentes relacionais; impossibilidade de agir, interagir, executar tarefas relacionadas às suas necessidades básicas, tais como, cuidar da sua própria higiene, da casa, dos familiares, falar, caminhar, etc. O dano moral, por sua vez, está ligado aos sentimentos que habitam dentro do indivíduo, representando, na maioria das vezes, evidentes manifestações de prostração.

Já Giovanni Battista Petti esclarece que a distinção entre o dano moral e o dano existencial depende da noção de dano moral que se pretende adotar, ou seja, segundo a noção restritiva tradicional ou segundo a noção extensiva do dano moral (2002, p.1317).

A distinção do dano existencial para os que adotam a noção restritiva do dano moral justifica-se pelo fato de, o dano moral ser um sofrimento e uma dor derivados de um fato lesivo que constitui um ilícito; quanto mais grave for o dano e o sofrimento verificável contra a vítima, maior será o *quantum* indenizatório. Sua distinção para o dano existencial é que este é objetivo, depende de prova, em cada caso concreto.

A discussão normalmente aparece de forma diversa, ou seja, a busca se dá quanto às relações que ligam o dano existencial ao dano moral. A correta definição dos mesmos foi, por um período, obstaculizada, pela quantidade de orientações doutrinárias que não conseguiam traçar uma nítida linha de demarcação quando se tratava do ânimo abatido.

Não há sobreposições em relação a esses danos, porque o dano existencial tem o significado muito específico, seu objetivo é o de absorver os efeitos negativos que se encontram no campo das atividades existenciais da vida da vítima, ou seja, suas realizações, seus projetos de vida.

A distinção entre essas duas categorias, sob esta ótica, parece ser bastante definida. O dano existencial se materializa no dano às atividades cotidianas e habituais da vítima, vistas em termos de realidade factual, enquanto o dano moral está ligado, exclusivamente ao sofrimento interior, à perturbação emocional causada pelo dano a um ou mais de um dos diretos da personalidade (CEDOM, 2000, pp. 1259-1260).

A jurisprudência mais recente tem evidenciado e destacado que o dano moral consiste essencialmente em um sentir, enquanto o dano existencial está relacionado a um “não poder mais fazer” ou “um dever fazer de forma diferente” (BONA, 2002, p. 951).

Sapone e Bianchi afirmam a necessidade de se esclarecer que o dano existencial tem uma configuração autônoma, em relação ao dano moral, apresentando o “não poder fazer”, como sua consequência danosa à pessoa (2010, p.51).

Paolo Cendon narra que os danos existenciais são “todos os danos ligados às atividades realizacionais das pessoas” (2010, p.52). A lesão ocasionada pelo dano interrompe ou impede os planos pessoais do cidadão.

Nos termos da Sentença n.º 26972/08, das Sessões Unidas da Corte de Cassação Italiana, do dia 11.11.2008, o dano existencial é autônomo em relação ao

dano moral. O dano moral pode ou não ser passageiro, mas essa limitação do dano moral subjetivo passageiro está superada por meio de um dano que já vem sendo há muito tempo considerado pela prática jurisprudencial na Itália, abrangendo todas as lesões que protraem por um longo e indeterminado tempo.

O dano existencial possui, no Brasil, fulcro constitucional cuja efetivação representa uma ofensa ao direito fundamental à dignidade da pessoa humana, que seja capaz de servir de garantia não só ao indivíduo (direito à vida), mas sim o direito a uma vida digna, tendo como base o previsto no artigo 6º da Constituição Federal.

Como exemplos de dano existencial podem ser mencionadas as torturas - comprovadamente praticadas - na época da ditadura militar brasileira, contra civis que, não conseguiram retomar a vida da mesma forma que viviam antes. Em decorrência de sequelas psicofísicas, que lhes foram permanentemente causadas e, na maioria das vezes irreversíveis. Como no acórdão ementado a seguir:

Processual civil. Administrativo. Indenização. Reparação de danos morais. Regime militar. Perseguição e prisão por motivos políticos. Imprescritibilidade. Dignidade da pessoa humana. Inaplicabilidade do art. 1.º do decreto n.º 20.910/32. Responsabilidade civil do estado. Danos morais. Indenização. Configuração, redução do quantum indenizatório. Súmula 07/stj. Violação do art. 535, ii, CPC. Inocorrência. Art. 538, do cpc. Imposição de multa. Súmula n.º 98/ STJ. 1. **Ação Ordinária, proposta em face da União, objetivando a condenação da demandada ao pagamento de danos morais decorrentes de perseguições políticas, perpetradas por ocasião do golpe militar de 1964, que culminaram na prisão ilegal do autor, o qual foi submetido a torturas sistemáticas durante o regime militar nos anos de 1964 a 1979. 2. A violação aos direitos humanos ou direitos fundamentais da pessoa humana, como sói ser a proteção da sua dignidade lesada pela tortura e prisão por delito de opinião durante o Regime Militar de exceção enseja ação de reparação ex delicto imprescritível**, e ostenta amparo constitucional no art. 8.º, § 3.º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. 3. À luz das cláusulas pétreas constitucionais, é juridicamente sustentável assentar que a proteção da dignidade da pessoa humana perdura enquanto subsiste a República Federativa, posto seu fundamento. 4. Consectariamente, não há falar em prescrição da pretensão de se implementar um dos pilares da República, máxime porque a Constituição não estipulou lapso prescricional ao direito de agir, correspondente ao direito inalienável à dignidade. 5. Outrossim, a Lei n.º 9.140/95, que criou as ações correspondentes às violações à dignidade humana, perpetradas em período de supressão das liberdades públicas, previu a ação condenatória no art. 14, sem cominar prazo prescricional, por isso que a *lex specialis* convive com a *lex generalis*, sendo incabível qualquer aplicação analógica do Código Civil ou do Decreto n.º 20.910/95 no afã de superar a **reparação de atentados aos direitos fundamentais da pessoa humana, como sói ser a dignidade retratada no respeito à integridade física do ser humano**. 6. À lei interna, adjuntam-se as inúmeras convenções internacionais firmadas pelo Brasil, como, v.g., Declaração Universal da ONU, Convenção contra a Tortura adotada pela Assembleia Geral da ONU, a Convenção Interamericana

contra a Tortura, concluída em Cartagena, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). 7. **A dignidade humana violentada, in casu, posto ter decorrido, consoante noticiado pelos autores da demanda em sua exordial, de perseguição política imposta ao seu genitor, prisão durante o Regime Militar de exceção, revelando-se referidos atos como flagrantes atentados aos mais elementares dos direitos humanos, que segundo os tratadistas, são inatos, universais, absolutos, inalienáveis e imprescritíveis.** 8. **A exigibilidade a qualquer tempo dos consectários às violações dos direitos humanos decorre do princípio de que o reconhecimento da dignidade humana é fundamento da liberdade, da justiça e da paz, razão por que a Declaração Universal inaugura seu regramento superior estabelecendo no art. 1.º que "todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos".** 9. Deflui da Constituição Federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual. 10. A responsabilidade estatal, consoante a legislação infraconstitucional (art. 186 do Código Civil) e à luz do art. 37 § 6º da CF/1988, resta inequívoca, bem como escorreita a imputação da indenização fixada a título de danos morais. A análise da existência do fato danoso, e o necessário nexo causal entre a suposta conduta omissiva e os prejuízos decorrentes da mesma implicam em análise fático-probatória, razão pela qual descabe a esta Corte Superior referida apreciação em sede de recurso especial, porquanto é vedado atuar como Tribunal de Apelação reiterada ou Terceira Instância revisora, ante a ratio essendi da Súmula n.º 07/STJ. Precedentes: AgRg no REsp 723893/RS DJ 28.11.2005; AgRg no Ag 556897/RS DJ 09.05.2005; REsp 351764/RJ DJ 28.10.2002. 11. In casu, o acórdão recorrido assentou que: **"(...) O autor comprovou, com os documentos juntados aos autos, que efetivamente foi preso político do regime militar. A certidão da Justiça Militar Federal de fl. 18 certifica que o autor foi denunciado pelo Ministério Público Militar em 30/10/1969, e foi preso em 10/08/1970. Coerentemente com o relato do autor de fls. 24/32, no sentido de que foi logo enviado ao Rio de Janeiro para julgamento, consta na certidão que este se deu em 29/08/1970, tendo sido pela absolvição. Dois anos após, foi julgado e negado provimento ao recurso. Vê-se, à fl. 19, cópia do fichário do DOPS, fazendo referência ao autor e à sua mulher, na época sua namorada. Está registrada no fichário a preferência esquerdista do casal, e que o autor supostamente faria parte do MR-8. Até mesmo a visita do autor à namorada, no Presídio do Ahú, está anotada. Às fls. 20/23, cópia do Auto de Qualificação e Interrogatório do autor, lavrado pela Delegacia Especial de Ordem Política e Social- DOPS- de Curitiba, no qual o autor "confessa" a participação ou o contato com movimentos de esquerda e ter lido livros marxistas. O relato pessoal que se segue, de fls. 24/32, é muito interessante e de importância histórica. Nele está descrito detalhadamente o procedimento dos agentes da ditadura e o sofrimento pessoal do autor, inclusive as torturas. À fl. 33, declaração do Hospital das Clínicas de São Paulo de que o autor esteve internado por motivos psiquiátricos em 1974 e 1975. Às fls. 34, atestado médico de que o autor está sob tratamento psiquiátrico desde 1978. Mais documentos e relatórios médicos-psiquiátricos às fls. 35/37. O autor é aposentado por invalidez desde 1988 (fls. 38 e 39), contando apenas quatro anos de serviço. Também constam nos autos, da fls. 41 a 44, declarações de três pessoas que testemunharam a prisão e tortura de Cândido. O nome do autor, Cândido, lembra a personagem Cândido, da obra do filósofo francês Voltaire, chamada "Cândido ou o Otimismo". Trata-se de obra em que o escritor ironizou a filosofia otimista de Leibniz, segundo a qual tudo corre no mundo do melhor modo possível, tudo vai bem, e**

segundo a qual a divina inteligência criadora deste mundo escolhera, entre os diversos mundos possíveis, o que associava o máximo de bem e o mínimo de mal, criando, pois, o melhor dos mundos possíveis. O Cândido fictício de Voltaire passou pelos maiores dissabores do mundo e presenciaram as maiores atrocidades, tudo extraído pelo autor dos acontecimentos reais da época, registrados na História (no "melhor dos mundos possíveis"), mas absurdamente sem nunca deixar de acreditar na visão otimista ensinada pelo seu mestre Pangloss, quase ao ponto de negar a realidade dos acontecimentos que se sucediam. De qualquer maneira, sobreviveu com alguma riqueza que obteve em um país imaginário da América do Sul chamado Eldorado (onde tudo ia às mil maravilhas e os diamantes e o ouro eram abundantes como o lodo e o cascalho), que lhe trouxe, e aos seus companheiros de aventuras, alguma insuficiente compensação material à angústia da existência, pois lhe permitiu comprar um pouco de tranquilidade, enquanto, de quebra, mudava, enfim, sua visão do mundo, pelas conclusões a que chegou no final da obra. **Trata-se, este Cândido que veio ao Judiciário, de personagem real que também sofreu algumas das maiores atrocidades de que é capaz a humanidade, consistentes na perseguição política e na tortura, com o total desrespeito à vida, à integridade física e moral do ser humano. Este Cândido não conheceu o Eldorado, mas conheceu o que pode haver de pior neste mundo, merecendo a justa compensação daquele que lhe causou tal sofrimento, o próprio Estado (...)" fls.125/127** 12. O quantum indenizatório devido a título de danos morais deve assegurar a justa reparação do prejuízo sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor, além de levar em conta a capacidade econômica do réu, devendo ser arbitrado pelo juiz de maneira que a composição do dano seja proporcional à ofensa, calcada nos critérios da exemplariedade e da solidariedade 13. O Tribunal a quo considerando a responsabilidade objetiva do Estado, tendo em vista o fato da vítima ter sofrido perseguições políticas decorrente do regime militar de 1964, ocasionando depressão e dependência alcoólica, bem como sérias dificuldades financeiras na família e transtornos psicológicos no ambiente escolar, manteve o valor fixado em sentença, a título de danos morais em R\$ 100.000,00 (cem mil reais). 14. A modificação do quantum arbitrado a título de danos morais somente é admitida, em sede de recurso especial, na hipótese de fixação em valor irrisório ou abusivo, inócorrentes no caso sub judice. Precedentes jurisprudenciais desta Corte: RESP 681482 / MG; Rel. Min. JOSÉ DELGADO, Relator (a) p/ Acórdão Min. LUIZ FUX, DJ de 30.05.2005; AG 605927/BA, Relatora Ministra Denise Arruda, DJ de 04.04.2005; AgRg AG 641166/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 07.03.2005; AgRg no AG 624351/RJ, Relator Ministro Jorge Scartezzini, DJ de 28.02.2005; RESP 604801/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 07.03.2005; RESP 530618/MG, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ de 07.03.2005; AgRg no AG 641222/MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 07.03.2005 e RESP 603984/MT, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 16.11.2004. 15. A exclusão da multa imposta com base no art. 538, parágrafo único, do CPC, é medida que se impõe quando opostos os embargos para fins de prequestionamento, ante a ratio essendi da Súmula 98 do STJ. 16. Os embargos de declaração que enfrentam explicitamente a questão embargada não ensejam recurso especial pela violação do artigo 535, II, do CPC. 17. Recurso Especial parcialmente conhecido, e, nesta parte, parcialmente provido, apenas, para excluir a multa imposta, com base no art. 538, parágrafo único, do CPC (REsp nº 1085358/PR, 2009, p. 415, grifo nosso)

Vista a classificação do dano existencial, passa-se à análise de seu conceito. Existem pequenas variações nas definições doutrinárias, entre dano moral e o dano

existencial. Porém, mesmo havendo certa relação, tais definições não se confundem.

O dano existencial não é visto sob a perspectiva do trabalho que se restou impossibilitado, mas pelas atividades normais e cotidianas que não poderão mais ser realizadas, ou cuja realização terá de ser feita de maneira diversa de antes, afetando a intercomunicação do indivíduo consigo mesmo, o que se representa na lesão ao seu projeto de vida, na sociedade em que vive, no seu relacionar-se externamente.

Mas, o que se fazer quando a vítima tem uma seqüela exterior, mas não causa repulsa aos demais (dano estético), e não causa lucros cessantes, porque atua sobre os seus afazeres cotidianos e habituais, mudando sua relação com as demais pessoas, pela necessidade de assistencialismo?

Além de atingir o existir humano e o seu projeto de vida, continuará a causar sofrimento à pessoa lesionada, por todo o tempo em que for um ser-no-mundo? Não haverá reparação? Os culpados podem privilegiar-se pagando um montante correspondente a um dano moral e nada mais?

Com o objetivo de demonstrar que o dano existencial já goza de exemplos práticos na jurisprudência brasileira, passa-se a verificação das repercussões deste dano na sociedade, ao longo do tempo.

Os danos morais não inviabilizam sua aplicação concomitante com o dano existencial (o dano estético será objeto de tópico à parte, ainda neste capítulo), porque, ainda que seja correto afirmar que os direitos da personalidade são somente aqueles que tenham como característica serem inatos e essenciais à realização da pessoa e de sua dignidade, não é incorreto dizer que há situações outras em que se possa postular a indenização por danos morais.

Os danos morais são cabíveis nas situações em que os direitos da personalidade venham associados aos outros direitos que foram violados, mesmo que de forma não tão visível. Ou seja, nas hipóteses em que ou a vida, ou a integridade física, ou a integridade psíquica, ou quaisquer outros direitos de mesma natureza foram também atingidos.

Como exemplo, o Resp. 762.367 - ES (2005/0105677-0) versou sobre Ação de indenização por dano moral e material decorrente de uma lesão permanente, mediante emprego de violência (grave fratura no punho da autora), provocada em Sessão de exorcismo em culto evangélico. Segundo as notas taquigráficas dos

autos do processo originário, enquanto ocorria o culto na Igreja Universal, a autora foi reputada pelo pastor como "possuída pelo demônio". Em virtude disso, o referido pastor iniciou uma sessão de exorcismo, colocou suas mãos sobre a cabeça da autora e fez movimentos bruscos que a derrubaram no chão.

Como resultado da queda sofrida pela autora da ação, restou provado que o punho da mão esquerda foi fraturado. Não obstante, o pastor da igreja, alegou que as dores que ela sentia eram decorrentes da permanência do demônio em seu corpo, e prosseguiu no suposto exorcismo.

Em atitude subsequente, o pastor bateu a mão da autora - com o punho já fraturado - contra a cruz do altar. Neste momento a fratura foi agravada, vindo a causar à vítima uma lesão permanente.

Como consequência dos danos sofridos, a autora interrompeu suas atividades como doceira, causando-lhe além dos danos materiais, danos ao seu projeto de vida.

Como provado, a autora necessitou adquirir medicamentos e, devido ao fato das lesões terem-lhe impossibilitado a produção de renda para custeio de seu tratamento, a mesma firmou um acordo com a Igreja Universal, pelo qual recebeu R\$ 600,00 (seiscentos reais) em três parcelas mensais e sucessivas, mais três cestas básicas.

A autora declarou que o acordo firmado com a Igreja foi tão somente com o objetivo de que esta prestasse "auxílio à autora no sentido de arcar com o pagamento de remédios, medicamentos e acessórios em geral, utilizados em seu tratamento e demais despesas".

Em contestação, a Igreja Universal alegou que a queda da autora não teve qualquer relação com ato praticado pelo pastor, consubstanciando caso fortuito; que a autora não comprovou o dano moral que sofreu; e que os danos materiais e morais foram pleiteados em patamar exagerado.

A Igreja Universal do Reino de Deus alegou existir instrumento particular de transação anterior à propositura da ação, pelo qual a recorrida já havia consentido que a Igreja não respondesse por eventuais danos a ela causados, por ocasião da Sessão de exorcismo.

A interpretação do contrato, promovida pelo Tribunal a quo, foi no sentido de que a referida transação só abrangeria as despesas urgentes e com medicamentos, conclusão esta que não pôde ser revista pelo STJ (Súmulas 5 e 7/STJ).

A ação foi julgada parcialmente procedente para condenar a ré a pagar pensão mensal vitalícia à autora, em montante equivalente a sessenta por cento (60%) do salário mínimo vigente à época do pagamento. A reparação por dano moral foi fixada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

O Tribunal de Justiça do Espírito Santo, revendo a decisão de primeira instância, condenou a recorrente ao pagamento de pensão vitalícia, em valor menor que o pleiteado.

A interposição de Recurso Especial pela Igreja Universal do Reino de Deus se deu sob a alegação de que a condenação à pensão vitalícia representou uma decisão *extra petita*.

O acórdão, publicado em 17 de agosto de 2006, concedeu pensão vitalícia à recorrida, declarando não ser esta pensão *extra petita*, vez que os valores a serem despendidos, somados, jamais alcançariam o montante pleiteado na inicial, que foi fixado com a data limite dos 65 anos da vítima.

Por fim, condenou a Igreja Universal do Reino de Deus ao pagamento de danos morais a título de exposição vexatória pela qual passou a vítima.

O acórdão que negou provimento à apelação interposta pela Igreja Universal teve a seguinte ementa:

Civil - indenização - 'seção de exorcismo' - aplicação de movimentos bruscos sobre a vítima - queda - fratura no membro superior esquerdo - continuidade da 'sessão' - agravamento do sofrimento - demonstração do nexo causal - redução da capacidade laborativa - dever de reparar material e moralmente - ineficácia de acordo extrajudicial dado o 'estado de necessidade' da vítima - não constatação de afronta aos dispositivos constantes do art. 1.031 do Código Civil e inciso xxxvi do art. 5º da CF/88 - interpretação do pedido autoral mediante associação dos dispositivos constantes do art. 128 do CPC e art. 85 do CC de 1916 - vítima submetida a situação vexatória - caracterização do dano moral - recurso desprovido. 1. Tratando-se de relação jurídica onde uma das partes participa em situação de manifesta inferioridade (vítima desprovida materialmente), deve-se interpretar os negócios entre elas celebrados no respectivo contexto. 2. Quando os danos representarem relevante abrangência, celebrado 'acordo extrajudicial' com o intuito de quitar parte da obrigação perante vítima hipossuficiente, havendo cláusula de quitação, esta deve ser interpretada restritivamente, com reflexos apenas no que se refere à verba efetivamente paga, não ensejando quitação total. 3. Nos termos do art. 128, o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte, contudo, conforme norma contida no art. 85 do CC de 1916 (vigente quando da elaboração da inicial), nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem. 4. Nos casos de vítima viva, não induz julgamento *ultra petita* a fixação de pensionamento vitalício, determinado por perda parcial da capacidade laborativa em virtude de ato ilícito, quando a parte, na inicial, estabelecia marco final (65 anos de idade), pois, como se sabe que a adoção do limite de 65 é fruto de uma construção

jurisprudencial formada com base em dados científicos que estabelecem a expectativa média de vida do cidadão brasileiro. Sendo assim, estando a vítima viva, a real intenção está voltada para um pensionamento até o evento morte. 5. Estando caracterizado que a vítima ficou exposta a situação vexatória, devida será a indenização por dano moral. Não houve a interposição de embargos de declaração. Recurso especial: interposto pelas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional (fls. 282 a 299). Aduz-se violação das seguintes normas: (i) arts. 85, 1.027 e 1.030 do CC/1916, porquanto se negou validade à quitação contida na transação celebrada entre a autora e a ré antes de instaurado o litígio; (ii) art. 128 do CC/16, porque a decisão recorrida seria ultra petita, tendo concedido pensão vitalícia à autora enquanto seu pedido inicial seria apenas de pagamento de indenização equivalente à sua remuneração, até completar 65 anos de idade (Resp. nº 762.367, 2005, p. 677).

A Igreja recorreu e interpôs Embargos de Divergência em sede de Recurso Especial. No que diz respeito à divergência, trouxe à colação o julgamento do Recurso Especial no 89.701/MG, de relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 22/6/1998. Também houve a interposição de recurso extraordinário (fls. 300 a 312). Ambos os recursos foram contra-arrazoados (fls. 319 a 329 e 331 a 347). Apenas o recurso especial foi admitido na origem.

O STJ, por meio da Ministra relatora Nancy Andrighi, entendeu que o acórdão recorrido não considerou que a transação realizada entre a autora e a ré foi um fator impeditivo do pleito de indenização, porquanto a real intenção das partes ao firmar esse instrumento seria a de apenas transacionar a respeito das despesas com medicamentos e demais despesas urgentes, ideia que foi defendida, com as seguintes palavras, no acórdão recorrido:

Tratando-se de instrumento particular celebrado pouco mais de quatro meses após a ocorrência, ou seja, em data muito próxima, com estipulação de pagamento por parte da Igreja de 3 (três) parcelas de R\$ 200,00 (duzentos reais) para utilização na quitação de despesas com 'remédios, medicamentos e acessórios em geral, utilizados em seu tratamento e demais despesas' (clausula segunda), além da doação de uma cesta básica mensal, pelo período de 3 (três) meses, outra interpretação não pode ser dada ao 'acordo extrajudicial' senão aquela que se infere da sentença, ou seja, o referido instrumento apenas se limita a separar as despesas com o tratamento da vítima, assim como estabelece o fornecimento de cesta básica por período determinado e, exclusivamente nesse tocante, surte efeitos, quando analisado em conjunto com os recibos juntados às fls. 24/26, reconhecendo-se a quitação quanto às rubricas mencionadas (Resp. nº 762.367 - ES, 2005, p. 6670).

Com relação à interpretação da transação aplicou-se, como já foi visto, o óbice contido nas Súmulas 5 e 7 do STJ.

Com relação ao argumento de que seria *extra petita* a decisão do Tribunal de conferir à autora pensão mensal vitalícia pelo acidente, o STJ considerou que,

levada em consideração a idade da autora quando sofreu as lesões que a incapacitaram para o trabalho (48 anos), e o valor da pensão mensal fixada pelo Tribunal a quo (60% do salário mínimo), a condenação imposta à ré jamais superaria o montante de R\$ 90.871, 80 requerido na petição inicial, por conseguinte, a decisão recorrida não foi *extra petita*. O que levou a Turma, por unanimidade, não conhecer do recurso especial.

A vítima não poderá mais voltar a exercer suas atividades de doceira, tendo sido essa a maneira que escolheu para desenvolver seu projeto de vida, ao passo que precisará modificar tudo que vinha realizando antes para seu desenvolvimento pessoal e profissional. Não pode então ser indenizada apenas pela dor moral sofrida ou pelos lucros que deixará de auferir, mas por tudo que não poderá mais realizar.

Outro exemplo, é o de um acidente de trânsito do qual resultou uma lesão permanente para a vítima e cuja indenização teve como base o seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres (DPVAT).

A vítima interpôs o REsp 876.102-DF em face de decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em sede de apelação na Ação de cobrança de indenização conta o DPVAT, em virtude de acidente de trânsito que ocasionou à mesma, uma lesão permanente, qual seja o encurtamento em dois centímetros na sua perna esquerda.

O acórdão recorrido reformou a sentença por entender que as lesões sofridas pela recorrente não tinham o condão de incapacitá-la para o trabalho.

Mas, a 4ª.Turma do STJ entendeu que:

(...) a incapacidade permanente, em interpretação sistemática da legislação securitária (Lei n. 6.194/1974), é a deformidade física decorrente de lesões corporais graves que não desaparecem, nem se modificam para melhor com as medidas terapêuticas comuns, habituais e aceitas pela ciência da época. Sendo assim, a incapacidade pressupõe qualquer atividade desempenhada pela vítima - a prática de atos do cotidiano, o trabalho ou o esporte, indistintamente -, o que implica mudança compulsória e indesejada de vida do indivíduo, ocasionando-lhe dissabor, dor e sofrimento. Ressaltou-se, ademais, que a indenização coberta pelo seguro DPVAT tem como fato gerador os danos pessoais advindos de acidente de trânsito ou daquele decorrente da carga transportada por veículo automotor terrestre, não ostentando, portanto, vinculação exclusiva com a incapacidade laborativa, a qual encontra sua reparação no âmbito previdenciário. In casu, consoante as instâncias ordinárias, constatou-se a deformidade física parcial e permanente do recorrente em decorrência do acidente de trânsito, encontrando-se, dessa forma, presentes os requisitos exigidos pelo art. 5º da Lei n. 6.194/1974 para a configuração da obrigação de indenizar (REsp nº 876.102-DF, 2011, p. 510).

O STJ realizou um avanço muito importante no julgamento acima, no sentido de não vincular o pagamento do DPVAT apenas às vítimas que ficaram impossibilitadas para o trabalho, nem de limitar a indenização às pessoas que, em decorrência do acidente tiveram lucros cessantes, mas aplicou a condenação por danos decorrentes do seguro obrigatório a todo aquele que, em razão do acidente, obteve uma lesão permanente.

Logo, no julgamento, se a lesão acompanhar aquele que sofreu o prejuízo por toda sua vida, já é motivo suficiente para a condenação à indenização. Neste caso, veja-se que o dano não foi somente moral ou material, foi um dano existencial que, apesar de não ser previsto, teve aplicação neste caso concreto.

Para o STJ, o Seguro DPVAT:

(...) tem a finalidade de amparar as vítimas de acidentes causados por veículos automotores terrestres ou pela carga transportada, ostentando a natureza de seguro de danos pessoais, cujo escopo é eminentemente social, porquanto transfere para o segurador os efeitos econômicos do risco da responsabilidade civil do proprietário em reparar danos a vítimas de trânsito, independentemente da existência de culpa no sinistro (REsp nº 876.102-DF, 2011, p. 520).

O mesmo Superior Tribunal, no julgamento do Resp. 876.102, Distrito Federal ao dar interpretação sistemática à Lei 6.194/74, quanto ao conceito de incapacidade permanente e sua extensão, esclareceu que a mesma consiste em deformidade física permanente limitadora da prática de atividades costumeiras. Em outras palavras, dita incapacidade consubstancia-se em limitar o projeto de vida e da vida em relações das pessoas, caso em que o dano existencial é aplicável.

Destaca-se a seguinte passagem do julgamento do aludido recurso:

(...) 2. Em interpretação sistemática da legislação securitária (Lei 6.194/74), a "incapacidade permanente" é a deformidade física decorrente de lesões corporais graves, que não desaparecem nem se modificam para melhor com as medidas terapêuticas comuns, habituais e aceitas pela ciência da época. 3. A "incapacidade" pressupõe qualquer atividade desempenhada pela vítima - a prática de atos do cotidiano, o trabalho ou o esporte, indistintamente - e, por óbvio, implica mudança compulsória e indesejada de vida do indivíduo, ocasionando-lhe dissabor, dor e sofrimento. 4. No caso em exame, a sentença, com ampla cognição fático-probatória, consignou a deformidade física parcial e permanente do recorrente em virtude do acidente de trânsito, encontrando-se satisfeitos os requisitos exigidos pelo art. 5º da Lei 6.194/74 para configuração da obrigação de indenizar. 5. Recurso especial provido para reconhecer o direito do recorrente à indenização, restabelecendo a sentença inclusive quanto aos ônus sucumbenciais (Resp. nº 876.102/DF, 2011, p. 50).

Outro caso em que o dano existencial foi aplicado de maneira implícita,

juntamente com os danos moral e material, é observado no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.746.902 Santa Catarina.

A autora ajuizou a ação de indenização por danos morais e materiais contra o Estado, pelo fato do médico ter causado grave lesão cerebral a sua filha, no momento da realização do parto, deixando-a em estado vegetativo.

O STJ, com base nas provas dos autos, majorou a pensão mensal a ser paga à vítima, a título de danos morais. Como é consabido, o dano moral pode ser revisto excepcionalmente, pelo Tribunal Superior, quando irrisório ou exorbitante o valor fixado, sem ofensa ao disposto na Súmula 7 do STJ. O Tribunal *a quo* já havia revisto e majorado a pensão mensal para a manutenção do tratamento da autora, de 4 para 5 salários-mínimos; majorou também o *quantum* indenizatório a título de danos morais, de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais), por entender ser mais coerente os para fins reparatórios, visando proporcionar uma compensação justa às partes lesadas. A finalidade da majoração foi também a de servir como caráter pedagógico válido, no sentido de coibir condutas semelhantes por parte do profissional ou da prestadora de serviços.

Administrativo e processual civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Responsabilidade civil do estado. Erro médico no parto. Lesão permanente na criança. Estado vegetativo. Danos morais e materiais. Acórdão recorrido que, à luz das provas dos autos, concluiu pelo dever de indenizar, em razão de negligência e imperícia médica. Redução do quantum indenizatório. Reexame de provas. Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido. I. Na hipótese dos autos, a parte autora ajuizou ação de indenização por danos morais e materiais, com a finalidade de obter reparação, em face dos danos decorrentes de grave lesão cerebral, ocasionada por negligência e imperícia médica, por ocasião do parto. II. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento no sentido de que o valor arbitrado, a título de danos morais, somente pode ser revisto excepcionalmente, quando irrisório ou exorbitante, sob pena de ofensa ao disposto na Súmula 7 desta Corte. III. O Tribunal *a quo*, à luz das provas dos autos, majorou a pensão mensal, para manter o tratamento da autora, de 4 para 5 salários-mínimos, e majorou, também, o quantum indenizatório, a título de danos morais, de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais), valor que, segundo o acórdão recorrido, "se afigura mais coerente para fins reparatórios, para proporcionar uma compensação justa às partes lesadas, bem como servir como caráter pedagógico válido, no sentido de coibir condutas semelhantes por parte da prestadora de serviços". Conclusão em contrário encontra óbice na Súmula 7/STJ. IV. Agravo Regimental improvido (AgRg no AREsp. nº 746.902/SC, 2015, p. 310).

Desde que haja provas suficientes nos autos do processo de origem, o STJ pode aumentar ou diminuir o *quantum* indenizatório que foi arbitrado pelo Tribunal *a quo*, sem com isto comprometer o referido entendimento jurisprudencial, assim o

fazendo está apenas adequando a indenização à realidade existente no momento em que o recurso a ele dirigido está sendo julgado.

Isso acontece porque a necessidade da vítima pode aumentar, requerendo um ajuste para mais na indenização; ou pode ser que o valor seja diminuído em relação à época em que a sentença ou o acórdão de 1º. Grau foram respectivamente proferidos.

Se o valor foi majorado porque era o mais coerente para fins reparatórios, conforme acima transcrito, poderia se dizer que natureza moral e material apenas foi insuficientes diante da situação concreta de que aquela criança jamais terá a oportunidade de projetar uma vida, já que lhe foram tolhidas todas as eventuais oportunidades de se relacionar.

Segundo os fundamentos da presente Tese, a majoração da indenização surge como uma maneira de corrigir e atualizar monetariamente o valor indenizatório, pois ao se perpetuar durante toda a vida da pessoa a quem o mesmo foi causado, não se tem ao certo como determinar se consequências produzidas pelas lesões que podem continuar as mesmas ou virem a ser agravado, neste caso o valor arbitrado pelos danos causados pode ser revisto. O que coincide com a conclusão de denominá-lo de dano existencial, porque o *quantum* indenizatório poderá ser alterado, haja vista não ser caso de revisitação ao exame fático probatório, mas da correção do valor já arbitrado, de acordo com a nova e real extensão do prejuízo causado. Como exemplo, uma mulher que teve o útero perfurado em um exame ginecológico, e perdeu, definitivamente, sua capacidade reprodutiva e que venha apresentar posteriormente, como consequência de tal procedimento, necrose em seus ovários e uma infecção em seu abdômen.

A vida da vítima não lhe foi tolhida, mas a maneira de vivê-la foi terminantemente cerceada. Foi-lhe retirado o direito de se determinar segundo suas escolhas.

Com apoio na doutrina e jurisprudência italianas, na Corte Interamericana de Direitos Humanos e nas próprias entrelinhas dos julgados do STJ é possível se depreender que, apesar de não se utilizar expressa ou explicitamente da nomenclatura de dano existencial, a indenização em caso de lesões permanentes não pode ser limitada ao alcance do dano moral, porque, uma vez causadas à vítima, terá esta uma limitação no seu fazer e a imposição atemporal do não poder

fazer as atividades comprometidas pelo dano por toda vida. Como no exemplo do acórdão ementado abaixo:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ação indenizatória. Acidente de trânsito entre caminhão e ciclista. Responsabilidade civil objetiva. Paralisia total dos membros inferiores do ciclista. Ausência de violação ao art. 535 do CPC. Impossibilidade de reexame do conteúdo fático-probatório. Quantum indenizatório razoável. Súmula 7/STJ. Agravo improvido. 1. Não viola o art. 535, II, do CPC o acórdão que decide de forma suficientemente fundamentada, não estando a Corte de origem obrigada a emitir juízo de valor expresso a respeito de todas as teses e dispositivos legais invocados pelas partes. 2. Não há como acatar a tese sobre a negativa de vigência do art. 459, parágrafo único, do CPC, tampouco sobre a nulidade da sentença, em vista do disposto na Súmula n. 318 do STJ, de modo que "formulado pedido certo e determinado, somente o autor tem interesse recursal em arguir o vício da sentença ilíquida". 3. Esta Corte possui entendimento no sentido de que, em regra, a avaliação quanto à necessidade de produção de provas pelas instâncias ordinárias é inviável em recurso especial, por incidir o óbice da Súmula n. 7/STJ. 4. O Tribunal de Justiça, ao concluir pela culpa exclusiva do preposto da recorrente pelo acidente, realizou minuciosa análise dos elementos de fato coligidos aos autos, examinando expressa e individualmente o teor das provas documentais e os relatos produzidos pelas testemunhas na instrução do feito. No tocante à condenação pelos danos morais e ao pedido alternativo de redução do quantum indenizatório, o STJ possui orientação no sentido de que a revisão do valor arbitrado somente é possível quando irrisório ou exorbitante o montante fixado, o que não se visualiza no presente caso, pois o valor fixado em R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) cumpre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Além do mais, tal valor fora suficientemente justificado pelas instâncias inferiores, considerando a extensão dos danos morais, especialmente o fato de a vítima ter sofrido uma lesão permanente, com a paralisia total dos membros inferiores. 5. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 686.976/RS, 2015, p. 240).

No acidente acima relatado, foi provada, na instância de origem, a culpa exclusiva do preposto de uma empresa que dirigia um caminhão e que resultou na paraplegia em um ciclista, foi interposto um o recurso especial ao STJ com o objetivo de reduzir o montante fixado a título de danos morais. Será, porém que se trata mesmo de danos morais?

Um ciclista que, em virtude do dano que o deixou parálítico, nunca mais vai poder andar. Sua vida passará a ser completamente diversa daquela que a vítima possuía antes do dano ter sido causado.

O valor fora fixado em R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais). Por que não em forma de pensão mensal?

Se o dano existencial já fosse previsto expressamente e se já houvesse a viabilidade de sua condenação por provocar um dano ao projeto da vida da vítima e de como ela precisará viver em no seu mundo em relações com as demais pessoas,

o valor da liberdade de locomover-se, como lesão permanente à saúde que comprometeu a autodeterminação da vítima, não seria resumido a apenas ao valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

A indenização fixada sobre tudo o que a vítima não poderá mais fazer ou que não poderá mais fazer como antes, não representaria apenas o valor que efetivamente se perdeu e o valor que razoavelmente se deixou de ganhar. Pois, a ótica da avaliação econômica do direito não deve ser fixada apenas no passado ou no presente da vítima, nem ser baseada em apenas aspectos econômico, mas existenciais representados no futuro sem a concretização de hábitos cotidianos e sem a continuidade do desenvolvimento do existir e coexistir existencial projetado por aquele que terá que conviver irreversivelmente com as lesões que lhe foram causadas.

As violações de direitos humanos, como a tortura e as prisões indevidas, são exemplos de dano existencial que impedem a vítima de desenvolver seu futuro e de não conseguir esquecer o resultado provocado pelo dano, representado nas frustrações, na depressão, no suicídio, nos transtornos de pânico e de ansiedade, dificilmente ou jamais superadas com o decorrer do tempo.

Se o cerceamento ao projeto de vida se der tão no início ou no exato momento do desenvolver da pessoa (no máximo de seu existencialismo), como exemplo o de uma criança que, ao nascer, já apresenta um estado de paralisia cerebral, decorrente de um erro médico, seu único projeto de vida foi reduzido a continuar vivendo. Pois, esta criança jamais poderá externar o que desejaria projetar vir a ser e como se relacionar com sua família e demais pessoas, a partir do dano ela deixa de ter seu direito de atuar no mundo de uma maneira plena, modificando situações e tendo a possibilidade de ser modificado por elas.

Como uma indenização pode vir a compensar a privação que a criança sofreu no desenvolvimento de sua vida, da qual fora privado, como nos casos daquelas que nasceram com a Síndrome da Talidomida.

Sobre a talidomida, é importante destacar que a mesma foi desenvolvida em 1954, pela Alemanha, inicialmente usada como sedativo.

Em 1957, a droga passa a ser comercializada em 146 países. Em 1960, foram descobertos os efeitos teratogênicos provocados pela droga quando consumida por gestantes durante os 3 primeiros meses de gestação interfere na formação do feto, pois tal substância ao ultrapassar a barreira placentária, interferia

na formação do feto, provocando a Focomelia, correspondente a má formação congênita, resultando na aproximação/encurtamento dos membros junto ao tronco, tornando-os semelhantes aos de focas.

Logo, a utilização de tal medicamento durante a gravidez poderia, além da focomelia, provocar graves defeitos visuais, auditivos, da coluna vertebral e, em casos mais raros, do tubo digestivo e problemas cardíacos no nascituro.

Em 1961, foi constatado que bastava a ingestão de um único comprimido nos três primeiros meses de gestação para que ocorresse a Focomelia. A droga é retirada de circulação em todos os países, à exceção do Brasil. Têm início os processos indenizatórios em diversos países. Por força da Portaria nº 354, de 15 de agosto de 1997, foi proibido o uso da Talidomida nos tratamentos em mulheres em idade fértil, em todo o território nacional. No Brasil a comercialização da droga teve início em 1958.

Em 1965, a droga é retirada de circulação, com pelo menos 4 anos de atraso. Na prática, a talidomida não deixou de ser consumida indiscriminadamente no tratamento de estados reacionais em Hanseníase. Em razão da desinformação, do descontrole na distribuição, da omissão governamental, da automedicação e do poder econômico dos laboratórios, continua a utilização da droga em gestantes portadoras de hanseníase.

Surge então a segunda geração de vítimas da Talidomida. Em 1976, têm início os processos judiciais contra os laboratórios e a União. Em 1982, após várias manifestações que sensibilizaram a mídia, o governo brasileiro é obrigado a sancionar a Lei 7.070, de 20 de dezembro de 1982, que concede pensão alimentícia vitalícia, que varia de meio a 4 salários mínimos, de acordo com o grau de deformação, levando-se em consideração quatro itens de dificuldade: i) alimentação; ii) higiene; iii) de ambulação; e iv) incapacidade para o trabalho. De 1986 a 1991, por efeito da inflação e das mudanças dos indexadores econômicos, defasam-se drasticamente os valores das pensões vitalícias. Paradigmático, portanto, é o exemplo trazido no Resp.n. 1.403.710- PE:

Administrativo e civil. Reparação civil. Indenização por danos morais. Síndrome da talidomida. Leis 7070/82 e 12190/2010. Direitos da personalidade. Imprescritibilidade. 1. Cuida-se de apelação e remessa obrigatória de sentença que julgou procedente o pedido, condenando a União a pagar ao autor indenização por danos morais, em virtude de ser portador da " Síndrome da Talidomida", no valor de R\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais). Ainda foi determinada a incidência de juros

de mora, a partir da citação, e de correção monetária, desde o arbitramento, nos termos da Súmula 362, do STJ, ambos nos moldes do art. 1º-F, da Lei nº 9494/97, com da redação dada pela Lei nº 11960/2009. 2. Não há dúvida de que as deformidades e limitações decorrentes do uso da talidomida afetam diretamente os direitos da personalidade (imagem, intimidade, etc.), que são direitos considerados essenciais ao ser humano. Sobre essa espécie de direitos, o e. STJ já decidiu, de forma reiterada, "que a prescrição quinquenal prevista no art. 1º do Decreto 20.910/1932 é inaplicável aos danos decorrentes de violação de direitos da personalidade, que são imprescritíveis". (AGRESP 200800132257, Ministro HERMAN BENJAMIN, STJ - Segunda turma, DJE de 09/03/2009). Portanto, não se aplicam, nesses casos, nem o prazo prescricional previsto no Código Civil nem aquele estabelecido no Decreto nº 20910/32, rejeitando-se, assim, a prejudicial de prescrição. 3. Foi realizado exame pericial no autor, durante o curso do processo, tendo a médica indicada pelo juízo concluído ter o autor sequelas decorrentes do uso, por sua mãe, da droga talidomida (CID 10 Q 71.8). A perita médica afirmou que o autor é portador da Síndrome da Talidomida e tem deficiência na acuidade visual. Atestou que ele tem **"limitação severa em toda cintura escapular com atrofia generalizada dessa musculatura, não faz os movimentos de rotação e abdução dos membros superiores, apresenta inserção baixa do peitoral menor, artrose de punhos e mãos com deformidade severa em coluna vertebral"**. Ainda asseverou não ser ele capaz de ter uma vida laboral como qualquer outra pessoa, em razão das patologias apresentadas que o impedem de exercer qualquer atividade que não seja ajudado por terceiros. A médica perita também concluiu que o **"periciando apresenta sequelas definitivas e não há possibilidade de cura"**. 4. Partindo-se da premissa de que as informações colhidas pelo perito judicial são imparciais e, portanto, equidistantes das partes e que, por isso, gozam de fé pública, somente podendo ser ilididas por provas em contrário, o que não ocorreu nos autos, há que se acolher o laudo oficial que concluiu ser o autor portador da "Síndrome da Talidomida". 5. O fato de não ter havido comprovação efetiva do uso da talidomida pela genitora do autor não impediu as conclusões da perita, uma vez que ela se baseou em outros critérios bastante decisivos, tais como: o fato dessas deformidades apresentadas pelo demandante se inserirem nos quadros de deformidades típicas do uso dessa substância e a data do nascimento dele, já que essa droga foi bastante usada no Brasil entre os anos de 1957 a 1965. 6. Quanto ao valor indenizatório, duas leis regulam essa situação: a Lei nº 7070/82 e a Lei nº 12190/2010. A primeira reconheceu o direito à pensão especial para os deficientes físicos que especifica, a exemplo dos portadores da "Síndrome de Talidomida"; enquanto a segunda reconheceu o direito das pessoas com deficiência física decorrente do uso da talidomida à indenização por danos morais, fazendo remissão à Lei nº 7070/82. 7. O art. 1º, da Lei nº 12190/2010 consignou o critério a ser adotado para o pagamento dessa indenização. Segundo tal dispositivo legal, o valor será de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) multiplicado pelo número dos pontos indicadores da natureza e do grau de dependência resultante da deformidade física. 8. No caso em destaque, como informado no laudo pericial, a soma desses pontos atribuídos ao demandante totalizou 7 (sete) que, por sua vez, multiplicado por R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), dá origem a uma indenização correspondente a R\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais) a ser paga ao postulante. Sobre o valor devido incidirão juros de mora e correção monetária nos moldes previstos na sentença (Resp. nº 1.403.710 - PE, 2013, p.120, grifo nosso).

Como essa criança desenvolverá o seu projeto de vida? Ainda que a vítima de um dano existencial, por mais longo que pareça o percurso que possa levar à sua

recuperação, vier a superar a situação existencial, o dano não restaria descaracterizado.

Por exemplo, uma mulher que tenha sido estuprada e como consequência das lesões que lhe foram provocadas ela perde sua capacidade reprodutiva. Ela, quase que certamente não conseguirá esquecer-se do trauma que sofreu, sequer saberá se conseguirá um dia apagar este episódio de sua história de vida, que permanecerá no decorrer de seu projeto de vida, criando uma barreira que a mantenha afastada e receosa de relacionar-se afetivamente com qualquer pessoa e roubando-lhe a escolha de ser mãe. Esta vítima pode passar a ter ideias suicidas e ser conduzida a um prolongado tratamento psiquiátrico e psicológico, que não garantirá a volta de sua higidez mental plena e livre de tais pensamentos negativos.

Se, no entanto, ela conseguir superar os seus traumas retomar as rédeas de sua projeção para o futuro? Será possível o pedido de revisão no valor do pagamento do quantum indenizatório do dano, por parte do autor? O autor do dano pode buscar a descaracterização do dano existencial e fundamentar sua defesa na convalidação do dano existencial em dano moral?

Para que o dano existencial venha a ser caracterizado como tal, é necessário que o juiz, no momento da condenação tenha levado em conta todas as possibilidades quanto à recuperação da vítima, quanto à irreversibilidade do dano, quanto ao sentido e alcance do dano causado à pessoa. A prova da ocorrência desses fatos tem que ser feita de maneira verossímil ou incontestável.

O dano existencial, uma vez evidenciado em suas características sem a possibilidade de regresso à situação em que a vítima se encontrava anteriormente ao dano, não terá como ser desconsiderado para caracterizar o dano moral.

O que existe é a possibilidade de resiliência, de superação própria, como no caso do navegador Lars Grael que teve suas pernas amputadas em razão de seu barco ter sido atropelado por uma embarcação de maior porte.

Segundo noticiou a BBC News – Rio de Janeiro (PINTO, 2016, p.16):

Lars Grael perdeu a perna direita em 1998, após uma lancha pilotada por um homem embriagado invadir a área de uma regata e bater no barco do iatista. Lars havia conquistado dois bronzes olímpicos e se preparava para buscar o ouro em Sidney 2000. O iatista sobreviveu à tragédia. Mas precisava ainda vencer a dor de ter a carreira e o sonho olímpico interrompidos. Logo depois do acidente, era difícil saber se seria possível voltar ao iatismo.

Não se tratando no caso de perda de uma chance, mas de verdadeiro dano ao projeto de vida, pois o velejador que tinha como atividade cotidiana, de sport e de lazer o iatismo e não pode voltar a praticá-lo como antes. Dado o fato que a ausência de uma de suas pernas gerou a necessidade da presença de mais pessoas envolvidas na evolução da navegação.

A BBC divulgou a entrevista dada por Lars Grael que expôs sua situação:

Eu já tinha consciência que eu nunca mais seria um velejador olímpico. Eu era um atual medalhista, no auge da minha carreira, ser um deficiente físico (2016, p. 18).

Hipótese de resiliência também se encontra no caso da treinadora de ginástica rítmica e artística, Georggete Vidor, que após ficar parálitica, em decorrência de um acidente em que uma carreta se chocou de frente com o ônibus que em que ela e atletas de ginástica do Flamengo eram transportadas.

Hoje Georggete usa cadeira de rodas, mas conseguiu retomar a vida e é coordenadora da seleção brasileira. Além de continuar a ser técnica (ainda que parálitica), ela desenvolve outros projetos sociais com as crianças de comunidades cariocas carentes.

Georggete Vidor não esconde a mágoa de sua condição física de paraplégica. Mas, mas como exemplo de superação consegue lidar com a sua nova realidade de vida. Os projetos de vida do passado lhe foram tolhidos, mas isso não a impediu de, diante das novas circunstâncias em que se encontra, ter optado por novos projetos de vida e nova vida em relações.

Entre as ginastas que estavam no mesmo ônibus de Georggete, Úrsula Flores, precisou encerrar suas atividades na ginástica. À época, ela era uma ginasta promissora, mas o traumatismo craniano provocado pela batida deixou sequelas que a impediram de continuar no esporte. Atualmente, Úrsula é formada em Educação Física e dá aulas para crianças, mais um exemplo de superação e de resiliência. A lesão grave e permanente continua presente na vida das pessoas mencionadas acima, não houve qualquer reversão às atividades desenvolvidas antes. No exato sentido do termo dano existencial essas pessoas podem até voltar a fazer o que gostavam, mas nunca como antes.

Por isso, aprender a lidar com uma nova situação provocada pelo dano existencial, não faz com que o mesmo tenha sido reparado. Significa que a pessoa encontrou uma maneira diversa de conduzir projetos outros que não serão

desenvolvidos como os anteriores, mas que serão diversos justamente porque o dano existiu.

O dano existencial não deixa de existir para se transmutar em dano moral, o dano existencial se mantém, as pessoas podem, no entanto, ter reações internas diversas e superar-se. A reação externa permanece a mesma, qual seja a extinção do projeto de vida que a vítima vinha realizando antes do dano ter-lhe sido causado.

Se houver a possibilidade, nada impede que novos projetos de vida sejam idealizados e a pessoa lesada passe a segui-los. Trata-se de uma possibilidade, de uma superação e de resiliência que não acontece a todas as pessoas vítimas de um dano existencial.

Logo, não há reparação para o dano existencial o que passa a existir são novos projetos de vida que poderão ser delineados mais uma vez.

3.4 IMROPRIEDADE DO DANO ESTÉTICO

Para os italianos o dano estético está associado à atividade laboral da vítima. Se esta, em que pese tenha uma deformidade exterior, puder continuar a obter rendimentos, o sofrimento interior não a teria tornado inapta a desenvolver normalmente suas atividades como antes. O dano estético, quanto a sua caracterização, está incluído no dano moral, podendo ser cumulado com o dano material, representado estes nos lucros cessantes e danos emergentes (CEDON, 2008, p. 43).

Se, porém o dano estético for de natureza permanente e conduza a vítima a não exercer mais suas atividades laborais, ou a impeça - mesmo que não exerça atividade laboral - de projetar sua vida, causando-lhe um dano relacional (hedonista), não mais se tratará de um dano estético, nem estará caracterizado o dano moral. Nesse caso, nítida é a caracterização do dano existencial.

No primeiro caso temos o dano existencial cumulado com o dano material; no segundo, o dano estético se confunde com os próprios elementos constitutivos do dano existencial, não sendo categoria autônoma, mas sim seu conteúdo.

Adota-se como base teórica desta Tese, a doutrina italiana, por entender ser a que melhor representa a conceituação de dano estético e por ser a mesma representativa da tendência mundial da doutrina e da jurisprudência quanto à inexistência da categoria autônoma do dano estético.

Assim é que a presente Tese diverge do conteúdo disposto na súmula 387, do Superior Tribunal de Justiça, a qual dispõe que: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”. Com isto entende-se que dano estético não é categoria autônoma do dano moral. No lugar disso, como vimos, defende-se que o dano estético pode estar inserido no dano moral.

Poder-se-ia falar de uma indenização por dano estético, aplicada no caso de uma lesão que venha a gerar uma invalidez permanente a ponto de impedir a vítima de realizar suas atividades normais e cotidianas? Seria, pois, caso de aplicação do dano estético? Como um dano que repercute na esfera interior da vítima pode ser de tal monta a impedir a vítima de agir, de ser, de se relacionar, da mesma forma que antes? Será que a jurisprudência do STJ tem corretamente aplicado a nomenclatura de dano estético, em correlação à espécie do direito lesado?

Como visto, a lesão à integridade física e psíquica é caracterizada como dano moral, claramente presente no caso mencionado. Mas, o dano estético sofrido não estaria subsumido ao dano existencial?

Se, por outro lado o resultado do fato ilícito fez com que a pessoa ficasse com uma grande cicatriz no rosto, não a impedindo de trabalhar, nem de continuar com o seu projeto de vida, ela seria indenizada por danos morais.

O dano estético não pode ser considerado como aquele que causa apenas o enfeamento da pessoa, mas de uma lesão à saúde da mesma e que está além dos direitos da personalidade, representa a lesão a direito da personalidade no que tange à saúde psicofísica de uma pessoa e ao mesmo tempo um direito social, pertencente a todos.

Não realizar as atividades cotidianas, não poder realizar qualquer ato do seu antigo dia-a-dia, são condições que não podem ser consideradas tão somente como dano moral. Além deste há o dano às relações existenciais da pessoa, o agir que lhe foi tolhido, o impedimento da realização de um projeto de vida. A impossibilidade de trabalhar, de se sentir útil ao se realizar no mundo em que vive.

Para fins de se estabelecer premissas que fortifiquem e assegurem o que é defendido nesta Tese, de que o dano existencial foi utilizado ao se descrever o dano estético, foram colacionados acórdãos do STJ que o vem tratando de acordo com os seguintes entendimentos:

a) Resp.1514775/SE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 23/08/2016, DJe 10/11/2016

Tratou-se de um dano causado durante uma campanha nacional de vacinação contra influenza, promovida pela União Federal. Uma mulher vacinada nesta campanha, devido a um evento pós-vacinal, vinculado ao ato da vacinação e dele diretamente decorrente, foi declarada absolutamente incapacitada por ter contraído a Síndrome de Guillain-Barré, em seu estado mais severo que conduziu a completa e irreversível paralisação muscular, mantendo apenas o movimento de seus olhos. O que restou comprovado nas instâncias de origem.

O processo em que a vítima figurou como autora foi movido contra a União Federal e foi julgado procedente na primeira instância. A União, não interpôs recurso.

No REsp 1514775/SE se pleiteou pelo aumento do valor da indenização, arbitrado pelo Tribunal de Sergipe. O STJ conheceu e deu provimento ao REsp. 1514775/SE, conforme a ementa que se segue:

Processual civil e administrativo. Recurso especial. Ocorrência de dano estético e funcional de natureza gravíssima e irreversível, comprovado nas instâncias de origem. Ação de indenização por danos morais e materiais cumulados com pensão vitalícia. Campanha nacional de vacinação contra influenza promovida pela união federal. Incapacidade total da vítima, por evento pós-vacinal, vinculado ao ato da vacinação e dele diretamente decorrente. Síndrome de guillain - barré. Responsabilidade civil do ente público claramente definida. Inércia processual da união: não apelou, não chamou nem denunciou à lide o laboratório fabricante e a empresa contratante, não agravou, não recorreu da condenação judicial que lhe foi imposta, nem sustentou oralmente neste julgamento. Procedência do pedido de pensão vitalícia. Resignação da união federal quanto aos termos da condenação. Não interposição de recursos. Adequação do quantum indenizatório à extensão do dano causado. Recurso especial a que se dá provimento (Resp.nº1514775/SE, 2016, p.238).

O STJ entendeu que a recorrente - conforme já provado nos autos - após ser vacinada em meados de maio de 2008, durante a Campanha Nacional de Vacinação contra a influenza, promovida pela União Federal, foi acometida de polineuropatia desmilenizante inflamatória pós-vacinal. Dessa forma, a Corte declarou ser pacífico e não haver dúvidas acerca do nexo de causalidade entre a vacina e o dano causado à vítima, porque definido em termos conclusivos nas instâncias ordinárias.

O tribunal de origem reconheceu o quadro de condição paraplégica da vítima e verificou a necessidade de ajuda da apelante para realizar todas as atividades do seu dia a dia, inclusive beber água e se alimentar; da sua impossibilidade de realizar as tarefas mais básicas do seu antigo cotidiano, como cuidar da sua filha, ainda em tenra idade infantil; de exercer seu trabalho; e de realizar as demais atividades que

antes faziam parte de sua vida. Por fim, teve ciência do quadro de depressão da vítima, em razão da circunstância em que se encontrava.

O TJSE reconheceu a responsabilidade civil do Ente Público, a União Federal que se manteve inerte, mesmo diante da condenação judicial que lhe foi imposta, ao resignar-se com a rejeição de seguimento aos seus Recursos Extraordinário e Especial, como também por não haver realizado sustentação oral em sua defesa no julgamento.

Apenas a parte autora recorreu ao STJ, postulando o aumento do valor da indenização por danos morais e a implantação de pensão vitalícia, que não havia sido reconhecida pelo Tribunal Sergipano.

O STJ em seu julgamento fez menção ao disposto no Código Civil, segundo o qual:

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitasse, ou da depreciação que ele sofreu (BRASIL, 2017).

Mencionou ainda o Tribunal a sua própria jurisprudência, como Corte Superior de Justiça:

(...) a vítima do evento danoso, que sofre redução parcial e permanente da sua capacidade laborativa, tem direito ao pensionamento previsto no dispositivo legal acima transcrito, independentemente da existência de capacidade para o exercício de outras atividades, em razão do maior sacrifício para a realização do serviço (AgRg no AREsp.636.383/GO, 2013, p. 125).

E afastou sua Súmula 7, por verificar patenteada a desproporcionalidade entre a indenização e a extensão do dano causado, para adequação do respectivo *quantum*.

Ao considerar as peculiaridades do caso concreto, em destaque o grau de ofensa causada à honra da Recorrente, o STJ majorou a indenização por dano moral de R\$ 50.000,00 para o valor de R\$ 100.000,00. Baseado no princípio da equidade e nos valores indenizatórios que tem arbitrado em casos de evidente menor gravidade declarou a Corte que:

Conforme precedentes desta Corte, já se fixou indenização de 50 salários mínimos por inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito ou protesto indevido de títulos (AgRg no REsp. 1.526.457/SC, Rel. Min. MARCO BUZZI, DJe 2.9.2015); 50 salários mínimos por devolução indevida de cheques, protesto incabível e outras situações assemelhadas (AgRg no

AREsp. 599.516/SP, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 28.8.2015); R\$ 50.000,00 por extravio de bagagem em viagem internacional (AgRg no AREsp. 280.284/BA, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUERVA, DJe 14.2.2014); R\$ 25.000,00 por prisão ilegal (AgRg no AREsp. nº 677.188/CE, 2014, p.390).

E assim foi dado provimento ao Recurso Especial interposto pela vítima do dano para determinar a concessão de pensão vitalícia.

O dano provocado por uma vacina que, supostamente serviria de benefício à saúde pessoas, fez com que a pessoa vacinada se tornasse vítima. Esta passou a ter a necessidade de uma mudança completa na sua vida, em relações a todos os demais indivíduos de quem precisará de um assistencialismo quase que integral e que lhe provocou o cerceamento de seu projeto de vida, pois ela não poderá mais realizar sozinha as atividades mais cotidianas do seu dia a dia, como escovar os dentes ou comer, sem auxílio de outrem.

O dano existencial passa a ser uma “condenação” resulta em um não fazer como antes, “penalidade” esta aplicada à vítima e não ao seu autor. Um dano que se protraí no tempo, cuja indenização é conferida a título de pensão vitalícia. Esta, resultante da verificação quanto à extensão do prejuízo e de sua irreversibilidade, não pela estética, mas por atingir a atividade humana sob o aspecto mais fundamental qual seja o seu projeto de vida.

b) AgRg no Ag 1092134/SC, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 17/02/2009, DJe 06/03/2009

Um segundo exemplo, extraído da jurisprudência do STJ é o que versou sobre uma ação indenizatória com pedido de danos materiais, morais e estéticos, em razão de erro médico, reconhecido na instância de origem, responsável pela oxigenoterapia fibroplasia retrolenticular em uma criança que acabara de nascer, tendo ocasionado a este nascituro a perda de 90% (noventa por cento) da visão.

O erro médico decorreu de comprovada falha na prestação dos serviços hospitalares de acompanhamento do recém-nascido, responsável pela doença da fibroplasia retrolenticular contraída pela vítima (nascituro), conforme se depreendeu dos autos no tribunal *a quo*.

O STJ negou provimento ao recurso interposto, pois não poderia reexaminar o conteúdo fático probatório produzido na instância de origem (Súmula 7 do STJ).

Manteve a condenação solidária do médico e do hospital sob a seguinte fundamentação:

(...) II - Não há como afastar a condenação solidária do médico e do Hospital em que internado o nascituro, na hipótese, pois o corpo clínico, embora possuísse autonomia funcional, subordinava-se administrativamente aos regulamentos da entidade hospital, relação que caracteriza, em sentido amplo, o vínculo da preposição, ademais do fato de que Hospital recebia recursos da Seguridade Social. Precedentes (STJ, 2009, p. 567).

O STJ considerou que os danos permanentes à saúde do nascituro e evidente responsabilidade dos causadores do dano, não alterou o *quantum* indenizatório que considerou ser razoável, no patamar em que foi fixado, sendo R\$ 76.000,00 (setenta e seis mil) pelos danos morais e R\$ 30.400,00 (trinta mil e quatrocentos reais) pelos danos estéticos.

Quanto aos juros moratórios, estendeu ao Agravante os efeitos do acolhimento parcial do Recurso Especial interposto pelo médico.

Civil e processual civil - agravo regimental no agravo de instrumento - responsabilidade civil - ação indenizatória - erro médico - oxigenoterapia - fibroplasia retrolenticular - retinopatia do nascituro - criança com perda de 90% (noventa por cento) da visão - responsabilidade comprovada pelo tribunal "a quo" - súmula 7/STJ - danos materiais, morais e estéticos - razoabilidade do quantum indenizatório - extensão do julgamento do recurso especial 1.086.451/SC, quanto a juros, ao agravante. I - A responsabilidade civil da Agravante, na espécie, decorreu da comprovada falha na prestação dos serviços hospitalares de acompanhamento do recém-nascido, que deu causa inequívoca à doença da fibroplasia retrolenticular - retinopatia do nascituro -, que comprometeu mais de 90% (noventa por cento) da visão da criança. Essa conclusão não pode ser afastada nesta Corte, por depender do reexame do quadro fático-probatório. II - Não há como afastar a condenação solidária do médico e do Hospital em que internado o nascituro, na hipótese, pois o corpo clínico, embora possuísse autonomia funcional, subordinava-se administrativamente aos regulamentos da entidade hospital, relação que caracteriza, em sentido amplo, o vínculo da preposição, ademais do fato de que Hospital recebia recursos da Seguridade Social. Precedentes. III - Considerando os danos permanentes à saúde do nascituro e a evidente responsabilização, não há razão para a alteração do quantum indenizatório em face da razoabilidade do patamar em que fixado, sendo R\$ 76.000,00 (setenta e seis mil) pelos danos morais e R\$ 30.400,00 (trinta mil e quatrocentos reais) pelos danos estéticos. IV - Quanto aos juros moratórios, estendem-se ao Agravante os efeitos do acolhimento parcial do Recurso Especial interposto pelo médico, Dr. Rogério Antônio Gaio (REsp 1.086.451/SC), estabelecendo-se que, também relativamente à ASSEC, os juros moratórios correm a partir da data da citação e não da data do evento danoso. Agravo regimental improvido (AgRg no Ag nº 1092134/SC, 2009, p. 98).

Ao relatar os danos permanentes causados à saúde do nascituro e manter a indenização arbitrada pelo tribunal de origem, assim como ao determinar o pagamento a título de danos morais e de danos estéticos, provavelmente considerou a saúde como um direito coletivo, mantendo o pagamento da lesão aos direitos da personalidade, representada pelos danos morais.

À época em que a decisão foi publicada, não havia previsão doutrinária e jurisprudencial apta a fornecer ao julgador uma base objetiva para o acolhimento do dano existencial, como dano ao projeto de vida e à vida em relações.

Diferente do dano moral, o dano existencial exige comprovação do prejuízo sofrido e é arbitrado segundo provas nos autos que tenham o condão de comprovar que a vítima foi impedida ou cerceada de continuar suas atividades cotidianas não remuneratórias, representada nos lucros cessantes.

Forçoso é questionar se a condenação do caso em análise seria efetivamente de dano estético e se a lesão que comprometeu 90% da visão do recém-nascido pode ser considerada sob o ponto de vista da beleza ou estética.

A hipótese defendida na presente Tese é a de que se o STJ tivesse aplicado o dano existencial ao caso concreto, a decisão teria sido precisa sob o ponto de vista terminológico e conceitual.

O dano estético, nas decisões anteriormente analisadas, não condiz com as suas características e referenciais doutrinários, em que pese ter servido para suprir a falta de previsão do dano existencial; e não haver deixado a vítima sem o ressarcimento, que deve ir além do dano moral.

Por conseguinte esta Tese, como já mencionado, defende que ao lado do dano moral está o dano existencial e não o dano estético como modalidade de dano não patrimonial.

O dano estético não foi aplicado segundo as suas reais características. Não se pode tratar como dano estético uma paraplegia ou a perda quase total da visão. Ditos danos vão muito além do conceito de estética. Inserem-se no conceito de existir do mundo. No primeiro caso, o da mulher que tomou a vacina de influenza e contraiu a doença de Guillian Barré, houve a perda dos movimentos dos braços e pernas e foi comprovado que ela não consegue e nem conseguirá fazer nada mais sozinha, sequer segurar a filha pequena. Houve, na verdade, uma interrupção de um projeto de vida. No segundo caso houve o impedimento de se ter um projeto de vida, já que o nascituro, sem 90% da visão, não teve nem a chance de poder projetar-se no futuro. Foi condenado a quase cegueira e terá de conviver com esse dano, por todo o seu relacionar-se com o mundo e com as pessoas ao seu redor.

Os danos foram reconhecidos com a denominação de dano estético, por falta de previsão jurisprudencial de outra modalidade de dano que fosse mais adequada (dano existencial), porque, em ambos os casos, as vítimas foram prejudicadas

naquilo que elas tinham de maior valor em relação ao local onde elas se encontram no mundo, o seu projetar-se e o seu relacionar-se. O fazer trivial e cotidiano já não lhes são mais tangíveis, pois, os causadores do dano infringiram o seu dever geral de abstenção (de não causar dano a outrem).

De toda forma, há de se admitir que o dano estético cumpriu a missão de servir como cumulativo do dano moral, para que a indenização não tivesse sido arbitrada tendo apenas um parâmetro (o sofrimento interior, a dor física e psíquica).

Reputa-se que os danos existenciais, em grande medida, já vêm sendo aplicados pela jurisprudência, na maioria das vezes com a denominação de dano estético, ou com a fixação de pensão vitalícia.

É possível que o dano estético tenha o mesmo rumo do dano biológico (dano à saúde) na Itália. Esta, a partir de reiteradas jurisprudências de seu Tribunal superior - Corte de Cassação - tem entendido que não se poderia ter uma categoria tão ampla (saúde, estética) como o dano biológico. Evitando que o dano biológico fosse aplicado a todos os casos genericamente, dada sua subjetividade.

Se o dano for de natureza permanente, protraído indefinitivamente no tempo, a ponto de afetar o projeto de vida e a vida de relações, passa ter a denominação de dano existencial.

Os dois casos trazidos a análise acima não se trataram de dano estético, mas de aplicação jurisprudencial do dano existencial, com todos os seus elementos constitutivos, suas características, seu conteúdo e seu modo de fixação quanto à indenização, mas ainda sem a terminologia adequada. A denominação “dano existencial” só passou a existir após 2008, com as sentenças ditas de San Martino, na Itália (elas se chamam assim porque foram proferidas no dia 11 de novembro data em que se comemora a homenagem ao santo San Martino)

Embora sem a aplicação da terminologia - dano existencial – tal dano estava descrito nos acórdãos. Logo, trataram-se de danos existenciais que, pela sua falta de previsão explícita, foram utilizados com a denominação de dano estético.

Caso a pessoa venha a sofrer um dano que resulte na piora de seu complexo estético e, ao mesmo tempo venha a causar a perda de sua capacidade laboral específica, se estará diante de um dano patrimonial, revestido pela aplicação dos lucros cessantes, cumulado com os danos moral e existencial.

Mas quando a lesão não provoca perda de renda e sim, um concreto estado de desvantagem - pelo próprio enfeamento - grande será a incerteza de que tipo de

dano se tratará, seja do ponto de vista da sua qualificação, seja quanto aos critérios de sua liquidação. Por isso, lesões com estas características são reconduzidas ao dano à vida em relações, parte revestida de natureza patrimonial, e parte revestia de natureza não patrimonial. Se apenas resultar em um dano de caráter patrimonial, assim será reparado. Se causar uma diminuição e prejuízo em relação à competitividade de vagas de trabalho, pode-se ter o ressarcimento, por dano patrimonial e por dano moral. Se a cicatriz, o aleijão ou a deformidade perdurar por toda a vida da pessoa que sofreu o dano, não provocando lucros cessantes, nem um sofrimento meramente íntimo ou externo de vergonha pelo visual adquirido, ter-se-á a aplicação do dano existencial. Mesma solução a ser dada se o dano causar uma alteração no projeto de vida que a pessoa escolheu e delineou para si, na sua vida em relação com seus familiares, com as pessoas no seu trabalho, em um relacionamento amoroso, caso de aplicação do dano existencial.

Como, por exemplo, uma modelo/ atriz cujo seu marido, por ciúmes, lança ácido na face da esposa vindo esta a tentar se proteger com as mãos. Pelo valor que razoavelmente que deixará de lucrar, em razão do trabalho que desenvolvia, haverá a aplicação do dano patrimonial, pelo sofrimento interior de não ter mais o padrão de beleza que lhe proporcionava um prazer seu, será aplicado o dano moral e a aplicação do dano existencial está presente no fato da lesão ser permanente, irreversível e ter causado, a partir do momento em que suas mãos foram lesionadas, a cessação da continuidade de atividades cotidianas, antes exercidas de maneira plena (CASSAÇÃO CIVIL, sentença n. 2985, 1987, pag. 902).

Não havendo como reverter o dano causado pelo ácido que a deixou desfigurada, ela portará consigo esta marca indelével que a lembrará, a todo tempo da agressão ao projeto de vida, que lhe fora tomado. Ao ter suas mãos atingidas, ela estará impedida de realizar várias atividades que, diante da gravidade das queimaduras ela talvez deixe de poder fazer trabalhos manuais.

Além de tudo isso, a vida dela no ambiente de trabalho, no ambiente familiar, no ambiente de amigos pode intervir na sua autoconfiança em começar um novo relacionamento. Sua vida em relações pode ser transformada pelas cicatrizes que lhe foram deixadas externamente pela deformidade que acompanhará sua existência.

Enquanto o dano estético é exterior e dependente de dupla análise, de quem o sofreu e de quem o subjetivamente valorará, o dano existencial é objetivo, deve representar um prejuízo suscetível de prova.

O dano existencial quando causado, afeta a vida cotidiana, a habitualidade; não está associado ao prejuízo laboral (aos lucros cessantes); já o dano estético está ligado ao prejuízo material, isto é, uma das consequências é a perda da capacidade laborativa sua diminuição, um critério de desvantagem na contratação de emprego, mais um sofrimento interior, em decorrência da deformidade externa que deve ser permanente ou duradoura.

O dano existencial acompanha a vítima por toda sua existência, trazendo, todo momento, à sua mente, a frustração de não poder fazer suas atividades habituais, ou de manter o mesmo tipo de troca existencial que possuía anteriormente. Descaracterizado o dano estético, tem-se o dano patrimonial, que pode ser cumulado com o dano moral. Não sendo caso de aplicação do dano existencial, tem-se apenas o dano moral.

4 UMA EXPERIÊNCIA EXITOSA DO DANO EXISTENCIAL

4.1 A evolução do dano existencial na Itália; 4.2 Sessões Unidas da Corte de Cassação, sentença n. 6607 de 11 (onze) de novembro de 1986; 4.3 Sessões Unidas da Corte de Cassação Civil, sentenças n. 8827 e 8828 de 31 de maio de 2003; 4.4 4 Seções Unidas da Corte de Cassação, sentenças n. 2972 e 2973, de 11 de novembro de 2008.

Afirmava-se que, no caso em que o ato ilícito vier a limitar a atividade realizadora da pessoa humana, obrigando-a a adotar na sua vida, todos os dias comportamentos diversos daqueles adotados no passado, realiza-se um novo tipo de dano (diverso do dano moral e do dano biológico) definido com a expressão de dano existencial. A lesão seria individualizada pela alteração da vida em relações, na perda da qualidade de vida, no comprometimento da dimensão existencial da pessoa. Prejuízos diversos do sofrimento íntimo, constituinte do dano moral, porque não se refere a um sofrimento, mas no não poder mais fazer do modo como agia anteriormente e não integrante do dano biológico, na ausência de lesão à integridade psicofísica (SESSÃO UNIDA, sentença n. 26972, 2008, p. 10, tradução nossa).

4.1 A EVOLUÇÃO DO DANO EXISTENCIAL NA ITÁLIA

O legislador civil italiano de 1942 voltou à proteção jurídica, quase que em sua totalidade, à proteção dos danos patrimoniais. O artigo 2.043 do Código Civil previa a indenização por danos suscetíveis de valoração econômica. A esfera privada da pessoa não era vista sob o ponto de vista jurídico. Com o advento do artigo 2.059 do Código Civil, foram elencados os danos não patrimoniais, sendo assim possível falar-se em dano moral (NEGRO, 2014b, p. 5).

Na década de 1950, a Corte de Cassação Italiana reconheceu o chamado “dano à vida em relação”, que deveria ser indenizado ainda que na ausência do dano material. Na década de 70 aumentaram os pronunciamentos judiciais direcionados à tutela da pessoa em suas atividades hedônicas. Na metade dos anos 70 (setenta), a mesma Corte foi umas das primeiras a perceber que o dano não se resumia às lesões de caráter patrimonial, mas que havia duas categorias de dano que se diferenciavam, de acordo com o bem jurídico tutelado. Estas categorias seriam representadas pelo dano de origem material e por outro dano que afligia a pessoa em seu aspecto psicofísico, denominado de dano moral (BELLATONI, 2007, p.335).

Antonio Flamini relata que em 17 de junho de 1972, o Sr. Capenti Antonio disparou duas vezes o seu fuzil contra Nalli Nello e sua filha Nalli Andreina,

causando-lhes lesões de diversas intensidades. O caso foi levado ao Tribunal de Camerino que, com a prolação da sentença exatamente um ano depois, condenou o Sr. Capenti à pena de sete meses de reclusão. Mesmo após o trânsito em julgado da sentença, as vítimas foram à esfera civil, com a finalidade de pleitear outra indenização, diversa daquela que tinha já havia sido arbitrada (2009, p. 9).

As vítimas alegaram ter sofrido prejuízos de caráter não patrimonial e afirmaram que a conduta do réu causou prejuízos às suas integridades físicas. O recurso interposto indicou a existência de violação de duas categorias de danos causados às pessoas das vítimas, o primeiro consistente no prejuízo à saúde considerada em si mesma, representada pela lesão ao bem estar do indivíduo; e o segundo, consistente no dano patrimonial, que afetou a produção de renda das mesmas. Este teria sido o primeiro caso em que se discutiu a dualidade de danos contra a pessoa (FLAMINI, 2009, p. 10).

Nos anos 80, como reflexo das relações econômico- sociais, destacavam-se as inspirações do indivíduo pela busca de sua realização pessoal, pelo aumento de sua qualidade de vida e pela concretização de seu bem estar. À Suprema Corte restava cada vez mais evidente a necessidade da ampliação na tutela das relações jurídicas relativas à realização do indivíduo e uma maior proteção contra o dano à pessoa (CHRISTANDL, 2007, p. 233- 234).

Não demorou, até que em 1993, a doutrina, através de autores como Paolo Cedon, Patrizia Ziviz e Giuseppe Gaudino indicassem a necessidade de distinção entre as lesões causadas à integridade psicofísica e as lesões de caráter existencial.

Segundo Christandl, como resultado da sistematização doutrinária e jurisprudencial, a Doutrina Triestina (de Trieste) demonstrou que os resultados das decisões judiciais, a respeito das categorias de dano existentes, apontavam para o descobrimento de uma nova modalidade de dano: o dano existencial (2007, p. 230).

Na metade dos anos 90, a jurisprudência italiana começou a citar expressamente o dano existencial, proclamado pela doutrina triestina, nos julgados de mérito. Para ser configurado como tal, o dano existencial precisaria decorrer de um evento naturalístico e causador de um prejuízo econômico (CHRISTANDL, 2007, p. 240).

Diversos poderiam ser os tipos de atividade humana, reconhecidos como dano existencial, entre eles o dano decorrente da privação da liberdade pessoal, causado pelo exercício equivocado de funções judiciais; o emprego de modalidades

ilícitas na colheita de dados pessoais; a adoção de atos discriminatórios por motivos raciais, éticos ou religiosos (CHRISTANDL, 2007, p. 232).

A partir do ano de 2000 pôde-se falar em ressarcibilidade de danos que atingissem as atividades realizacionais da pessoa lesada. Danos estes que se caracterizavam pela falta de limite temporal em relação a continuidade e ressarcimento da lesão. Esse tipo de dano, fundamentado no art. 2 e seguintes da Constituição Federal e no art. 2.043 do Código Civil, da Itália começou a ser discutido com maior vigor pela doutrina e jurisprudência (RUSSO, 2014, p.20). É o que se verá a seguir.

O termo 'dano' assumia, na responsabilidade aquiliana, um significado ambíguo. De um lado representava um elemento constitutivo da *fattispecie* do ilícito civil e a lesão de um interesse; e de outro lado integrava o objeto da obrigação ressarcitória, definindo a modalidade de indenização a ser aplicada, a depender do efeito que o ilícito tivesse ocasionado à pessoa lesada (CASSANO, 2002, p.27).

O debate sobre a jurisdição do dano passava pela: i) relevância jurídica do dano; e ii) pela tradução do dano em uma indenização.

A Corte de Cassação italiana, ao declarar que o art. 2 da CF reconhecia e garantia os direitos invioláveis do homem, determinou que o dano não patrimonial (aquele em que não houve conotação econômica), fosse interpretado de forma ampla, inserindo-se em seu conceito qualquer hipótese de lesão aos valores inerentes à pessoa, ainda que não previstos explicitamente na Constituição. Por esta razão, analisar-se-ão os precedentes jurisprudenciais mais importantes - de acordo com a evolução histórica dos julgados da Corte de Cassação - responsáveis por consolidar a posição doutrinária atual acerca do dano existencial (ARSENI, 2015, p. 25).

O dano existencial começou a adquirir visibilidade entre os operadores do direito italiano, respondendo ao vazio antes existente sobre qual seria a modalidade de dano à pessoa a ser indenizada, mesmo que a lesão em si não se configurasse como dano moral.

O dano existencial tutela os casos em que o indivíduo é lesado, em decorrência de um dano que, independentemente de ter causado lesões à integridade física, atinge a pessoa em sua natureza psíquica, impedido o lesado de desenvolver uma ou mais atividades que fazem parte do seu 'realizar-se como pessoa'. O dano existencial atinge a dimensão do existir, em relação aos seus

projetos para sua vida, que a partir da lesão causada, deixarão de existir ou existirão de maneira limitada, conforme será analisado.

4.2 III SESSÃO UNIDA DA CORTE DE CASSAÇÃO, SENTENÇA N. 6607 DE 11 (ONZE) DE NOVEMBRO DE 1986

A partir da sentença nº 6607 de 11 novembro de 1986, da Corte de Cassação Italiana, iniciou-se o movimento de ampliação da tutela dos danos contra às pessoas.

A sentença foi proferida em um caso que versou sobre uma Ação de Indenização, proposta em razão de um erro médico que produziu efeitos fisiológicos graves e comprometedores à liberdade da atividade sexual e do desenvolvimento familiar de um casal (ARSENI, 2015, p. 27).

A Corte de Cassação, ao julgar o caso em questão, sustentou que:

(...) o comportamento ilícito de terceiro, que ocasiona a uma pessoa casada a impossibilidade de ter relações sexuais, é imediatamente lesiva, suprimindo-lhe, do direito do outro cônjuge tal relação, tal direito-dever recíproco é inerente à pessoa que juntamente com os outros direitos-deveres recíprocos na estrutura do relacionamento de cônjuge. A supressão de tal direito, reconhecido na pessoa do cônjuge no seu modo de ser e no desenvolvimento na família, causa um dano que ingressa na previsão do art. 2.043 C.C e é por si ressarcível, como modo de reparação do direito da pessoa (...) (SESSÃO UNIDA, sentença n. 6607, 1986, p. 116, tradução nossa).

O direito recíproco que cada cônjuge tem de ter relações sexuais com o outro é um direito inerente à pessoa, recaindo ainda sob o aspecto de como esta pessoa desenvolve o seu Ser no planejamento familiar, na evolução familiar, na sociedade fundada no casamento e em sua formação pessoal.

A família, assim como a sociedade são considerados meios onde a personalidade do indivíduo se desenvolve, onde os direitos invioláveis são constitucionalmente reconhecidos e garantidos; onde o direito da pessoa à integridade psicofísica pode ser determinada, inclusive, pela lesão que cause a impossibilidade ao relacionamento sexual. Por isso, qualquer dano que cause um comprometimento à realização do modo de ser da pessoa é ressarcível.

O caso ficou conhecido como “Santarelli”, em menção ao sobrenome do médico que deu origem ao dano do direito à relação familiar. Para se chegar à fundamentação utilizada no reconhecimento de tal dano, faz-se necessária a narração dos principais fatos ocorridos e a demonstração da tipologia dos direitos

lesados. Por isso, a narrativa a seguir.

No dia 13 (treze) de fevereiro de 1974, ao realizar o exame de citologia oncológica, a Sra. Marcella Santandrea teve a parede de sua bexiga gravemente lesionada, o que gerou a necessidade da mesma se submeter a um procedimento cirúrgico, já em 1 (primeiro) de abril do mesmo ano. Por ocasião deste procedimento cirúrgico, os médicos – profissionais do mesmo Hospital onde a Sra. Santandrea havia realizado o exame de citologia oncológica anterior – relataram que a paciente apresentava uma fístula urinária e necrose completa da mucosa vesical.

Tal fato fez com que, em 14 (quatorze) de maio 1974, a Sra. Santandrea tivesse que substituir sua bexiga – já completamente calcificada – por uma neobexiga, composta por tecido retirado do cólon de seu próprio útero.

Em outubro de 1974, a Sra. Santandrea teve seu útero removido a fim de que fosse aberto um caminho para a sua neobexiga. A cirurgia foi realizada no Policlínico "Gemelli" de Roma, onde a mesma permaneceu internada até 31 de dezembro de 1974, quando foi considerada já recuperada da cirurgia a qual havia sido realizada.

Porém, outros procedimentos cirúrgicos foram realizados nos meses de abril e de setembro de 1975. Quer isto dizer que, de fevereiro de 1974 a setembro de 1975 – por um período de um ano e sete meses – a Sra. Santandrea permaneceu, quase que integralmente dentro de hospitais, em meio a cirurgias diversas, sem se restabelecer completamente e que não impediram a perda de seu útero.

Diante de tais fatos, em 1976, os cônjuges Marcella Santandrea e Silvano Lucidi propuseram uma Ação de Indenização, perante o Tribunal de Roma, contra o médico Tito Santarelli e o Hospital de Zagarolo, sob a alegação de que os danos provocados a Sra. Santandrea, bem como todos os reflexos deles derivados foram provenientes do resultado da imperícia médica no exame da colposcopia oncológica realizada pelo Dr. Santarelli, em fevereiro de 1974.

O resultado do laudo da perícia médico-legal feita na vítima comprovou que a imperícia do médico Santarelli foi decisiva para o quadro crítico de saúde da vítima. Esta apresentava necrose em sua bexiga, ocasionada pela introdução de um líquido cáustico desinfetante (Desogen), líquido este que entrou em contato com parede da mucosa da bexiga da paciente, no curso do exame de citologia oncológica, na data de 13 (treze) de fevereiro de 1974. Ficou evidenciado que o Dr. Santarelli havia sido omissos ao não verificar a eventual persistência do líquido desinfetante no instrumento utilizado durante o exame ginecológico.

A perícia toxicológica encontrou a substância Desogen presente na composição das lesões causadas na paciente. O Dr. Santarelli foi denunciado por lesão corporal gravíssima, mas na instância penal o crime foi extinto pela prescrição.

Em 1976 foi proposta - por Marcella Santandrea e ao seu marido Silvano Lucidi, uma Ação de Indenização contra o médico Santarelli e o Hospital de Zagarolo, os quais foram julgados e condenados a pagar aos autores, o montante indenizatório no valor de £ 7.500.000 (sete milhões e quinhentos mil liras).

Em 9 (nove) de março de 1981, os autores interpuseram uma Apelação ao Tribunal de Roma, que através de perícia médico legal, comprovou os danos causados à vítima. No dia 20 (vinte) de fevereiro de 1984, o Tribunal de Roma sentenciou em favor da Sra. Santandrea e determinou o pagamento de indenização no montante de £ 47.243.250 (quarenta e sete milhões, duzentos e vinte e três mil e duzentos e cinquenta liras), pelo agravamento do estado de saúde da vítima, que em virtude de suas constantes infecções nas vias urinárias e das dores causadas pela formação de cálculos renais, teve ao final o comprometimento de suas funções renais.

A Corte Suprema de Cassação Civil, na Sessão composta pelos magistrados: Dott. Giuseppe Scribano (presidente), Giovanni Mattiello (Rel. Conselheiro), Aldo Schermi, Giuseppe Tropea e Antonio Iannotta, pronunciou a sentença n. 6607, sobre o Recurso n. 8143-84, proposto pelo médico Tito Santarelli, contra a sentença da Corte de Apelação de Roma de n. 2.12.83-20.2.84 (R.G. 1718-81), esta, proferida em audiência pública realizada no dia onze de junho de 1986 no processo de indenização por erro médico, movido pela Sra. Santandrea e pelo seu marido contra o Hospital Civil S. Giovanni Battista de Zagarolo, o município di Zagarolo e o próprio recorrente.

Os pontos a serem destacados no caso acima, para fins do que se deseja defender nesta Tese, são dois: i) o fato de a Sra. Santandrea nunca mais poder ter a vida saudável e a vida de realizações que possuía antes do dano. Na verdade, a mesma passou longos períodos de tempo internada e sem ter o direito de gozar plenamente da vida, pois lhe foi retirado o direito à sua saúde, o direito a uma vida sem sofrimentos, o direito de se relacionar sexualmente com seu marido e o direito de ser mãe; ii) o fato do Sr. Lucidi ter sido indenizado em ação de indenização em nome próprio, pelo dano de nunca mais poder mais voltar a ter relações sexuais com sua esposa, como um direito bilateral, existente nas relações familiares dentro do

matrimônio, assegurado pelo artigo 29 da Constituição italiana. O Sr. Lucidi provou que dano provocado pelo Dr. Santarelli à sua esposa, causou uma consequência direta e imediata a si mesmo.

Art. 29. A República reconhece os direitos da família como sociedade natural fundada sob o matrimônio. O matrimônio é baseado na igualdade moral e jurídica dos cônjuges, com os limites estabelecidos pela lei à garantia da unidade familiar (ITÁLIA, 1958, tradução nossa).

No título II da mesma Constituição, que trata dos relacionamentos éticos – sociais, a família, ou melhor, uma formação social, fundada no matrimônio. Uma sociedade que vincula os sujeitos que dela participam, como uma organização intersubjetiva.

Estruturada no relacionamento dos cônjuges, os direitos invioláveis constitucionalmente garantidos àqueles são oponíveis entre eles e deles em relação a terceiros, que devem respeitar a formação social-familiar formada.

O dano à vida sexual, inserido no "dano a vida em relações" – apesar de não previsto no rol taxativo dos danos morais, estabelecidos pelo artigo 2.059 do Código Civil italiano – está compreendido no complexo de lesões causado à capacidade social da pessoa, tendo como consequência a diminuição dos hábitos e das relações sociais, incluídas nestas as de caráter familiar, em particular as relações físicas e sentimentais intercorrentes entre os cônjuges, no âmbito do matrimônio.

Partindo da premissa que o artigo. 2.059 do CC, juntamente com o 185 do CP italianos estabelecem expressamente que todo ato ilícito deve ser ressarcido, a expressão dano não patrimonial adotada pelo legislador é ampla e genérica, referindo-se a qualquer lesão que não seja eminentemente patrimonial. Estende-se a fim de compreender qualquer dano não suscetível de direta valoração econômica, nele compreendido o dano à saúde.

O direito à saúde, previsto no artigo 32 da Constituição italiana, portanto, não é somente de interesse individual, mas da coletividade. É um direito fundamental do indivíduo, aplicável também nos relacionamentos entre as pessoas.

A indenização não pode ser limitada às consequências incidentes sobre a atividade laboral, deve ainda compreender os efeitos da lesão ao direito independentemente de qualquer outra circunstância.

O direito à saúde é um direito da pessoa, enquanto Ser que possui relações extrínsecas, que proporciona condições ao seu completo desenvolvimento. Sob o

prisma do direito à saúde é que a integridade psicofísica é protegida, reconhecida e tutelada.

A Corte de Cassação, ao analisar o recurso do Sr. Lucidi proferiu o entendimento de que o direito da pessoa de se desenvolver em família era equiparado ao direito à saúde, como direito à integridade psicofísica. E como tal, lesado por um terceiro, o direito de se desenvolver em família causa a ambos os cônjuges a impossibilidade de manutenção quanto às relações sexuais. O dano que atinge um dos cônjuges, neste caso, de igual forma atinge o cônjuge que não sofreu o dano em si, mas foi direta e consequentemente atingido pelo mesmo em suas relações familiares, o casal deverá ser ressarcido e não somente um dos cônjuges, já que se trata de relacionamento interpessoal entre ambos.

Assim, foi decidido procedente o recurso do Sr. Lucidi pelas Sessões Unidas da Corte de Cassação em 4 (quatro) de julho de 1986.

4.3 III SESSÃO UNIDA DA CORTE DE CASSAÇÃO CIVIL, SENTENÇAS N. 8827 E 8828 DE 31 DE MAIO DE 2003

Até o ano de 2003 não havia uma interpretação constitucional para o art. 2.059, único artigo do Código Civil italiano que versa acerca das reparações civis por danos não patrimoniais (NEGRO, 2014a, p. 30).

A Corte de Cassação, a partir das decisões ns.º 8827-8828/2003 e 203/2003, ampliou a tutela do artigo 2.059 do CC para além das hipóteses tipificadas como dano moral. Houve a extensão das categorias de bens tutelados, excluindo-se apenas os danos causados em razão de uma causa excludente de antijuridicidade, a exemplo da legítima defesa (NEGRO, 2014a, p.30).

A Corte de Cassação, modificando seu entendimento anterior, esclareceu que os casos tipificados pelos artigos 2.059 do CC – apontado como fundamento legal utilizado para compensação do dano moral – e art. 185 do Código Penal, não poderiam restringir as hipóteses de proteção de danos contra à pessoa, pois não esgotavam todas as possibilidades de danos. O dano não patrimonial representado tão somente pelo dano moral não seria compatível com a busca à proteção integral da pessoa, porque existiam outros tipos de danos não patrimoniais que deveriam receber guarida na lei (NEGRO, 2014a, p.27).

O artigo 2.059 Código Civil inaugurou a possibilidade de indenização

proveniente de um dano extracontratual. Este surge quando uma pessoa, por uma ação ou por uma omissão, provoca um prejuízo a outrem, devendo reparar as consequências que deu causa.

Quando a tendência de um determinado ordenamento jurídico é a de aumentar a quantidade de situações de tutela da pessoa humana, novos direitos, antes não previstos expressamente, passam a receber interpretação constitucional. Foi o que ocorreu também com o art. 2043 CC que, a título de exemplo, solidificou o direito à privacidade na internet, o direito à identidade pessoal, o direito à saúde e o direito a um ambiente saudável.

As premissas acima expostas decorreram de mais um precedente jurisprudencial da III Sessão Unida da Corte de Cassação Civil, decorrente do julgamento das sentenças n. 8827 e 8828 de 31 de maio de 2003, conforme será narrado a seguir.

Em 1987 (A) e (B), em nome próprio e em nome do seu filho menor, (C), propuseram uma Ação de Indenização contra o professor (D), os médicos (E) e (F), a unidade de Saúde - U.S.L. (G) e o Hospital- L'Arcispedale (H) por danos conexos à tetrapresi espástica e à atrofia cerebral neonatal causada a (C).

A alegação era de que a enfermidade à criança (C) fora determinada por erros de diagnósticos e pelos comportamentos omissivos dos funcionários da parte sanitária do Hospital Arcispedale, que acompanharam e conduziram o parto cesáreo de (C), no dia quinze de abril de 1982.

O Tribunal de Emilia Romagna, baseado na perícia legal feita sob os fatos alegados na inicial extinguiu a demanda com a sentença n. 37 de 1996, sob os fundamentos de que: i) o Hospital Arcispedale não possuía autonomia jurídica subjetiva; ii) que o doutor (E) apenas havia participado da execução do parto cesáreo; iii) que o procedimento cesáreo fora realizado corretamente; iv) que houve a atenção adequada no procedimento da cesárea; v) descartada a alegação de que a cesariana havia sido tardia; e vi) por não considerar ter existido um erro de prognóstico.

A decisão acima foi reformada pela Corte de Apelação de Bolonha, que ao proferir a sentença n.º 177 de 22/2/2000 condenou o doutor (F) que, por sua imperícia contribuiu para a casualidade do evento culposos. Foram indenizados: i) o menor (C) a título de ressarcimento por danos biológicos e morais, liquidados conjuntamente; ii) o menor (C) a título de dano patrimonial até enquanto vivo for,

cujo valor seria reavaliado periodicamente; iii) os genitores (A) e (B), a título de ressarcimento pelo dano patrimonial causado diretamente a eles, até que o filho completasse 18 (dezoito) anos de idade; iv) a qualquer um dos genitores a título de ressarcimento por dano moral (sofrimento) e por danos resultantes de natureza existencial, correlatos à total reviravolta dos hábitos do nascente, da frustração de sua expectativa de uma vida familiar normal, de uma velhice serena, bem como a necessidade de atender às necessidades de uma criança permanentemente, reduzida a uma vida vegetativa. Conforme a narração dos fatos a seguir.

No dia quinze de abril de 1982, a Sra. (A) foi levada ao Hospital Arcispedale prestes a dar à luz uma criança, ao chegar ao referido nosocômio foi atendida pelo médico (F) que verificou através do cardiográfico a lentidão do batimento cardíaco do nascente, desde as 7h10. O médico precisava ser diligente, pois se os batimentos continuassem na mesma lentidão, por mais 10 minutos, ou seja, até as 7h20 seria necessário um parto cesáreo imediato.

Ocorre que o parto cesáreo só foi iniciado às 7h40 (20 minutos após o horário máximo fixado para sua prática). A cesárea terminou às 8h05.

A Corte de Apelação reconheceu a imperícia do ginecologista que não adotou as providências no momento certo e determinado, fixado em 10 minutos entre a primeira (7h10) e a segunda aferição dos batimentos cardíacos do nascente (7h20), além do mais só deu início ao parto cesáreo as 7h40, ou seja, 20 (vinte) minutos a mais do máximo de tempo estabelecido para tal. A Corte considerou que a omissão e imperícia médicas contribuíram diretamente para que a criança nascesse com sequelas.

Com base no parecer do perito, a Corte de Apelação declarou que nos primeiros sinais de sofrimento fetal, já haviam sido constatados os índices de asfixia do feto e que a consequência resultante da intensidade e da duração da asfixia foram decisivas para causar a cerebropatia e a produção de danos físicos e mentais ao nascituro. Este foi indenizado, em virtude da lesão cerebral que lhe fora causada, tendo sido fixado um valor mensal a ser pago aos seus genitores, até sua maioridade.

No montante total da indenização estava incluído o valor relativo à compensação das constantes e futuras despesas médicas e todos os demais custos para a prestação de assistência à vítima, 24h (vinte e quatro horas) por dia, haja vista o menor ter sido privado de sua capacidade de maneira absoluta,

impossibilitada de exercer por si só as mais elementares funções vitais, como se alimentar, falar ou andar. Para cada um dos responsáveis legais da criança fora fixada uma indenização, paga em virtude dos danos morais que lhes foram causados.

O valor arbitrado a título de compensação derivou das noções de experiência comum, auferíveis no meio em que a criança estava inserida. O valor foi equitativo e definido em razão da dificuldade ou da impossibilidade dos responsáveis legais provarem antecipadamente o valor específico das despesas que seriam projetáveis até os 18 (dezoito) anos de idade da vítima. Por este fato, a Corte consentiu na realização de uma valoração prognóstica e que a presunção do quantum indenizatório tivesse como base elementos objetivos, que deveriam vir a ser provado pela pessoa lesado, o que se justificou pelo fato do laudo pericial apontar para futuros gastos diferidos no tempo. Estes sim, inequívocos e irreparáveis, acrescendo-se-lhes valores decorrentes de situações extraordinárias.

Para fixação da indenização foram levados em consideração os hábitos, as expectativas e as necessidades perenes da criança, vítima do dano existencial. Em razão de ter sido impedida de se realizar como pessoa, da forma que poderia ou gostaria, em virtude da paralisia cerebral e das consequências desta paralisia durante a sua existência.

O dano existencial foi então definido como aquele decorrente de uma lesão à integridade psicofísica da vítima, determinável pela medicina como uma lesão decorrente de um ato ilícito, de natureza objetiva, causado sob os afazeres laborais do sujeito face ao empregador, que conduz à alteração dos hábitos e da estrutura relacional que eram próprios ao indivíduo lesado. O dano existencial depende de prova do ilícito, das consequências deste e de que modo o dano incidiu negativamente na vida do sujeito.

O dano existencial foi configurado como uma lesão ao direito que a pessoa possui de desenvolver, de forma livre: i) suas atividades humanas; e ii) a expressão de sua personalidade.

O dano existencial é considerado recente, pois seus precedentes foram as sentenças n. 8828 e 8827, proferidas pela III Sessão Unida da Corte de Cassação, em 31 (trinta e um) de maio 2003.

Nas decisões acima mencionadas – as Sessões Unidas da Corte de Cassação Italiana – ao reconhecer a necessidade de interpretação ampliativa ao art.

2 da Constituição e definir que a tutela jurídica da pessoa deve ser reconhecida, independentemente do dano ter sido provocado a direitos expressamente ali previstos – declarou que no conceito de dano à pessoa deve estar compreendida toda e qualquer lesão aos valores existenciais do indivíduo.

A Corte ressaltou que, se o artigo 2 da Constituição ocupa uma posição preeminente em relação a todas as demais normas, não haveria que se questionar a interpretação do art. 2.059 do CC. O caso foi solucionado pela simples aplicação direta da Constituição, pois no art. 2 estão reconhecidos e garantidos os direitos invioláveis do homem, sejam eles expressos (explícitos) ou tácitos (implícitos).

Logo, apesar de implícitos (por não serem mencionados diretamente), direitos como a correta informação (incluído o direito à contrapropaganda), o direito à liberdade (nele compreendidos as torturas, o tratamento desumano, cruel e degradante), o direito à privacidade (em seu sentido mais amplo, para abranger a proteção dos dados pessoais), o direito à saúde (em sua acepção coletiva), o direito à família (que abrange as situações existenciais e bilaterais entre os cônjuges). Em suma, qualquer dano moral ou existencial causado à pessoa são espécies do gênero do dano não patrimonial e por isso devem ser ressarcíveis.

A sentença da Corte de Cassação prosseguiu, no sentido de examinar a questão do ressarcimento da perda de relação familiar, como um dano conjunto à intangibilidade da esfera de afeto; da intangibilidade ao direito à recíproca solidariedade dentro do âmbito familiar; e da inviolabilidade do livre e pleno desenvolvimento da atividade de realização da pessoa no âmbito de uma peculiar formação social, constituída pela família. Dano este que pode causar lesões diversas às pessoas que estão ligadas entre si, por um vínculo parental. Dano este, constitucionalmente tutelado pelos artigos 2, 29 e 30 da Constituição da República Italiana.

Para a valoração equitativa foi levada em consideração a intensidade dos laços familiares e a situação de convivência, após a lesão. Da mesma forma, a possibilidade de diminuição na consistência do núcleo familiar e a mudança nos hábitos cotidianos da vítima, como o correlacionamento com as demais pessoas, em lugares, tempo e situações diversas. Bem como, a eliminação do potencial inter-relacional da relação parental (dos pais com a filha) foi resultado direto do estado a que a criança foi reduzida.

A sentença se referiu ao dano causado pelo cerceamento do pleno

desenvolvimento das normais expectativas dos genitores, quanto à vida saudável da criança, e não as expectativas relativo a um contributo econômico futuro e incerto que, na idade adulta a vítima poderia ou não vir a fornecer.

Entendeu a Corte que, na presença de uma lesão a um interesse constitucionalmente protegido, a liquidação do dano não patrimonial deve referir-se também aos prejuízos ulteriores, consistentes na privação da reciprocidade afetiva (própria e estrita à relação familiar). A solução foi baseada no mais amplo sentido de modalidade de realização da vida do indivíduo, considerados os valores e os sentimentos presumidos de uma relação parental.

Logo, as sentenças n. 8827 e n. 8828/2003 redefiniram as opiniões, os pressupostos tradicionais e o conteúdo do ressarcimento do dano não patrimonial.

Quanto aos pressupostos do recurso, a Corte de Cassação afirmou que o dano não patrimonial é ressarcível, não apenas nos casos expressamente previstos pela lei, mas todas as vezes que o dano, não sendo suscetível de valoração econômica, tenha causado uma lesão de relevo constitucional, a um interesse ou a um valor da pessoa, ocasião em que se aplica diretamente o artigo 2 da Constituição.

Quanto ao conteúdo do recurso, declarou a Corte que o dano não patrimonial constituía uma categoria unitária e distinta dos diversos tipos de prejuízo, como o biológico e o moral.

Por fim, a Corte de Cassação decidiu pela soma e sobreposição do dano existencial em relação ao dano moral e entendeu que dano biológico, em sua mais ampla acepção era reflexo do dano moral. Ao valor do dano moral foi somado o valor relativo ao dano existencial, consistente na piora ou impossibilidade da vítima em exercer suas atividades cotidianas, somada às necessidades de manutenção material e moral resultante das lesões de caráter permanente e irreparável causadas em sua vida.

Diante da orientação acima, o recurso especial prosseguiu para a Corte Constitucional que, através da sentença n. 233/2003 declarou não fundada a questão de legitimidade constitucional do art. 2.059 do CC, ao tempo que reconheceu, expressamente, a categoria do dano existencial, como subcategoria do dano não patrimonial.

O direito recíproco de qualquer um dos cônjuges ao relacionamento sexual com o outro, como foi visto, é um direito inerente à pessoa, um direito relativo a um

conteúdo, a um modo de ser, a um aspecto do comportamento e desenvolvimento da pessoa de cada um deles, no âmbito da família, dentro da sociedade natural fundada no matrimônio, formação social onde se desenvolve a personalidade do indivíduo, cujos direitos invioláveis são constitucionalmente reconhecidos e garantidos. Direitos estes no aspecto do seu ser e atuar na família, equiparados ao direito à saúde, como um direito à integridade psicofísica. E dessa forma, tendo sido lesado por ato doloso ou culposo de um terceiro, que, causando ao outro cônjuge, a impossibilidade de manter relações sexuais que o atingiriam, pode ser ressarcido por tal dano, o qual não se caracteriza como patrimonial, mas, tampouco, como não patrimonial, porém compromete de tal maneira o modo de ser e desenvolver da pessoa que, sob este aspecto, por si só, é somente reparável como um dano à sua existência.

A sentença em questão esclareceu que na definição de dano não patrimonial estão incluídos os danos existenciais e moral e que há diferenças entre tais danos. Mais do que consequência de uma responsabilidade aquiliana, o dano existencial tem natureza irreparável e irresarcível, causado por terceiro, que se protraí na vida da vítima. É possível fixar a data de seu início, mas a continuidade atemporal ocasiona um cerceamento irreversível de um projeto de vida familiar conjunta. Não houve forma de compensar efetivamente o prejuízo, pois enquanto durar as consequências ocasionadas pela lesão à saúde da vítima, o dano sempre estará presente.

A saúde é um direito que deve ser garantido a todas as pessoas, independentemente das condições econômicas daquele que foi lesado, ou seja, é um direito no seu aspecto estrutural, não direcionado especificamente à produção de renda.

A saúde é vista como um interesse individual à proteção da integridade psicofísica, mas também é de interesse coletivo, como um direito primário e absoluto, devendo ser respeitado entre os particulares; é de aplicação concreta.

O direito à saúde, na Itália, se sujeita a um conteúdo existencial, diretamente tutelado pelo artigo 32 da Constituição daquele país:

Art. 32. A República tutela a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse básico da coletividade e garante assistência gratuita aos indigentes. Ninguém poderá ser obrigado a um determinado tratamento sanitário, a não ser por disposição de lei. A lei não poderá em nenhum caso violar os limites impostos pelo respeito à pessoa humana (ITÁLIA, 1958, tradução nossa).

Não existe contraposição entre os artigos 32 e 24 da Constituição italiana, enquanto instrumentos de tutela do direito à saúde, porque da mesma maneira que é dever daquela República tutelar o direito à saúde como direito fundamental pertencente a toda coletividade, é assegurado a todos, independentemente de sua condição financeira, o direito de ingressar em juízo para requerer a prestação jurisdicional de seus direitos e interesses legítimos.

Art. 24. Todos podem agir em juízo para requerer a tutela dos próprios direitos e interesses legítimos. A defesa é um direito inviolável em cada estado e grau de procedimento. São segurados aos que não tem como pagar às instituições, os meios para agir e se defender judicialmente. A Lei determina as condições e os modos para a reparação dos erros judiciários (ITÁLIA, 1958, tradução nossa).

Nessa época, a jurisprudência italiana, ao afirmar que o direito à saúde era um direito fundamental, determinou que qualquer dano a este direito era considerado ressarcível.

O aumento das hipóteses de danos ressarcíveis reconduziu o ordenamento jurídico italiano à interlocução entre os artigos 2.043 e 2.059 do Código Civil; e o dano moral passou a ser limitado às lesões proveniente de atos ilícitos (ou o que se denomina de crime, na esfera penal).

Pela primeira vez, reconhecia-se no art. 2.043 do CC o dispositivo legal apto a fundamentar o pagamento de uma indenização (o dano imaterial não estaria mais, necessariamente relacionado ao ilícito penal (crime), segundo o previsto no art.185 do Código Penal italiano (SOARES, 2009, p.42).

No Código Civil Italiano, o dano não patrimonial (que abrange o direito à saúde) está previsto no art. 2.059.

Tal interpretação decorre do fato de que o dano moral é uma das possibilidades de ressarcimento das lesões aos direitos humanos. Estes vão além dos danos morais e vêm definidos como “Danos pessoais”, os quais afetam não um bem economicamente considerado, mas a vida ou a integridade física do lesado (FLAMINI, 2009, p.11).

4.4 SESSÃO UNIDA DA CORTE DE CASSAÇÃO, SENTENÇAS N. 26972 E 26973, DE 11 DE NOVEMBRO DE 2008

As sentenças gêmeas de 2008 são consideradas um relevante marco histórico para a mudança das orientações jurisprudenciais anteriores, em matéria de

ressarcimento do dano não patrimonial.

O efetivo ponto de partida para o estudo do dano existencial – no que diz respeito à sua aplicabilidade - foram às sentenças n. 26972 e 26973 proferidas pela Sessão Unida da Corte de Cassação, em 11 (onze) de novembro de 2008, conhecidas como Sentenças Gêmeas de San Martino.

Mais que à tradicional vida de relações, as sentenças acima discorreram sobre o dano existencial. Este incidente sobre a vida quotidiana da vítima, entendido como um prejuízo resultante de um ato ilícito, sobre a vida em relações e sob os seus projetos existenciais. Estabeleceram, também, que o dano não patrimonial constituía um modelo unitário, cujas categorias eram apenas descritivas.

Proferidas pelo Presidente Carbone e pelo Relator Preden, as sentenças de San Martino representaram não só um novo precedente para a reafirmação do dano existencial, mas também se caracterizaram como pontos gerais de reexame e de aprofundamento: i) dos pressupostos; ii) do conteúdo; e iii) da noção de dano não patrimonial. Entre outras particularidades, foi contestado o sistema ressarcitório bipolar (dos danos patrimoniais e não patrimonial).

Da análise das sentenças chegou-se ao conteúdo do dano não patrimonial. Este, composto por três elementos: i) o dano moral subjetivo, no qual estão inclusos a dor e o sofrimento interior; ii) o dano biológico, não mais visto sob a assertiva ampliada pela Organização Mundial de Saúde; e iii) o dano existencial.

O dano existencial é caracterizado pela alteração de hábitos, pela modificação do singular modo da pessoa se desenvolver em sociedade e por privar o indivíduo da realização de sua personalidade, no mundo externo. Como se verá a seguir, a partir da narração dos fatos que conduziram a prolação da sentença n. 26972.

A sentença n. 26972, proferida em 11 de novembro de 2008 foi oriunda de uma ação de indenização interposta pelo Sr. L.A, em maio de 1989 sob a alegação de que o doutor F.S e a U.S.L.L de Vicência, por ocasião de uma intervenção cirúrgica para a retirada de sua hérnia inguinal esquerda, causou-lhe um dano irreparável, representado pela atrofia de seu testículo esquerdo. O autor demonstrou, através de pareceres médicos legais que, mesmo após terapias analgésicas (que se revelaram inúteis) teve a amputação de seu testículo esquerdo, em junho de 1990.

Em março de 1992 Corte de Apelo de Veneza reconheceu que a segunda

intervenção cirúrgica - na qual a vítima perdeu o seu testículo esquerdo - foi consequência direta dos erros médicos da primeira cirurgia.

Em 9 (nove) de julho de 1998, o Tribunal de Vicência condenou os réus a indenizarem o autor em decorrência do dano biológico, que lhe fora causado.

A Corte de Apelo de Veneza, ao julgar o recurso interposto pelos réus contra a sentença n. 1933/04, rejeitou a existência do dano biológico causado ao Sr. L.A, declarou que o laudo técnico foi equivocado e que a perda do testículo não havia incidido sobre a capacidade reprodutiva da vítima. Foi declarada a existência de um dano permanente e limitado à integridade física do autor, cuja indenização representou 6% (seis por cento) do pedido de liquidação do dano existencial (pedido este, formulado pela primeira vez em grau de apelação). Mas por entender que o dano existencial constituiu um pedido novo, a Corte de Apelo o inadmitiu.

Um agravo e um recurso especial foram interpostos à Corte de Cassação, que na audiência de 19.12.2007 reconheceu questões de particular importância no recurso, em relação ao dano existencial. Os recursos foram remetidos à Sessão Unida da Corte de Cassação, tendo esta reconhecido que a jurisprudência da Corte era favorável à tese doutrinária que reconhecia a configuração do dano existencial, como categoria autônoma de dano não patrimonial.

Outras decisões de legitimidade admitiram a configuração de um *tertum genus* de dano não patrimonial, definido como dano existencial. Este estaria presente todas as vezes que o dano for resultado de um ato ilícito e que tenha como consequência o comprometimento das atividades de realização da pessoa humana (como a lesão da serenidade familiar ou de viver em um ambiente saudável).

Entre as decisões relevantes, em tal sentido estão as sentenças da Corte de Cassação n. 7713/2000, n. 9009/2001, n. 6732/2005, n. 13546/2006, n. 2311/2007 e a sentença da Sessão Unida n. 6572/2006, que definiram o dano existencial como a lesão no fazer de coisas não patrimoniais, distinguindo-o do dano moral.

Porém, o julgamento das Sentenças de San Martino fez surgir uma corrente dissidente, que negava o reconhecimento do dano existencial. Esta corrente salientava que, nos casos de lesões aos valores da pessoa constitucionalmente garantidos, não poderia ser aplicado outro dispositivo legal a não serem os artigos 2.059 do CC, que já apresentava em seu conteúdo, expressamente tipificadas, quais seriam as lesões aos direitos não patrimoniais. Assim, não sendo considerado um dano não patrimonial - nos moldes do artigo 2.059 do CC - a indenização pelas

lesões advindas do dano seria cabível somente nos casos em que as mesmas tivessem sido decorrentes da prática de um ato ilícito, ocasião em que se aplicaria o 2.043 do CC.

Para esta corrente, não seria possível a concepção de categorias generalizadas, como o dano existencial, porque o reconhecimento deste tipo de dano terminaria por retirar o caráter da tipicidade do dano não patrimonial. Entre as decisões que expressaram essa orientação, estavam as sentenças da Corte n. 15760/2006, n. 23918/2006, n. 9510/2006, n. 9514/2007, n. 14846/2007.

Diante da existência de uma orientação contraposta ao dano existencial, as Sessão Unida foi chamada a se pronunciar sobre os oito quesitos abaixo:

a. É concebível um prejuízo não patrimonial, diverso do dano moral e do dano biológico?

b. É concebível um prejuízo não patrimonial diverso do dano moral e do dano biológico, consistente na lesão de questões íntimas e interiores da vítima, decorrentes estas de lesão aos valores constitucionais?

c. Seria correto revisar as características dos prejuízos sofridos? Seria necessária a comprovação da subsistência de uma grave ofensa a um valor da pessoa? Além da gravidade, haveria a análise da permanência das consequências causadas pelo dano?

d. Se a teoria que aponta para o dano não patrimonial “típico” é correta, estaria negada a concepção do dano existencial? Seria correta a teoria segundo a qual o dano existencial é ressarcível, não só no âmbito contratual, mas significativamente no âmbito das relações de trabalho? Deveria se afirmar, de modo mais geral, o princípio segundo o qual o dano existencial encontra cidadania e concreta aplicação no campo do ilícito contratual aquiliano?

e. É ressarcível um dano não patrimonial que incida sobre a saúde como um todo, e não somente à integridade psicofísica? É ressarcível a lesão à sensação de bem estar?

f. Quais devem ser os critérios de liquidação do dano existencial?

g. O dano existencial consistiria em uma peculiar categoria do dano não patrimonial, do dano tanatológico ou do dano de morte imediata?

h. Quais seriam os encargos, a prova e os impostos aplicáveis à demanda de reparação do dano existencial? O ressarcimento do dano não patrimonial ocorreria apenas nos casos elencados no art. 2.059 do CC? O dano não patrimonial que não

esteja previsto naquele artigo, não seria ressarcido? Se fosse ressarcido, teria de sê-lo na esfera exclusivamente penal, segundo o previsto no artigo 185 do CP?

Art. 185 Restituições e ressarcimentos do dano. Cada crime obriga a restituição, a norma da legislação civil. Cada crime que haja ocasionado um dano não patrimonial obriga o culpado a ressarcir as pessoas que, a norma das leis civis deve corresponder ao fato por ele praticado (ITÁLIA, 1958, tradução nossa).

Como respostas às questões levantadas acima, a Corte de Cassação; i) reafirmou o que já havia pronunciado nas Sentenças de San Martino, quanto ao reconhecimento da aplicação do dano existencial; ii) superou as práxis dos juízes de mérito (de 1º Grau), em sede material de quantificação do dano não patrimonial; iii) determinou que o dano biológico, o dano moral e o dano existencial são danos distintos entre si; e iv) esclareceu que o dano existencial não poderia ser entendido como o prejuízo às atividades remuneradas da pessoa, mas somente como prejuízo às atividades cotidianas e habituais de um indivíduo.

O dano existencial passou a ser utilizado como padrão de referência para a definição da noção e do conteúdo do dano não patrimonial (Raccolta di Giurisprudenza, Ufficio Milano). Reconhecido pela doutrina e aplicado pela jurisprudência, o dano existencial foi responsável por preencher um importante vazio no sistema da responsabilidade civil, inserindo uma nova possibilidade de ressarcimento ao dano não patrimonial, diverso do dano moral, que tutela a pessoa contra danos permanentes e irressarcíveis à sua existência (dano existencial).

Além de o dano existencial ter ganho destaque no ordenamento jurídico italiano, foi demonstrado que ele não é somente um elemento mais amplo que o dano biológico, mas que dele difere, por ser outra categoria de dano, suscetível de ressarcimento.

O dano existencial foi reconhecido como um novo tipo de dano, derivado de um ato ilícito, na presença de uma injustiça constitucionalmente qualificada, que seja capaz de causar uma mudança na vida cotidiana do sujeito, no seu projeto de vida e na sua vida de relacionamento, seja ela de esfera sexual, afetiva, familiar ou social.

O dano existencial se apresenta como a juridicização do dano que impõe ao lesado o trânsito em direção a outras modalidades organizativas, que não estavam previstas no modo em que a vítima havia escolhido para se autodeterminar, que causa a esta vítima sacrifícios, renúncias, abnegações pessoais difusas, restrição de seu projeto de vida e exílio mais ou menos definido, a depender da extensão do

prejuízo causado.

Com as Sentenças de San Martino de 2008 foi reafirmado que o dano não patrimonial é ressarcível independente de estar previsto expressamente na lei, pois a ressarcibilidade do dano deve ser admitida em cada caso concreto, a partir da comprovação de que o ato ilícito tenha atingido - de modo grave e irreparável- um direito da pessoa, diretamente tutelado pela Constituição. Por isso, o dano não é pré-definido como existencial, ele é assim caracterizado ao preencher os requisitos que lhe são próprios a serem reconhecidos no caso concreto.

Não basta a comprovação da existência de uma lesão à integridade psicofísica medicamente determinável, o dano existencial deve representar uma lesão (não meramente emocional e de natureza interna, mas objetivamente verificável), capaz de alterar a vida cotidiana da vítima, os seus hábitos e a sua estrutura relacional. Repercutindo na escolha de uma vida diversa da que tinha antes, de sua expressão e da realização da sua personalidade no mundo exterior.

5 O RECONHECIMENTO DO DANO EXISTENCIAL PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. PRECEDENTES EMBLEMÁTICOS

5.1 Caso Loayza Tamayo vs. Perú; 5.2 O caso Guitiérrez Soler vs. Colômbia; 5.3 Caso Cantoral Benavides vs Peru; 5.4 Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso I.V. vs. Bolívia.

A filosofia da existência postula que a liberdade constitui o homem em si mesmo. Esta liberdade é o que o diferencia, radicalmente, dos demais seres da natureza e o aoutorga dignidade. Trata-se de uma potencialidade que nos permite decidir, eleger e depois de valorar, entre muitas possibilidades de vida, aquilo que, precisamente, chamamos de projeto de vida ou projeto existencial (Sessarego, 2011, p. 54, tradução nossa).

Entre 1998 e 2001 a Corte Interamericana de Direitos Humanos de San José de Costa Rica proferiu sentenças a nível internacional e vinculantes para o Brasil como membro signatário. Algumas dessas decisões foram escolhidas como premissas a reforçar esta Tese, pois foram sentenças emblemáticas no que diz respeito ao dano ao projeto de vida, aplicado como forma de indenizar as vítimas.

Portanto, a partir das sentenças a seguir analisadas será demonstrado como se dá a aplicação das condenações em virtude de danos que causaram um verdadeiro impedimento e cerceamento na maneira em que as vítimas se projetavam no mundo em que vivem e com as pessoas com quem se correlacionavam.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao julgar os casos sobre o dano ao projeto de vida, adotou - particularmente como pontos paradigmáticos de suas decisões-quatro tópicos centrais: i) o momento no tempo e em que tipo de sociedade o dano ao projeto de vida fora causado, diante do maior ou menor reconhecimento dos direitos humanos; ii) o momento no tempo e em que tipo de sociedade a pessoa estará vivendo após o dano ao seu projeto de vida; iii) a necessidade de se manter nos registros da Corte a memória quanto danos causados pelos Estados que dela fazem parte; e d) consciência e a busca do perdão, pelo Estado - causador do dano - à vítima contra a qual o dano ao projeto de vida foi causado.

Foi tomada de início a sentença proferida em novembro de 1997, no caso “María Elena Loayza Tamayo” contra o Estado do Peru, em razão da Corte mencioná-la como a sentença, historicamente mais antiga a tratar do dano ao projeto de vida.

5.1 CASO LOAYZA TAMAYO VS. PERÚ

Trata-se de um caso emblemático sobre os direitos das mulheres no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, com sentença emitida pela Corte Interamericana em 1997.

María Elena Loayza Tamayo, professora universitária, foi detida por integrantes da Divisão Nacional contra o Terrorismo (DINCOTE), juntamente com um familiar de nome Ladislao Huamán Loayza, no Peru.

A vítima foi detida sem qualquer ordem de autoridade judicial competente, baseada em uma suposta colaboração da Sra. Loayza com o grupo subversivo Sendero Luminoso.

A vítima permaneceu detida por 20 (vinte) dias (de 6 a 26 de fevereiro de 1993), na sede da divisão Nacional contra o Terrorismo. Durante este o período de tempo, o qual passou 10 dias incomunicável com sua família, sem ter acesso a um advogado ou colocada à disposição de um juiz competente.

No decorrer desses mesmos dez dias a Sra. Loaysa foi submetida a torturas, tratamentos cruéis e degradantes e a outros procedimentos ilegais, como violência sexual durante horas da noite - pelos efetivos da DINCOTE - tudo praticado com a finalidade de que a mesma declarasse pertencer ao Partido Comunista do Peru, especificamente do grupo Sendero Luminoso.

A família da Sra. Loaysa tomou conhecimento da sua detenção somente em 8 de fevereiro de 1993, através de um telefonema anônimo.

No Peru, àquela época, existia um decreto que disciplinava os delitos de traição à pátria que fossem relacionados com o terrorismo, por causa desse decreto foi proibida a apresentação do recurso de habeas corpus (para saber o paradeiro da Sra. Loayza), e foi proibida a interposição de qualquer ação a seu favor.

A família da Sra. Loaysa tomou conhecimento de sua detenção somente em 8 (oito) de fevereiro de 1993, através de um telefonema anônimo.

No Peru, àquela época, vigia um decreto que disciplinava os delitos de traição à pátria ou os relacionados com o terrorismo. Por força por desse decreto foram proibidas: i) a apresentação do recurso de habeas corpus para que fosse conhecido o paradeiro da Sra. Loayza; e ii) a interposição de qualquer ação em seu favor.

A vítima foi processada e acusada do delito de traição à pátria, pela jurisdição militar em 25 de fevereiro de 1993. Já no dia seguinte foi condenada pelo delito de

traição à pátria, foi apresentada à imprensa vestida com trajes de listras (usado por condenados), além de ter sido conduzida ao Centro Penitenciário de Segurança Máxima para Mulheres, em Chorrillos.

Após ser submetida a vários procedimentos perante a justiça militar, foi absolvida em 24 de setembro de 1993. O seu caso passou a ser tratado posteriormente na justiça ordinária, onde foi condenada a 20 (vinte) anos de prisão.

Este caso foi denunciado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que enviou comunicados ao Estado do Peru para solicitar do mesmo informações sobre o caso. O Estado do Peru se negava a responder as demandas da Corte sob a alegação de que ainda não haviam sido esgotados os recursos na justiça interna daquele país e por isso não poderia receber a denúncia.

Em 2 de julho de 1996, a Corte Interamericana de Direitos Humanos expediu a resolução de medidas provisionais de proteção em favor de María Loayza Tamayo, e assegurou eficazmente sua integridade física, psíquica e moral.

Apenas no dia 17 de setembro de 1997, a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu uma sentença na qual declarou culpado o Estado do Peru pela violação aos direitos de liberdade, de integridade pessoal, e às garantias judiciais cometidas contra a Sra. Loaysa.

Após 4 (quatro) anos e 7 (sete) meses, contados desde à sua detenção, a Corte ordenou que a Sra. María Elena Loayza Tamayo fosse posta em liberdade, restituída e reincorporada ao seu trabalho, como professora universitária; e condenou o Peru a pagar uma indenização equivalente a soma dos salários de outras remunerações que ela deixou de receber pelo tempo em que esteve detida, atualizados, tendo como base a data da sentença emitida pela Corte.

O Estado do Peru foi ainda condenado a investigar os fatos do caso, a identificar, a punir os responsáveis e a adotar disposições de direito interno para assegurar o cumprimento desta obrigação. A condenação contemplou também o pagamento de uma indenização à vítima e seus familiares.

Este caso representou um fato histórico em matéria de reparação de danos causados ao ser humano. Foi a primeira vez que a Corte analisou de forma profunda e extensa o dano a “projeto de vida”.

Não obstante o primoroso e acurado exame efetuado pela Corte sobre o “dano ao projeto de vida”, e ter considerado María Elena Loayza vítima de tal dano, a sentença equivocadamente se absteve de fixar uma indenização que pudesse ter

o caráter preventivo ou repressivo ao Estado do Peru, a fim que o mesmo se abstinhasse de provocar novas lesões da mesma natureza e de que viesse a conduzir o Estado do Peru a não voltar a cometer tal dano. A Corte alegou a carência de precedentes - em termos de dano ao projeto de vida - que lhe pudessem fornecer parâmetros hábeis à fixação de uma reparação integral de tal dano.

Para a Corte, o “dano ao projeto de vida” de María Elena Loayza Tamayo atentou contra seu desenvolvimento pessoal e profissional, factíveis em condições normais, que lhe foram “impostos de forma injusta e arbitrária, com violação das normas vigentes e da confiança que pôde depositar nos órgãos do poder público obrigados a protegê-la e a brindar de seguridade para o exercício de seus direitos e a satisfação de seus legítimos interesses.

A Corte comprovou que no caso da Sra. Loayza ficaram evidentes que o dano ao seu projeto de vida violou e impediu a realização de sua existência, causando danos irreparáveis à sua vida; danos que a obrigaram interromper seus estudos deixou - a em difícil situação econômica e provocou-lhe graves e permanentes lesões psicofísicas, que ser protraíram sem qualquer limite temporal em sua vida.

A Corte concluiu e se pronunciou no sentido de que o conjunto de circunstâncias diretamente atribuíveis aos fatos violadores que foram examinados por esta Corte, alteraram de forma grave e provavelmente irreparável a vida da Sra. Loayza Tamayo, e a impediram de alcançar as metas de caráter pessoal, familiar e profissional que razoavelmente podia fixar para si (OEA, 1997, p. 118).

Em sua decisão, a Corte revelou que o Estado do Peru retirou da Sra. Loayza suas opções ou possibilidades existenciais que o ser humano tem diante de si, como garantia da liberdade que a pessoa tem de determinar como quer e como irá projetar sua vida para o futuro. Esta liberdade é encarada pela Corte como o direito que pessoa tem de decidir e eleger, a partir de sua valoração prévia e em meio ao conjunto de opções existenciais, aquela que vai determinar o seu futuro e que acompanhará sua vida.

O decidir o futuro escolhendo livremente entre as opções que ele apresenta é o que torna possível se falar em “projeto de vida”. Cada pessoa pode atribuir ao seu projeto de vida um maior ou menor valor existencial ou um maior ou menor valor econômico. A realização do projeto de vida é protegida juridicamente por ser direito de todos e de cada um - individualmente - decidir o que fazer da sua vida, como traçará o seu destino.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos considera razoável afirmar que fatos que impeçam ou obstruam de forma substancial o desenvolvimento do indivíduo, constituem um dano ao projeto de vida. Este consistiria em uma ruptura, cerceamento, impedimento da expectativa razoável e acessível no caso concreto, que venha a implicar a perda ou o grave menoscabo de oportunidades de crescimento pessoal, de forma irreparável ou muito dificilmente reparável ao indivíduo que foi vítima do de tal dano.

O dano ao projeto de vida é aquele capaz de mudar drasticamente o curso da vida da pessoa que o sofreu, impondo novas e diversas circunstâncias, modificando os planos e projetos que uma pessoa havia formulado, sob as condições em que ordinariamente desenvolve a sua existência.

Esse dano pode estar representado por uma restrição ou uma limitação, que frustre de forma permanente ou que venha a retardar a realização da pessoa no tempo e no meio em que ela vive.

Sem previsão do dano ao projeto de vida, como seria arbitrada a *restitutio in integrum* como forma de reparação do dano material? Como se procederia a reabilitação da vítima como forma de indenização pelo dano moral e ao projeto de vida?

As respostas a esses questionamentos só podem ser dadas diante da ocorrência concreta de um dano ao projeto de vida, para que então seja fixado o seu ressarcimento. É o que será visto no último capítulo da Tese.

5.2 O CASO GUTIÉRREZ SOLER VS. COLÔMBIA

Dentre os mais importantes casos decididos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos com relação às torturas, aos tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, encontra-se o Caso Wilson Gutiérrez Soler vs. o Estado da Colômbia.

Wilson Gutiérrez Soler, comerciante de profissão, nos primeiros dias do mês de agosto de 1994 informou às autoridades bolivianas competente sobre como uma rede de lojas estava evadindo impostos.

Em 24 de agosto de 1994, Gutiérrez Soler foi a uma reunião com o dono dessas lojas, este insistiu para que aquele revelasse a fonte de sua informação, oferecendo-lhe dinheiro para isso. Indignado, Soler levantou-se da mesa onde estavam conversando, não aceitando a quantia em dinheiro (suborno). O dono do

local havia se prevenido, para caso houvesse tal recusa, inverteu a situação dos fatos e denunciou o senhor Soler por tentar extorqui-lo. Nesse exato momento, chegou ao local um comando do órgão anti-extorsão e sequestro da Polícia daquela época, chamado Unase (Unidad Nacional Antiextorsión y Secuestro de la Policía Nacional).

Os membros da Unase levaram o detido para uma Unidade da Polícia, no centro de Bogotá, onde o Sr. Wilson foi colocado em um quarto escuro e úmido (porão) e algemado uma caixa de água, onde foi interrogado pelo comandante da Unase, o Coronel Luís Gonzaga Enciso Barón, e pelo primo deste, seu primo, o ex-tenente coronel do Exército, Ricardo Dalel Barón.

Em 25 de agosto de 1994, o senhor Ricardo Dalel Barón - que havia participado das torturas contra o Sr. Soler - apresentou uma denúncia ao comandante da Unase, o Coronel Luís Gonzaga Enciso Barón, alegando que o Sr. Soler teria tentado extorqui-lo.

Apresentada a denúncia contra o senhor Gutiérrez Soler, este foi coagido a assumir sua culpa pelo suposto delito de extorsão. Como o Sr. Soler se negou a fazer sua confissão de culpa, os Srs. Enciso Barón e Dalel Barón tiraram-lhe as roupas, o torturaram, introduziram um objeto contundente no seu ânus e provocaram queimaduras no seu pênis.

Após ter sido torturado, o Sr. Wilson Gutiérrez Soler assinou - sob constrangimentos morais e materiais e sem a presença de um advogado - uma declaração de auto-culpa. Essa declaração, obtida mediante tortura, serviu de base para que, em 2 de setembro de 1994, a denominada Justiça Regional desse início a um processo contra o Sr. Gutierrez pelo delito de extorsão. Pelo qual foi sentenciado a pena privativa de liberdade.

Em 20 de janeiro de 1995, a “Fiscalía Regional Delegada” (Promotoria), pediu ao Tribunal Superior da Colômbia a revogação da prisão e a colocação do Sr. Soler em liberdade, vez que em sua denúncia havia várias contradições e, portanto não se poderia dar à referida denúncia, a devida credibilidade. Em 26 de agosto de 1994, o senhor Wilson Gutiérrez Soler (ainda preso), já havia denunciado à Fiscalía Regional Delegada (Promotoria) as torturas as quais padeceu no dia 25 de agosto de 1995 e apresentado uma queixa contra o senhor Dalel Barón e o coronel Enciso Barón, diante um assessor da Procuradoria Delegada para os Direitos Humanos.

Em 6 de maio de 1999, foi emitida uma sentença penal contra o Sr. Gutiérrez Soler, mas a ordem de captura foi revogada após apelação da defesa.

Finalmente, em 26 de agosto de 2002, transcorridos 8 (oito) anos, contados desde o momento da sua detenção inicial, o Juzgado Octavo Penal del Circuito Especializado de Bogotá decidiu absolver o Sr. Soler do delito de extorsão.

Foi provado que o Sr. Ricardo Dalel Barón - primo do Coronel Luís Gonzaga Enciso, e o mesmo que denunciou o Sr. Soler por crime de extorsão - foi o autor das torturas e o responsável pela perda da capacidade laboral do Sr. Soler, pelo período de 18 (dezoito) dias. Provada ainda a participação direta do Coronel Luís Gonzaga Enciso nas torturas causadas ao Sr. Soler. O Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses, verificando as queimaduras causadas no órgão genital do Sr. Soler, declarou que as circunstâncias de saúde do acusado impunham que fossem apontadas maiores fundamentações quanto à sua captura.

Apesar das denúncias oferecidas pelo Sr. Wilson Gutiérrez Soler à Corte Interamericana de Direitos Humanos, pelas torturas e pelos tratamentos cruéis recebidos, tendo o Sr. Soler provado que a sua situação de seus familiares foi agravada por parte do Estado, através ameaças, fustigações, vigilância, detenções, ordens de busca e acusações de atentados contra a vida e integridade pessoal contra a sociedade; seus familiares não foram devidamente investigados.

Em decorrência da situação acima, o senhor Wilson Gutiérrez Soler e seu filho se exilaram nos Estados Unidos da América, onde hoje residem. A família do Sr. Ricardo Gutiérrez Soler (irmão de Wilson Soler) ainda vive na Colômbia, mas teve de se separar e se mudar, em decorrência das constantes perseguições sofridas.

As ameaças, as fustigações e as agressões, iniciadas em 1994, colocaram a vida e a integridade pessoal do senhor Wilson Gutiérrez Soler e de vários de seus familiares em grave risco. Provocou uma profunda alteração na dinâmica da família e de seu conjunto. O Sr. Soler e toda a família estiveram sob o temor constante de que danos físicos e psicológicos lhes fossem causados, a qualquer momento, pelo Estado colombiano.

O Sr. Wilson Gutiérrez Soler e seu irmão Ricardo, que trabalhavam em negócios próprios e ganhavam renda suficiente para manter suas respectivas famílias, viram-se impossibilitados de continuar os seus serviços. A falta de recursos

econômicos causou uma drástica limitação às possibilidades de educação dos seus filhos e provocou uma separação familiar ainda maior.

Em 7 de fevereiro de 1995, a juíza da Instrução Penal Militar iniciou processo contra o coronel Luís Gonzaga Enciso Barón pelas lesões praticadas contra o Sr. Soler. Posteriormente, a investigação foi trasladada à Auditoria Auxiliar de Guerra n. 60, onde foi extinto todo procedimento contra o Sr. Gutiérrez Soler que, além de não receber notificação contendo qualquer elemento probatório contra si, os únicos documentos haviam sido testemunhos de pessoas submissas àquelas investigadas pela Corte Interamericana de Direito Humanos.

Em 7 de junho de 1995, com base na denúncia do senhor Gutiérrez Soler, a Procuradoria Delegada para a Defesa dos Direitos Humanos considerou que haviam motivos suficientes para a formulação de acusações contra o coronel Enciso Barón na jurisdição disciplinar. Entretanto, a Procuradoria-Geral da Nação arquivou o processo, pela aplicação do princípio *ne bis in idem*, em vista da decisão adotada em 27 de fevereiro de 1995, pelo diretor da Polícia Judicial, a qual havia exonerado de toda responsabilidade disciplinar o coronel Enciso Barón.

Em 29 de agosto de 1995 foi aberto um processo penal, na justiça ordinária contra o senhor Dalel Barón. Não obstante tal fato, em 15 de janeiro de 1998, a “Fiscalía General de la Nación” (Promotoria) resolveu suspender esta investigação e ordenou o arquivamento do expediente, pois os testemunhos dos funcionários policiais e os testemunhos de quem de alguma maneira mantinham vínculos ou relações com o imputado foram considerados testemunhos suspeitos e, portanto, perderam sua credibilidade.

A data da sentença declaratória de responsabilidade internacional do Estado colombiano, pelos atos perpetrados por seus agentes contra Wilson Gutiérrez Soler, só foi proferida 11 anos após os fatos ocorridos. Nenhuma pessoa foi punida pela detenção arbitrária do senhor Wilson Gutiérrez Soler ou pelas torturas a ele infligidas.

O procedimento internacional ante a CIDH ocorreu em 5 de novembro de 1999, momento em que a Corporação Coletiva de Advogados “José Alvear Restrepo” apresentou uma petição perante a Comissão Interamericana, que tramitou sob o n. 12.291, representando os interesses do senhor Gutierrez Soler.

Em 29 de maio de 2003, a Comissão Interamericana, atendendo às petições que lhe foram endereçadas pela Corporação Coletiva de Advogados “José Alvear

Restrepo”, outorgou medidas cautelares em favor do senhor Ricardo Gutiérrez Soler, irmão da suposta vítima, que padeceu a uma série de ameaças, atos de fustigação e um frustrado atentado de vida, com a utilização de explosivos por parte do Estado.

Em 9 de outubro de 2003 a Comissão de Direitos Humanos concluiu que o Estado colombiano foi responsável por:

- i) não cumprir seu dever de garantia com relação às violações padecidas pela vítima, enquanto estava sob a sua custódia;
- ii) pela ausência de reparação do dano causado; e
- iii) por obstrução do direito à justiça.
- iv) pelo não cumprimento das garantias do devido processo legal; e
- v) pela ofensa ao direito à proteção judicial na hora de investigar as violações denunciadas e julgar os responsáveis.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos recomendou ao Estado:

1. Adotar as medidas necessárias para investigar e julgar os responsáveis pelas violações ao art. 5º da Convenção Americana, perante os tribunais ordinários, incluindo os casos nos atos que impliquem reabrir investigações fechadas ou reexaminar causas decididas perante a justiça militar, como permitir o acesso de todos os documentos à jurisprudência da Corte Constitucional;
2. Adotar as medidas necessárias para reparar a Wilson Gutiérrez Soler em razão do dano material e imaterial sofrido;
3. Adotar as medidas necessárias para que fatos da mesma natureza não voltem a se repetir.

Em 9 (nove) de março de 2005 estado colombiano apresentou um escrito, mediante o qual manifestou a responsabilidade pelo ocorrido com a vítima, e declarou:

A República da Colômbia, em sua condição de Estado Parte e à luz do indicado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, considerando peças processuais internas e com fundamento nos fatos indicados na demanda apresentada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e fiel a suas obrigações internacionais e a sua política de promoção, proteção e respeito dos direitos humanos, manifesta pública e expressamente, que: 1. Retira as duas exceções preliminares apresentadas pelo Estado, isto é, a relacionada com o menosprezo do direito de defesa do Estado e o não cumprimento dos requisitos para a aplicação da exceção de esgotamento dos recursos internos. 2. Reconhece sua responsabilidade internacional pela violação dos arts. 5 (1), (2) e (4); 7 (1) (2) (3) (4) (5) e (6); 8 (1) (2. d) (2. e) (2. g) e (3) e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos fatos da demanda. 3. Deriva esse reconhecimento da ação ou omissão de alguns agentes estatais que obraram de maneira individual e não cumpriram seus deveres jurídicos. 4.

Reafirma como sua política de Estado a promoção e proteção dos direitos humanos e expressa seu respeito e consideração pela vítima e seus familiares e pede perdão pelos fatos ocorridos. 5. Entende que o presente o reconhecimento de responsabilidade constitui, em si mesmo, uma medida de satisfação dirigida à dignificação da vítima e de seus familiares. 6. Solicita à honorável Corte se acha procedente conceder a oportunidade processual para que o Estado e os representantes da vítima e seus familiares, com a facilitação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, tentem uma solução amistosa sobre reparações e custos, para a qual o Estado propõe um prazo máximo de seis meses. 7. No caso de o anterior não ter sido aceito, o Estado [s] solicita à honorável Corte que valorize o reconhecimento efetuado e lhe atribua plenos efeitos jurídicos, de maneira que se entenda esgotada a etapa de fundo e a audiência se dirija ao estudo de reparações e custos. 8. O Estado indica que esta declaração não implica ponderação nem valorização de responsabilidades penais individuais. Em 10 e 11 de março de 2005 foi celebrada a audiência pública correspondente perante a CORIDH. Durante essa audiência, o Estado reiterou o indicado em seu escrito de 9 de março de 2005, ou seja, que retirava as exceções preliminares interpostas e que reconhecia sua responsabilidade internacional no presente caso (CORIDH, 2005. Série C, n. 132, §§ 26-28).

Em 10 de março de 2005, durante a celebração do primeiro dia de audiências, o Estado colombiano não só reiterou seu reconhecimento de responsabilidade internacional pelas violações cometidas contra Wilson Gutiérrez Soler, mas também pediu perdão pelo ocorrido, ao mesmo e a seus familiares:

No início da Audiência foi feita a leitura oficial da declaração de perdão e tanto o embaixador da Colômbia em Costa Rica, Julio Aníbal Riaño, a agente do Estado colombiano, advogada Luz Marina Gil García do Ministério de Defesa; o agente alterno, coronel da Polícia Luís Alfonso Novoa, e a Assessora do Estado, Janneth Mabel Lozano, puseram-se de pé na audiência pública, aproximaram-se um a um da vítima que se encontrava na sala e, pessoalmente, olhando-o nos olhos, estenderam as mãos para repetir o que acabavam de dizer em público: “Pedimos perdão pelo ocorrido”. Esse gesto do Estado colombiano foi reconhecido e valorizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como um fato “histórico” perante o Tribunal (CORIDH, 2005. Série C, n. 132, §§ 26-28).

A CIDH estabeleceu que uma “pessoa ilegalmente detida fica em uma situação agravada de vulnerabilidade, da qual surge um risco certo de que sejam violados outros direitos, como o direito à integridade física e o de ser tratada com dignidade”.

Além disso, salientou que “o isolamento prolongado e a incomunicabilidade coativa ao quais fica submetida à vítima representam, por si próprios, formas de tratamento cruel e inumano, lesivas à integridade psíquica e moral da pessoa e ao direito de todo detento ao respeito dada a dignidade inerente ao ser humano”.

No caso Gutiérrez Soler *versus* Colômbia, a própria sentença ratificou que a tortura infligida à vítima afetou gravemente o seu valor como ser humano, sua

autoestima, sua capacidade de relacionar-se afetivamente, seu desenvolvimento pessoal e seu vínculo familiar. Por isso, a Corte havia reconheceu o dano ao projeto de vida, mas, assim como no casos anterior (Loayza vs. Peru), evitou quantificar o dano em termos pecuniários, e não o tipificou como dano patrimonial ou dano não patrimonial, afirmando que a modalidade de reparação a ser aplicada estava vinculada a devida satisfação da vítima.

Na sentença a Corte afirmou que sua finalidade era a de condenar o Estado da Colômbia a “reparar o dano substancial ao projeto de vida e honra do Sr. Gutiérrez Soler e seus familiares”, bem como, evitar a repetição de fatos (como tortura e maus tratos), como se vira no processo em análise (parágrafo. 105).

A Corte, como decorrência da análise do acervo probatório do caso em seu conjunto, reconheceu que o Sr. Gutierrez Soler padeceu de temor constante, angústia e separação familiar. Reconheceu ainda que seus familiares sofreram danos semelhantes em suas integridades psíquica e moral. Por esta razão o tribunal considerou que Kevin Daniel Gutiérrez Niño, María Elena Soler de Gutiérrez, Álvaro Gutiérrez Hernández (falecido), Ricardo Gutiérrez Soler, Yaqueline Reyes, Luisa Fernanda Gutiérrez Reyes, Paula Camila Gutiérrez Reyes, Leonardo Gutiérrez Rubiano, Leydi Caterin Gutiérrez Peña, Sulma Tatiana Gutiérrez Rubiano, Ricardo Alberto Gutiérrez Rubiano e Carlos Andrés Gutiérrez Rubiano, sofreram violações ao direitos da vida em relações com a vítima. O Estado foi condenado a fornecer gratuitamente, através de instituições de saúde pelo próprio Estado designadas, tratamento psicológico e psiquiátrico para o Sr. Gutierrez Soler e toda sua já mencionada família.

O Tribunal afirma que, a sentença constituiu uma forma de reparação. O Estado deve cumprir as medidas decididas relativas à sua obrigação de investigar os fatos e assim como identificar, processar e punir os responsáveis.

No caso de tratamento médico e psicológico do Sr. Wilson Gutiérrez Soler e psicológico de seu filho Kevin Daniel Gutiérrez Niño, o Estado deve fornecer a quantidade fixada no parágrafo 103 do Sr. Wilson Gutiérrez Soler para cobrir os custos razoáveis.

No caso do tratamento médico e psicológico Wilson Gutiérrez Soler e da atenção psicológica de seu filho Kevin Daniel Gutiérrez Niño, exilados em los Estados Unidos de América, o Estado da Colômbia deverá pagar a quantidade de

US \$25.000,00 (vinte e cinco mil dólares) ao Sr. Wilson Gutiérrez Soler para cobrir os gastos razoáveis a respeito.

5.3 CASO CANTORAL BENAVIDES VS PERU

Através de seus representantes legais, Iván Bazán Chacón, Rosa Quedena, José Miguel Vivanco, Viviana Krsticevic e Ariel Dulitzky, o Sr. Luis Cantoral Benavides denunciou o Estado do Peru e pleiteou: i) a condenação do Estado do Peru por responsabilidade internacional pela detenção ilegal e arbitrária do autor; ii) pelos atos de tortura praticados contra a vítima, durante seu esclarecimento; e iii) pela falta de investigação de aplicação da sanção cabível aos responsáveis pelo ocorrido. O procedimento perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu o ato de apresentação da petição n. 11.337, em 18 (dezoito) de abril de 1994.

A Convenção Americana considerou que o Estado do Peru, em relação às lesões causadas ao Sr. Cantoral Benavides, descumpriu os seguintes artigos: art. 1 (obrigação de respeitar os direitos), art. 2 (dever de adotar disposições de direito interno), art. 25 (proteção judicial), art. 5 (direito à integridade pessoal), art. 7 (direito à liberdade pessoal), art. 8 (garantias Judiciais) e art. 9 (princípio de legalidade e de retroatividade). Bem como a Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura e a Convenção contra a Tortura e outros tratos ou penas Cruéis, desumanos ou degradantes – Nações Unidas, Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (Convenção Européia de Direitos Humanos) – Conselho da Europa, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos – Nações Unidas.

Os fatos do presente caso se contextualizaram em uma época em que era comum a prática generalizada de tratos cruéis, desumanos e degradantes, desde que motivados pelas investigações criminais na apuração de delitos de traição à pátria e terrorismo. Em 6 (seis) de fevereiro de 1993, Luís Alberto Cantoral Benavides foi detido, em seu domicílio no distrito La Victoria, cidade de Lima, por agentes da Direção Nacional contra o Terrorismo (DINCOTE), sem qualquer ordem judicial. Luis Cantoral permaneceu incomunicável por mais de uma semana, no centro da DINCOTE. Ele teve acesso a um advogado após 15 (quinze) dias de sua detenção.

Durante os quinze dias em que esteve detido, o Sr. Benavides foi objeto - por parte dos efetivos policiais e membros da Marinha - de atos de violência. Ele foi vendido, algemado com as mãos para trás, foi obrigado a permanecer de pé, foi golpeado varias vezes e em várias partes de seu corpo, etc. Foi exibido publicamente através dos meios de comunicação, vestido com um traje de listras como os usados pelos presos, como integrante do Partido Comunista do Peru Sendero Luminoso e como autor do delito de traição à pátria. Quando não havia sido ainda legalmente processado nem condenado

Luis Alberto Cantoral Benavides foi processado pelo foro militar por um delito de traição à pátria. Foi absolvido, mas foi remetido aos foro comum em que foi julgado pelo delito de terrorismo. Foi, neste processo, condenado a 20 anos de pena privativa de liberdade pelo delito de terrorismo. Luis Cantoral solicitou um indulto à Comissão ad hoc criada por pela Lei n. 26.555 e tal indulto lhe foi concedido. No total, Luis Aberto Cantoral Benavides foi privado de sua liberdade de forma ininterrupta desde o dia 6 (seis) de fevereiro de 1993 a 25 (vinte e cinco) de junho de 1997, quando foi libertado. Ato de informe de mérito n.15-A/96, proferido em 5 (cinco) de março de 1996.

O caso foi remetido à CIDH em 8 (oito) de agosto de 1996. O petição da CIDH submeteu este caso com a finalidade que a CIDH decidisse se houve violação, por parte do Estado com base no descumprimento dos artigos 5, 7, 8 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, todos eles em conexão com os arts. 1.1 e 2 do mesmo instrumento, em prejuízo de Luis Cantoral Benavides. Audiência ante a CIDH em 8 de junho de 1998.

O Tribunal da CIDH afirmou que se a suspensão de garantias não deve exceder a medida do estritamente necessário para atender a situação de emergência, resulta também ilegal toda atuação dos poderes públicos que ultrapasse os limites que devem estar precisamente assinalados no estado de exceção, ou dentro de uma situação de excepcionalidade jurídica vigente

Foi provado que Luis Alberto Cantoral Benavides foi preso por muitos dias sem saber sobre os motivos de sua detenção e os fatos que lhe foram imputados. Durante os primeiros 8 (oito) dias de detenção o Sr. Benavides foi mantido sem em condições de comunicabilidade.

Cantoral Benavides foi posto à disposição de um juiz penal, que o manteve privado de sua liberdade, tornando arbitrária a sua detenção.

O Direito Humano Internacional estabeleceu que a incomunicação deve ser excepcional e que seu uso durante a detenção pode constituir um ato contrário à dignidade humana.

Já foi provado perante a Corte que as condições de reclusão, em que o Sr. Cantoral Benavides foi mantido durante um ano recluso, dividindo com outros presos uma cela pequena, sem ventilação, sem luz natural e as visitas que poderia receber eram bastante restritas. Tais condições a que o Sr. Cantoral Benavides foi submetido foram consideradas pela Corte como formas de tratos cruéis, desumanos ou degradantes (art. 5.2 da Convenção Americana).

Das provas trazidas ao processo verificou-se que a vítima quase não teve auxílio médico. Após 20 (vinte dias) da privação de sua liberdade, mesmo sem ter sido ainda processado ou condenado, o Sr. Cantoral Benavides foi exibido através dos meios de comunicação, junto a outros detentos, vestido com roupas infamantes, como autor de delito de traição à pátria.

A Corte Interamericana manifestou que toda pessoa privada de liberdade tem direito a viver em condições de detenção, compatíveis com sua dignidade pessoal e o Estado deve garantir o direito à vida e à integridade pessoal.

O Estado, como responsável pelos estabelecimentos de detenção, de garantir os direitos dos presos.

A Corte reconheceu a existência de elementos suficientes para afirmar que, além de ter sido mantido incomunicável, o Sr. Benavides foi submetido a condições de reclusão muito hostis e restritivas, além disso, foi reconhecido que em várias ocasiões ele foi golpeado e agredido fisicamente de outras maneiras; e produzindo-lhe intensas dores corporais e sofrimentos emocionais.

O Estado do Peru comportou-se de forma contrária e agiu descumprindo as proibições assinaladas pelo Direito Internacional e pelos Direitos Humanos. Comportamentos estes sujeitos à punição do Estado pela prática do art. 3 da Convenção Europeia de Direitos Humanos: Proibição da tortura. Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.

Não apenas o sofrimento físico, mas a angústia moral foi considerada pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas como uma ameaça de fazer uma pessoa sofrer grave uma “tortura psicológica”.

Atendendo ao conjunto das circunstâncias do caso e ao contexto em que se produziram os fatos, o Tribunal sem dúvida razoável quanto aos atos de agressão

devidamente analisados nesta determinou serem os mesmos qualificados como torturas, físicas e psíquicas. A Corte considerou ainda, que os atos foram preparados e infligidos deliberadamente contra o Sr. Cantoral Benavides com um duplo propósito. Na fase prévia à condenação, para suprimir sua resistência psíquica e forçá-lo a auto inculpar-se ou a confessar determinadas condutas delitivas. Na etapa posterior à condenação, submetendo-o a modalidades de castigo adicionais à privação da liberdade em si mesma.

A Corte reconheceu que a situação pela qual atravessaram a Sra. Gladys Benavides de Cantoral e o senhor Luis Fernando Cantoral Benavides, mãe e irmão da vítima, respectivamente, foram atingidos pela detenção e encarceramento do Sr. Cantoral Benavides, produzindo-lhes sofrimento e angústia. O Tribunal valorará os mesmos no momento de fixar as reparações necessárias em virtude das violações já comprovadas pela Convenção Americana.

A Corte decidiu que o Estado do Peru pagasse por danos materiais: (i) a Luis Alberto Cantoral Benavides a quantidade de US\$35.000,00 ou seu equivalente em moeda peruana; (ii) a Gladys Benavides López a quantidade de US\$ 2.000,00 ou seu equivalente em moeda peruana; e (iii) a Luis Fernando Cantoral Benavides a quantidade de US\$ 3.000,00 ou seu equivalente em moeda peruana.

Que o Estado pagasse por dano imaterial: (i) a Luis Alberto Cantoral Benavides a quantidade de US\$60.000,00 ou seu equivalente em moeda peruana; (ii) a Gladys Benavides López a quantidade de US\$40.000,00 ou seu equivalente em moeda peruana; (iii) a Luis Fernando Cantoral Benavides a quantidade de US\$20.000,00 ou seu equivalente em moeda peruana; (iv) a Isaac Alonso Cantoral Benavides a quantidade de US\$5.000,00 ou seu equivalente em moeda peruana; e (v) a José Antônio Cantoral Benavides a quantidade de US\$3.000,00 ou seu equivalente em moeda peruana.

Que o Estado pagasse, por gastos e custas, a quantidade de US\$8.000,00 (oito mil dólares) ou seu equivalente em moeda peruana, a favor dos representantes da vítima.

Que o Estado proporcionasse uma bolsa de estudos superiores ao universitários Luis Alberto Cantoral Benavides, com o fim de cobrir os custos da carreira profissional que a vítima estava seguindo antes de ser preso, assim como os gastos de manutenção de esta última durante o período de tais estudos, em um

centro de reconhecida qualidade acadêmica elegido de comum acordo entre a vítima seus representantes e o Estado

O Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas afirmou que "a detenção de um preso com outras pessoas, em condições que representam um perigo sério para sua saúde, constitui uma violação do art. 7º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos".

A Corte Européia, no presente caso, salientou que casos recentes levados à sua apreciação em que antes eram qualificados como tratamentos desumanos ou degradantes, não eram tidos como torturas. E que, diante das crescentes exigências de maior proteção dos direitos e das liberdades fundamentais, passou a ser enfrentado com maior firmeza pela Corte Européia, no enfrentamento das infrações aos valores básicos das sociedades democráticas.

Todos os padecimentos sofridos pelo Sr. Cantoral Benavides repercutiram gravemente na sua integridades moral, bem como na integridade moral de seus familiares, que sofreram o temor e a impotência, diante das autoridades do Estado colombiano. Este, ao invés de salvaguardar os direitos do acusado, omitiu-se permitindo que fossem realizados atentados contra a vida dos familiares do Sr. Benavides, que tiveram de vender suas propriedades, sofreram padecimentos advindos da ruptura familiar. O fato foi caracterizado como tratamento cruel, desumano e degradante aos familiares do senhor Gutiérrez Soler.

A jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos também considerou que as pessoas que possuíam convívio cotidiano com a vítima, também eram consideradas vítimas, do mesmo dano ao projeto de vida causado ao lesado.

A Corte teve a oportunidade de se pronunciar sobre a condição degradantes de uma mãe, que presenciou a detenção e o desaparecimento do seu filho. A Corte analisou ainda a gravidade dos maus-tratos e a omissão de informação oficial, que violou o direito do acusado de saber sob qual imputação lhe fora atribuída.

Após a Corte apontar os avanços jurisprudenciais acerca do conceito do dano ao projeto de vida, nos casos, *Loayza Tamayo versus Peru* (reparações, 1998), *Gutierrez Soler vs Colômbia* e *Cantoral Benavides versus Peru* (reparações, 2001), foi esclarecido o dever da Corte já ter tomado um passo a frente, na construção jurisprudencial sobre a matéria do dano ao projeto de vida. como exemplo nos casos em que os Estados condenados tiveram que assumir a responsabilidade internacional e pedir publicamente desculpas à vítima e à sua família.

Como a Corte optou por não avançar a sua própria construção jurisprudencial, o ministro Cançado Trindade considerou de extrema relevância deixar registrado a sua posição pessoal sobre o assunto no seu Voto Arrazoadado, fundamentando sua decisão, da forma a seguir:

Todos nós vivemos no tempo, que termina por nos consumir. Precisamente por vivermos no tempo, cada um busca individual seu projeto de vida. O vocábulo "projeto" encerra em si toda uma dimensão temporal. O conceito do projeto de vida tem, assim, um valor essencialmente existencial, atendo-se à ideia de realização pessoal integral. Quer dizer que, no marco da transitoriedade da vida, a cada um cabe proceder de acordo com as opiniões que lhes pareçam as mais acertadas, em seu exercício de plena liberdade pessoal, para alcançar a realização de suas ideias. A busca pela realização do projeto de vida desvenda, pois, um alto valor existencial, capaz de dar sentido a vida de cada um (OEA, 1998, p. 97).

O Ministro, afirmou que a brusca ruptura causadas ao homem por danos outros, como a violência, a injustiça e a discriminação, podem alterar ou destruir, de forma injusta e arbitrária, o projeto de vida de uma pessoa. E, o Direito não pode ser omissivo, devendo tutelar a pessoa e o seu projeto de vida, pois, um dano causado ao mesmo é quase sempre irreparável ou de difícil reparação.

Foi ratificado que o dever geral dos Estados partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, consagrado em seu artigo 1, é o de respeitar e assegurar o respeito aos direitos nela consagrados, o poder público por sua vez, deve tutelar as pessoas sob sua jurisdição e garantir a que os direitos protegidos pela Convenção Interamericana de Direitos humanos sejam defendidos em sua plenitude.

A Corte destacou que a observância da proteção aos direitos humanos e sua concretização são essenciais que cada pessoa possa realizar o seu projeto de vida.

O Ministro Cançado Trindade afirmou que estava de acordo com o entendimento acima e que era necessária a preservação, em específico, ao projeto de vida. Segundo o ministro, o dano ao projeto de vida coexiste com o dano moral. Devendo a Corte determinar um avanço jurisprudencial do conceito do direito ao projeto de vida e a fixação de parâmetros para sua fixação. Cançado Trindade terminou seu voto, concluindo que, o despertar da consciência jurídica universal tem a finalidade de por fim a indiferença da trazida pela "miopia positivista". Miopia esta sempre conveniente ou submissa ao poder que muitas vezes é o autor das mais graves violações aos direitos básicos, inerentes à pessoa humana.

5.4 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS CASO I.V. VS. BOLÍVIA
– SENTENÇA DE 30 DE NOVEMBRO DE 2016

A Corte Interamericana de Direitos Humanos – adiante denominada Corte Interamericana – integrada pelos juízes Roberto F. Caldas (Presidente), Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (Vice presidente), Eduardo Vio Grossi, Humberto Antonio Sierra Porto, Elizabeth Odio Benito, Eugenio Raúl Zaffaroni, e L. Patricio Pazmiño Freire, presentes ainda, Pablo Saavedra Alessandri (Secretário) e Emilia Segares Rodríguez (Secretária Adjunta), em conformidade com os artigos 62.3 e 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - adiante denominada Convenção Americana – combinados com os artigos 31, 32, 42, 65 e 67 do Regulamento da Corte, em conjunto com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – adiante denominada Comissão Interamericana – submeteu à jurisdição da Corte, em 23 (vinte e três) de abril de 2015, o caso “I.V.”, contra o Estado Plurinacional da Bolívia, tendo em vista as considerações que se seguem.

A senhora I.V. nasceu na República do Peru em 20 de maio de 1964, durante o tempo em que morou no Peru ela foi detida por duas vezes pela Direção Nacional Contra o Terrorismo no Perú (DINCOTE), onde sofreu vexações físicas, sexuais e psicológicas. Em abril de 1994 a Sra. I.V, seu marido J.E e a filha do casal N.V obtiveram o status de refugiados na Bolívia.

Em fevereiro de 2000, a Sra. I.V., então com 35 anos, grávida de sua terceira filha, fez um plano de saúde materno-infantil e começou a realizar seu pré-natal no Hospital da Mulher de La Paz. Em 1 (um) de julho de 2000, a Sra. I.V. deu entrada no Hospital da Mulher de La Paz, com 38 (trinta e oito) semanas e meia de gestação, para dar à luz sua filha.

O médico que atendeu a Sra. I.V. constatou que esta já havia sido submetida a uma cesárea anterior (o que foi confirmado pela paciente) e que o feto estava em situação transversa, por isso tomou a decisão de realizar o parto através de uma cesárea.

O Sr. J.E., esposo da Sra. I.V., deu seu consentimento para a realização do referido procedimento cirúrgico de cesárea na Sra. I.V., através do preenchimento do formulário denominado “autorização familiar para cirurgia ou tratamento especial”. Tal formulário não entanto, não foi assinado pela Sra. I.V.

Participaram da equipe cirúrgica, o médico ginecologista - obstetra chefe da equipe, que funcionou como cirurgião-instrutor e segundo ajudante; o médico residente de terceiro ano, que atuou como cirurgião principal; uma anestesista e

uma instrumentadora cirúrgica. No transcurso do procedimento cirúrgico da cesárea, o médico residente do terceiro ano (cirurgião responsável), verificou a presença de múltiplas aderências em nível de segmento inferior do útero da paciente, razão pela qual relatou a dificuldade do procedimento cesáreo. Após o nascimento da criança, esta foi levada ao setor neonatal.

O médico residente, no entanto, verificada a possibilidade da paciente se submeter a um risco caso viesse a realizar uma nova cesárea, decidiu submeter a Sra. I.V. à ligadura de trompas bilateral, sob a técnica de Pomeroy, vulgarmente conhecida como ligadura de trompas de Falópio, sem que a paciente ou o seu marido fossem informados, consultados e tenham consentido com tal ligadura.

Ambas as cirurgias (cesárea e ligadura de trompas de Falópio) foram realizadas enquanto a paciente estava sob o efeito de anestesia peridural. Ela estava consciente do que se passava ao seu redor e por isso poderia ter emitido sua decisão acerca da cirurgia que viria a tolher permanentemente a sua capacidade de vir a ser novamente mãe. Mas não foi o que aconteceu.

Durante o transoperatório, o médico ginecologista-obstetra solicitou que o esposo da Sra. I.V fosse encontrado, a fim de que este outorgasse a autorização para a ligadura das trompas de Falópio na sua esposa, porém, nem o Sr. J.E. foi localizado, nem a Sra. I.V foi informada que passaria por tal procedimento. Por esta razão ela não teve o direito de expor sua vontade livre e deliberada quanto à aceitação da ligadura. Tal cirurgia transoperatória ocorreu à revelia da vontade do casal.

No Protocolo Operatório da intervenção cirúrgica de I.V. estava consignada a seguinte informação:

1) Paciente sob anestesia, [...] 4) incisão mediana infra umbilical para chegar à cavidade, 5) se observam múltiplas aderências entre o peritônio visceral parietal (ilegível) e intestinos que dificultam visualizar segmento inferior do útero (ilegível) e se procede a histerectomia longitudinal corporal por não poder realizá-la em segmento inferior, (...) 7) Dificuldade cirúrgica, (...) 10) por presença de múltiplas aderências já mencionadas, se realiza (ilegível) no peritônio parietal insuficiente se decide pela presença de múltiplas aderências, pela incisão corporal uterina a realização de salpingoclasia bilateral no tipo Pomeroy para salvaguardar a vida futura da mãe, se comunica a mesma no transoperatório dando seu consentimento verbal e se realiza a salpingoclasia com dificuldade por aderências (HOSPITAL DA MULHER DE LA PAZ, Protocolo Operatório da intervenção cirúrgica, 20.04.1964, p. 56, tradução nossa).

Apenas dois dias após as cirurgias, o médico residente Dr. Vargas fez algumas anotações na ficha de evolução da paciente: i) registrou que em 03 (três)

de julho de 2000 a paciente foi comunicada quanto à cirurgia de ligadura de suas Trompas de Falópio a que a mesma havia sido submetida; ii) que tal cirurgia foi realizada por indicação médica e que tal procedimento havia sido aceito pela paciente, pois a Sra. I.V. havia compreendido que o futuro de sua vida corria perigo.

A Sra. I.V. negou perante os tribunais internos, no procedimento perante a Comissão e perante a Corte haver outorgado consentimento de forma verbal para que fosse feita a ligadura de suas trompas de Falópio e afirmou que tomou conhecimento da cirurgia de ligadura de trompas apenas no dia 3 (três) de julho de 2000, durante a visita médica do residente.

Em seu depoimento feito à Corte em audiência pública, a Sra. I.V narrou que:

(...) Ele jamais me pediu qualquer consulta [referindo-se ao Dr. Torrico] nenhuma explicação, nada (...), o médico decidiu sobre a minha vida, sobre o meu corpo de forma desumana, ligou as minhas trompas de falópio, mesmo com o método mais radical, com método de Pomeroy, mutilando meus sonhos [...] e também a minha família. (...) As únicas duas perguntas que me fizeram durante a cirurgia de cesárea foram duas: em primeiro lugar, onde foi feita a minha primeira cesárea, ao que eu respondi em Lima, Peru. E a segunda se havia tido complicações, eu lhe respondi que não. (...) Dr. Vargas [também] não disse absolutamente nada, ele permaneceu em silêncio durante todo o processo cirúrgico. (...) No dia 2 de julho, durante a visita médica que me fez o Dr. Marco Vargas Terrazas, ele se aproximou de mim e eu o consultei como havia sido a cirurgia e ele me disse que tinha ido bem, mas que me haviam feito uma ligadura de trompas, e o eu perguntei por que ele fez isso comigo, e ele me disse que era para salvar minha vida futura, então eu perguntei se estava em perigo a vida do meu bebê ou a minha vida e me disse que não e depois, quando meu marido veio eu disse-lhe o que me haviam feito e meu marido se indignou, realmente se consternou com tudo o que ele nos havia dito (...). Meu marido também lhe disse por que não havia sido considerada a realização de uma vasectomia, porque a mim fizeram a ligação de trompas (LA PAZ, CORTE DE AUDIÊNCIA PÚBLICA, 2000, p. 115, tradução nossa).

A Corte entendeu que o procedimento da ligadura de trompas de Falópio foi realizado sem o consentimento da Sra. I.V. e que o médico que o efetuou limitou-se a comunicá-la após a cirurgia já ter sido realizada.

A primeira auditoria médica, realizada pelo Comitê de Auditoria do Hospital da Mulher concluiu, com base nos informes cedidos pelo pessoal médico presente durante o ato operatório, que:

i) ao ter sido tomada a decisão de realizar a cirurgia cesárea - em virtude das complicações, como aderências - o cirurgião deveria ter consultado a paciente, que se encontrava consciente (anestesia peridural); ter informado a mesma acerca do procedimento cirúrgico de ligadura das trompas de Falópio e ter solicitado que a mesma manifestasse o seu consentimento quanto à salpingoclasia bilateral,

explicando-lhe do risco que haveria para sua vida, caso ela viesse a realizar um novo procedimento cirúrgico de cesárea;

ii) uma vez dada a resposta sobre o consentimento ou não da cirurgia, o termo de consentimento deveria ser confirmado e atestado pelos membros da equipe cirúrgica, ou seja, pelo médico do residente do terceiro ano Dr. Vargas, pelo interno Rodrigo Arnez e pela instrumentadora María Modesta Ticoná; e

iii) a presença do esposo da Sra. I.V. foi solicitada, para que o mesmo pudesse ter conhecimento e dar o consentimento para a ligadura das trompas de Falópio, mas o mesmo não foi localizado naquele momento.

A segunda auditoria médica foi realizada pelo Comitê Departamental de Auditoria Médica do Serviço Departamental da Saúde de La Paz. O referido Comitê elaborou um parecer de “Conclusões Finais” no dia 9 de março de 2001, onde concluiu que o procedimento da salpingoclasia bilateral, se realizou de maneira profilática e em preservação do futuro bem estar materno.

A terceira auditoria médica foi realizada pelo Comitê de Decisões de Auditoria Médica da Direção Geral de Serviços de Saúde do Ministério da Saúde e Previdência Social. As conclusões de tal parecer estabeleceram que foram cometidos erros médicos na história clínica da paciente, nas notas evolutivas e nos registros do Hospital, concluiu que a vida da Sra. I.V. não corria perigo e atestou que a esterilização da Sra. I.V. não foi justificada, de acordo com as normas de saúde vigentes. O Comitê concluiu que:

(...) Enquanto se refere a Salpingoclasia Bilateral, consideramos que não existe justificação plena para a realização de dita conduta cirúrgica, posto que a existência de múltiplas aderências, não constitui um risco para a vida da paciente e por outra parte, ao ter-se realizado durante o ato cirúrgico adheriolisis, aparentemente se estava solucionado o problema (...). Assim mesmo a Histerectomia Longitudinal Corporal, não justifica de nenhuma maneira a realização transoperatória da Salpingoclasia Bilateral. Normas vigentes de atenção a Mulher e à criança, pág. 202. Não existiu consentimento pré-operatório escrito e firmado para a respectiva cirurgia: Salpingoclasia Bilateral. De nenhuma maneira é aceitável obter a opinião da paciente durante o ato cirúrgico o transoperatório, porque a paciente se encontra com estresse cirúrgico e sob anestesia, ainda que esta seja de tipo local. O Dr. Vargas refere haver “comunicado” à paciente durante o transoperatório sobre a Salpingoclasia, sem embargo novamente de na data de 3 de julho de 2000 refere em sua nota de evolução: o dia em que se “comunicou” à paciente de que a Salpingoclasia Bilateral foi realizada por indicação médica. Pôde-se constatar que no livro de Registro de Operações Cesáreas o de Emergência no Registro do Hospital, não se encontra registrado no dia 1 (um) de julho de 2000, a operação correspondente à da Sra. [I.V.] (COMITÉ DE DECISÕES DE AUDITORIA MÉDICA DA DIREÇÃO GERAL DE SERVIÇOS DE SAÚDE DO MINISTÉRIO DA SAÚDE E PREVIDÊNCIA SOCIAL, 2001, p. 118, tradução nossa).

A controvérsia central do caso consistiu em se determinar se a ligadura das trompas de Falópio, realizada em um hospital estatal, por um funcionário público, durante um procedimento cirúrgico de cesárea na Sra. I.V., no dia 1 (um) de julho de 2000, no Estado da Bolívia, foi contrária às obrigações internacionais do Estado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos?

A Corte destacou que: i) o exercício da medicina deve ser fundado no respeito, na autonomia e na confiança entre médico e paciente; ii) o consentimento do paciente consiste na decisão de aceitar a submeter-se a um tratamento, a uma intervenção ou a um ato médico em sentido amplo; iii) a aceitação do paciente deve ser colhida de maneira livre, sem qualquer coerção ou indução; iv) o consentimento do paciente será ou não proferido, desde que a informação a respeito do procedimento médico for efetivamente compreendida pelo indivíduo a quem – o esclarecimento e o fornecimento de informações adequadas, completas, compreensíveis e acessíveis - se dirijam; e v) a informação a ser dada pelo médico deverá ser tão minuciosa quanto os riscos dos efeitos permanentes sobre a condição do indivíduo em si mesmo.

A Comissão julgou que a intervenção cirúrgica violou a autonomia reprodutiva da Sra. I. V., e o Estado da Bolívia não forneceu à vítima uma resposta judicial efetiva, diante das vulnerações a que a mesma sofreu.

A Comissão destacou que o Estado da Bolívia causou concretamente um dano à Sra. I.V, pela violação dos seguintes direitos.: i) direito à integridade pessoal; ii) direito à liberdade pessoal; iii) direito à dignidade; iv) direito a vida privada e familiar; v) direito ao acesso a informação; vi) direito a fundar uma família; e vii) direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, em relação às obrigações de respeitar e garantir os direitos e não discriminar.

A mesma comissão entendeu que o direito à integridade pessoal envolve ainda a saúde e a proteção materna das mulheres. O direito à integridade pessoal difere da obrigação que o Estado tem de garantir que: i) as mulheres tenham acesso, em igualdade de condições, a serviços adequados e oportunos de saúde; e ii) as mulheres tenham acesso a informação necessária e adequada à maternidade e à sua saúde reprodutiva.

Neste sentido, a Corte julgou que a cirurgia de esterilização, sem o consentimento da Sra. I.V, não foi um serviço adequado nem oportuno à saúde materna. A vítima foi privada de maneira continuada e absoluta do exercício de seus

direitos reprodutivos e teve vulnerado o seu direito à integridade física e psicológica. Tal fato ocasionou à Sra. I.V. sentimentos de profunda angústia, impotência e frustração.

A Comissão considerou que o acesso à informação e o consentimento informado são instrumentos essenciais à satisfação de outros direitos, como o direito à integridade pessoal, à autonomia, à saúde sexual e reprodutiva, o direito de decidir livremente sobre a maternidade e sobre a fundação de uma família, assim como o direito de proferir um consentimento livre e informado sobre qualquer medida que possa vir a afetar sua capacidade reprodutiva, direitos que se encontram inter-relacionados.

Ao constituir a ligadura de trompas como um método anticonceptivo permanente, o consentimento livre e informado deve ser mais restrito. Sob este aspecto concluiu a Comissão, que:

i) não havia registro de que a vítima tinha recebido uma informação completa sobre seu estado de saúde e acerca da natureza de seu diagnóstico clínico, a partir do qual havia sido recomendado o procedimento de ligadura de trompas, nem que o médico havia fornecido uma descrição da natureza, riscos e consequências do procedimento; ii) tampouco havia sido comunicado à paciente sobre outros tratamentos alternativos para salvaguardar sua vida no caso de uma futura gravidez, como o uso de métodos anticonceptivos de efeitos não permanentes; e iii) não existia uma situação de urgência médica que pudesse requerer a ligadura de trompas para salvar a vida de I.V. Pelo contrário, se tratou de um procedimento eletivo que podia ser realizado em qualquer outro momento, porque nada justificava que a paciente não tivesse obtido a informação oportuna e acessível sobre métodos anticonceptivos.

Quanto ao direito a conhecer a verdade, a Comissão alegou que a esterilização sem consentimento produziu a perda permanente da capacidade reprodutiva da Sra. I.V. e afetou seu direito à autonomia reprodutiva, a qual compreende o decidir livre e de forma autônoma o número de filhos e o intervalo entre os nascimentos, o qual por sua vez forma parte da esfera mais íntima da vida privada e familiar de uma mulher, no tocante à procriação e ao direito de formar uma família. A comissão ressaltou a existência do consenso internacional de que a esterilização sem consentimento constitui uma forma de violência contra as mulheres, a partir da qual desencadeia uma série de outras violações aos direitos

humanos.

Quanto ao direito da mulher a uma vida livre de violência a Comissão determinou que: "a prática de uma esterilização não consentida causa dor e sofrimento a as afetadas e constitui uma forma de violência, com sequelas físicas e psicológicas de caráter continuado na saúde reprodutiva das mulheres afetadas" (COMISSÃO DE AUDITORIA MÉDICA DA DIREÇÃO GERAL DE SERVIÇOS DE SAÚDE DO MINISTÉRIO DA SAÚDE E PREVIDÊNCIA SOCIAL, 2001, p. 138, tradução nossa).

Para a Comissão, a liberdade está constituída no direito que toda pessoa tem de fazer ou não fazer algo e de se organizar, de acordo com o que não for proibido por lei. A individualidade e a vida social de uma pessoa deve ser desenvolvida conforme suas próprias opções e convicções. A liberdade, definida assim, é um direito humano básico, próprio dos atributos de uma pessoa, que se projeta em toda a Convenção Americana.

O Tribunal da Corte Interamericana de Direitos Humanos já previu que a proteção do direito à vida privada não se limita ao direito da privacidade, pois abarca uma série de fatores relacionados com a dignidade do indivíduo, incluindo, por exemplo, a capacidade para promover sua personalidade e aspirações, determinar a sua própria identidade e definir suas próprias relações pessoais. O conceito de vida privada engloba aspectos da identidade física e social, incluindo a autonomia pessoal e o direito a estabelecer e participar de relações com outros seres humanos e com o mundo exterior.

A efetividade do exercício do direito à vida privada é decisiva para a possibilidade de exercer a autonomia pessoal sobre o futuro curso de eventos relevantes para a qualidade de vida da pessoa. A vida privada inclui a forma como o indivíduo vê a si mesmo e como decide se projetar face aos demais, além de uma condição indispensável para sua formação e para o desenvolvimento de sua personalidade.

Reconhecendo o papel central da família e da vida familiar na existência de uma pessoa e da sociedade em geral, a Convenção Americana protege o direito a fundar uma família, no qual inclui a possibilidade de procriar.

A saúde, como parte integrante do direito a integridade pessoal não só inclui os serviços de saúde, mas ainda a liberdade que cada indivíduo tem de controlar sua saúde e seu corpo e o direito de não padecer de ingerências, tais como não ser

submetido a torturas nem a tratamentos e experimentos médicos não consentidos.

A existência de uma conexão entre a integridade física e psicológica e a autonomia pessoal, além de uma ligação direta entre a liberdade de tomar decisões sobre o próprio corpo e a saúde exigem, segundo a Comissão, que o Estado assegure e respeite as decisões e eleições realizadas de forma livre e responsável. E isto é garantido através do acesso à informação relevante para que as pessoas tenham condições de tomar decisões sobre a ação a respeito de seu corpo e saúde de acordo com seu próprio plano de existência.

Considerando que é obrigação do Estado subministrar as informações de ofício – obrigação de transparência - para que as pessoas possam exercer livremente seus direitos, o Estado da Bolívia foi considerado responsável internacionalmente pela irregularidade no fornecimento de informações à paciente acerca da imprescindibilidade do consentimento da mesma no que diz respeito a sua futura impossibilidade de procriar. A saúde sexual e reprodutiva constitui certamente uma expressão da saúde que tem particulares implicações para as mulheres, devido a sua capacidade biológica de engravidar e conceber.

A decisão assinalou que o Estado violou as três dimensões da integridade pessoal da Sra. I.V: i) a respeito da integridade física, indicou que houve a esterilização, sem consentimento da Sra. I.V; ii) a vítima perdeu, de maneira permanente, sua função reprodutora; e iii) afirmou que os danos provocados transcenderam as dimensões psicológica e moral, causando à vítima o sentimento de ter sido mutilada.

A privação arbitrária de função reprodutora da vítima destruiu suas pretensões de procriar, produzindo-lhe uma série de implicações físicas, sexuais, psicológicas e psicossociais, sentimentos de dor e sofrimento profundos, devido ao dano causado a uma parte fundamental de seu projeto de vida, que lhe foi retirado.

Entre agosto e setembro do ano de 2000 foram diagnosticados na Sra. I.V. restos placentários na cavidade endometrial, endometriose aguda e abscesso na parede abdominal. Em março de 2002, a vítima foi diagnosticada com endometriose atrófica, razão pela qual foi submetida a uma nova cirurgia. A ligadura das trompas de Falópio provocou na Sra. I.V. a perda de seu direito de reproduzir e, portanto o tolhimento de nova e futura gestação. Ainda em 2002, apesar das sessões de psicoterapia, a Sra. I.V. teve crises emocionais agudas.

Em novembro de 2013, após uma crise, a Sra. I.V. foi internada de

emergência, por três semanas - de 12 (doze) de novembro a 2 (dois) de dezembro de 2013 - no Hospital das Clínicas de La Paz, com problemas de saúde mental e, desde aquela data em diante permaneceu medicada.

Ainda em 2013, o Instituto de Terapia e Investigação sobre as Sequelas da Tortura e Violência Estatal (ITEI), deu um parecer no sentido de que a Sra. I.V. havia desenvolvido um transtorno esquizofreniforme orgânico, com ideias de perseguição por parte do Estado para acabar com sua vida. O laudo diagnóstico indicou a existência clínica de uma afetação psíquica. Sequelas que levaram ao diagnóstico de ser a mesma portadora de transtorno esquizofrênico.

A Corte concluiu que a esterilização não consentida ou involuntária a que foi exposta e submetida a vítima, nas circunstâncias particulares apresentadas, constituiu um tratamento cruel, desumano e degradante à Sra. I.V., que violou sua dignidade humana (violação ao artigo 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em relação com artigo 1.1 do mesmo instrumento).

O Estado da Bolívia, no presente caso, violou o dever de abster-se de qualquer prática ou ação de violência contra as mulheres e deixou de cumprir seu dever de atuar com a devida diligência necessária para sancionar esses tipos de atos.

O Comitê de Direitos Humanos, por seu turno, reconheceu a importância de estabelecer no ordenamento jurídico interno da Bolívia um direito de indenização às pessoas submetidas à esterilização forçosa e de criar mecanismos para que seja garantido o colhimento de consentimento pleno e informado das mulheres. Em não sendo cumpridas essas obrigações, que seja de imediato investigado, apurado e resolvido, de maneira célere pelos tribunais nacionais, o fato contrário a esses direitos.

Tendo sido constatadas graves afetações à integridade pessoal sofridas pela Sra. I.V. e dos direitos lesionados no presente caso, a Corte estimou que era necessária uma medida de reparação adequada e hábil a proporcionar à vítima um tratamento aos padecimentos psicológicos e físicos que lhe foram causados.

O Tribunal estimou necessário um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional do Estado, com a finalidade dúplice de reparar o dano causado à vítima e de evitar que fatos como os que aconteceram à Sra. I.V. se repitam. Em tal ato o Estado da Bolívia deve fazer referência às violações dos direitos humanos declarados na sentença. Tal ato deve ser feito em cerimônia

pública e na presença de funcionários representativos do Estado e da vítima.

O Estado, segundo o Tribunal, deverá definir mediante acordo com a Sra. I.V. ou através de seu representante legal a modalidade de cumprimento do ato público de reconhecimento, assim como as particularidades que venham a ser requeridas, como o lugar e data para sua realização, no prazo de um ano, a partir da notificação da sentença.

A Corte formou, em sua jurisprudência, o conceito de dano imaterial e determinou que este dano pode compreender: i) os sofrimentos e as aflições causados pela violação de direitos da pessoa humana; e ii) qualquer alteração, de caráter não pecuniário nas condições de existência das vítimas.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou a República da Bolívia pela violação dos direitos: i) à integridade pessoal; ii) à liberdade pessoal; iii) à dignidade; iv) à vida privada e familiar; v) de acesso à informação; e vi) a autonomia reprodutiva da vítima.

A sentença de mérito foi notificada ao Estado da Bolívia, mediante a comunicação de 23 (vinte e três) de outubro de 2014, ocasião em que fora outorgado um prazo de 2 (dois) meses para que o Estado Boliviano informasse sobre o cumprimento das seguintes recomendações:

i. reparar integralmente I.V. pelas violações de direitos humanos, tomando em consideração sua perspectiva e suas necessidades, incluída a compensação dos danos materiais e morais causados;

ii. proporcionar a Sra. I.V. um tratamento médico de alta qualidade e individualizado, segundo as suas necessidades e adequado para tratar das patologias das quais padece;

iii. investigar os fatos relativos à esterilização não consentida de I.V. e estabelecer as responsabilidades e sanções que lhe resultem procedentes;

iv. adotar as medidas para evitar que no futuro venham a ser produzidos fatos similares, revisar as políticas e práticas aplicadas em todos os hospitais a respeito do procedimento necessário para a obtenção do consentimento das pacientes, antes de se executar uma cirurgia que implique na perda da capacidade reprodutora, como o que aconteceu com a Sra. I.V.

v. adotar legislação, políticas públicas, programas e diretivas para assegurar que se respeite o direito de todas as pessoas a serem informadas e orientadas em matéria de saúde; e a não serem submetidas a intervenções ou tratamentos sem

que haja seu consentimento, quando este se resulte aplicável. Tais medidas devem ter especial consideração às necessidades particulares das pessoas que se encontram em uma situação de vulnerabilidade pela interseção de fatores tais como seu sexo, raça, posição econômica, condição de migrante, entre outros; e

vi. adotar as medidas que sejam necessárias para garantir o efetivo acesso à justiça através do devido processo legal.

6 A VERIFICAÇÃO DO DANO EXISTENCIAL SOB A ÓTICA DO DIREITO À PRIVACIDADE: *REVENGE PORN*

6.1 Warren e Brandeis: o direito de estar só; 6.2 Caso Jane Doe; 6.3 Casos brasileiros de *revenge porn*

Se este é o quadro global a ser observado, não é mais possível considerar os problemas da privacidade somente por meio de um pêndulo entre o “recolhimento” e “divulgação”; entre o homem prisioneiro de seus segredos e o homem que nada tem a esconder; entre a “casa-fortaleza”, que glorifica a privacidade e favorece o egocentrismo, e a “casa-vitrine”, que privilegia as trocas sociais; e assim por diante. Essas tendem a ser situações cada vez mais abstratas, visto que nelas se reflete uma forma de encarar a privacidade que negligencia justamente a necessidade de dilatar esse conceito para além de sua dimensão estritamente individualista, no âmbito da qual sempre esteve confinada pelas circunstâncias de sua origem. (RODOTÀ, 2008, p.25).

Um outro desafio a ser enfrentado ao tratar do dano existencial, o de saber por meio de seus elementos distintos e substanciais o que caracterizará sua diferença em relação às demais modalidades de dano existentes. O dano existencial não tem termo final para produção de seus resultados, visto que uma vez provocado graves serão as sequelas causadas na vida da vítima. Esta, por sua vez, permanente e irremediavelmente será cerceada, impedida ou compelida a adotar outros projetos de vida no desenvolvimento de sua vida em sociedade, em decorrência das lesões causadas em sua perspectiva existencialista.

Além do dano existencial em si, há elementos que lhe são peculiares e que devem ser levados em consideração no momento do arbitramento do valor a ser indenizado. Este deve ser proporcional a extensão do dano, mas pode ser agravado pela comprovação que o autor agiu de má-fé, direcionado imediata e diretamente a causar um sofrimento indelével a uma pessoa determinada, por isso trouxe-se à análise os institutos do *revenge porn* e o *sexting*, que serão vistos a seguir.

O exemplo adotado neste capítulo será o rompimento de um relacionamento amoroso, em que um dos envolvidos, após seu término vem a se utilizar de fotos ou vídeos íntimos - trocados entre os mesmos durante a relação amorosa - de conotação sexual, vem a publicá-los em ambiente publicamente virtual, com a finalidade de devassar a intimidade, a privacidade e a imagem do seu ex-parceiro (a). Atitude que se denomina de *Revenge Porn* ou Vingança Pornográfica.

De forma que quando tais fotos e vídeos entram ou “caem” na rede de internet, viralizam-se, de modo que não há como calcular os danos causados. As

sequelas tornam-se muitas vezes irremediáveis, na vida de quem foi exposto. Não é só a pessoa exposta indevidamente que é atingida pela divulgação não autorizada, mas também a família, e os amigos da vítima normalmente assumem o papel de suporte psicológico, geralmente ineficazes.

A vítima não sabendo quais as proporções tomadas pela sua exposição passa a sentir medo, vergonha, depressão, raiva, etc. Não se sabe a princípio quais as reações das pessoas que verão as fotos e vídeos e como estas pessoas se comportarão ao reconhecerem o (a) protagonista do material veiculado. Reações como a de julgar a pessoa exposta, como devassa, a emissão de ofensas, proliferação da difamação são somente alguns exemplos dos danos que poderão vir a ser causados pelo *revenge porn*.

Na rede virtual, a violação à privacidade ou à intimidade caracteriza-se pela transferência de dados ou de informações contidas em uma comunicação inicial e essencialmente privada, para um ambiente público de exposição de dados pessoais, suscetíveis de visualização indistinta.

Dentro deste contexto de utilização crescente de ambientes, aplicativos e programas virtuais, a problemática está em se tentar conceituar e depreender como ressarcir os danos que foram causados dentro do ambiente da sociedade em rede? Está a autonomia diretamente ligada à capacidade de interação midiática? As novas tecnologias produzem efeitos imediatos nos processos de organização social?

O cenário midiático atual pode agregar novas práticas de socialização e coesão entre os indivíduos envolvidos na comunidade em que vivem, mas podem também ser o mecanismo por meio do qual sejam causados atos de violência simbólica, psicológica, homofóbica, racista misógina, entre outros, além de danos existenciais.

No contexto apresentado, o dano existencial resta evidenciado mesmo que o conteúdo tenha sido removido de um determinado site. Basta um único download - uma cópia do material - para que este possa ser replicado, em poucos segundos, para um número indeterminado de pessoas que estão conectadas para que o dano seja permanente e irreversível.

O Dano existencial no exemplo trazido é dificilmente atribuído de maneira precisa e imediata a um ser individuado, quando as múltiplas formas de comunicação concedem a possibilidade do anonimato. Este facilmente obtido através da criação de contas falsas (*fakes*) ou, por exemplo, da manipulação e

divulgação do conteúdo, por intermédio de computadores que não permitem identificar o autor da postagem através do IP (*Internet Protocol* – Protocolo de internet: número de identificação de um dispositivo em uma rede).

Os vídeos ou fotos feitos com ou sem o consentimento de um dos participantes terminam por serem utilizados para fins de divulgação, constrangimento e vingança, ou ainda como punição, na grande maioria das vezes, devido ao término do relacionamento, uma traição ou mero desejo de exposição pública.

Segundo dados da Safernet Brasil, foram recebidos e processados em 10 anos (2006-2015), por meio da Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos: 3.746.062 denúncias anônimas, envolvendo 628.848 páginas (URLs) distintas (das quais 201.066 foram removidas), escritas em 9 idiomas e hospedadas em 79.494 hosts diferentes, conectados à internet através de 46.175 números IPs distintos, atribuídos para 97 países em 5 continentes. As denúncias foram registradas pela população através dos 7 hotlines brasileiros que integram a Central Nacional de denúncias de crimes Cibernéticos.

A SaferNet:Ajudou 9.577 pessoas em 24 estados e foram atendidos 914 crianças e adolescentes, 1098 pais e educadores e 7326 outros adultos em seu canal de ajuda e orientação. Além disso, foram realizadas 452 atividades de sensibilização e formação de multiplicadores em 58 cidades, 20 estados, contemplando 15.162 crianças e adolescentes, 18.234 pais e educadores e 865 autoridades, com foco na conscientização para boas escolhas online e uso responsável da Internet.

Como destaques, seguem índices relacionados à pornografia infantil e à apologia e incitação a crimes contra a vida:

2006 A 2015	PORNOGRAFIA INFANTIL	APOLOGIA E INCITAÇÃO A CRIMES CONTRA A VIDA
JANEIRO	20541	7157
FEVEREIRO	20244	6522
MARÇO	24184	8137
ABRIL	28577	9708
MAIO	26823	11398

JUNHO	25626	10694
JULHO	25629	10000
AGOSTO	24465	9063
SETEMBRO	22713	8776
OUTUBRO	25171	10370
NOVEMBRO	26230	9200
DEZEMBRO	23209	7275

Tem-se dado cada vez mais importância à proteção de dados, não apenas no sentido de resguardar a vida privada das pessoas, mas como uma maneira de garantir a todos o exercício da liberdade. Elevando-se a proteção de dados, como um direito fundamental autônomo.

Por exemplo, o autor do dano será aquele que, sem o consentimento da vítima, por meio de qualquer aplicativo, como o WhatsApp, “viralizou” o material, que se espalha nas redes sociais, blogs e sites.

Pierre Bourdieu ao elaborar um sistema teórico, que está em constante desenvolvimento, justifica que a participação social se baseia na herança social, por meio da acumulação dos bens simbólicos e demais bens. Assim, as estruturas do pensamento (mas também do corpo) passam a permitir o desenvolvimento e criação do *habitus*, local onde os indivíduos, além de elaborarem seus projetos de vida, asseguram a reprodução social. Esta pode ser realizada através da ação sutil dos agentes e das instituições. Estas, por sua vez, descumprem a função social do direito à informação, e impõem por meio da violência simbólica, uma enorme força de dissuasão que é exercida sobre os indivíduos, objetivando as suas adesões (BOURDIEU, 2007, págs. 290-292).

Essa violência simbólica, de que trata Bourdieu, pode ser hoje constatada por meio das ações publicizadas pelas informações midiáticas, em sua maioria informatizadas, através do logos que se denominou de rede, onde o direito fundamental aos dados pessoais é subjugado à utópica necessidade de repassar o máximo de conteúdo à população, pouco se importando com os danos causados, deixando que o ofendido se preocupe *a posteriori*. Pois, neste intervalo de tempo os detentores dos poderes informativos já auferiram seus lucros que, tiveram como

base a violência à vida privada e ao projeto de vida dos que foram expostos sem seus consentimentos.

Para Bourdieu, as relações de comunicação são representadas pelas relações de poder. Tem poder aqueles que dependem do capital material ou simbólico acumulado pelos seus agentes. Os sistemas simbólicos atuam como instrumentos estruturados e estruturantes que servem à comunicação e conhecimento, e passam a ter eficácia a partir do momento que cumprem sua função política se impondo e se legitimando através da dominação de uma classe sobre a outra, atuando como uma forma de violência simbólica. As produções simbólicas servem como instrumentos de dominação, a partir do momento em que são uns microcosmos da luta simbólica entre as classes. A classe dominante obtém seu poder através do capital econômico, e visa à imposição da legitimidade de sua dominação por meio da própria produção simbólica. O poder simbólico permite a obtenção do equivalente ao que é obtido pela força física ou econômica, mas só é exercido a partir do momento em que é reconhecido como tal, sendo ignorado ele passa. Sendo, por conseguinte uma forma não reconhecível, mas legitimada.

Fenômenos atuais como o *sexting*, divulgação não autorizada de vídeos, fotos e demais conteúdos íntimos na internet (neste caso, as fotos, os vídeos e outros, inicialmente são divulgados pela própria pessoa em um ambiente privado, apenas em um segundo momento o uso deles pode ser desvirtualizado e serem de consequência, viralizados), e o *revenge porn*, quando o vazamento de fotos e vídeos íntimos do casal, por um dos parceiros, tenha sido motivado, como exemplo por desejo de vingança. Nos dois casos, apesar das fotos ou vídeos terem sido colhidos com o consentimento dos participantes a sua publicação deu-se sem o referido consentimento.

Tais registros pessoais que, a princípio, seriam destinados ao uso privado dos envolvidos, passam a ser divulgados nas redes sociais, em sites pornô, em grupo de conversas, como forma de constranger a outra parte que participou, gravou, fotografou ou deixou-se expor, pela relação íntima, antes existente.

A mídia da internet não se preocupa em colher a autorização de quem é exposto, e sim de comunicar àquele que insere tais informações que qualquer eventual dano causado será de responsabilidade do autor da publicação. Não há qualquer prevenção de eventual dano, e sim sua reparação quando for causado.

Sem a exigência do consentimento daquele que aparece nos vídeos e fotografias, toda e qualquer pessoa pode cometer o *sexting* ou o *revenge porn* e causar um verdadeiro dano atemporal e contínuo a vítima que altere seu projeto de vida e sua vida de relações.

O que por si, não se trata meramente de um dano moral, pois além da pessoa que aparece nos meios midiáticos, como no caso da internet outras pessoas também sofrerão direta e imediatamente as consequências do dano, como os familiares, os amigos ou os colegas de trabalho. Pois, a sociedade pode formar uma ideia distorcida, mas já pré-concebida a partir da visualização do material posto na rede de internet e já promover seu juízo de valor que, muitas das vezes, para não dizer quase sempre, impõe uma situação de indisposição prévia com relação a vítima (FARIAS, 2015, p. 30).

As práticas ilícitas de exibição de cenas íntimas e de humilhação pública não passam por qualquer controle mais rígido e são cada vez mais difundidas, através do acesso cada vez mais abrangente dos dispositivos digitais.

O problema, portanto, não é a presença da autorização para visualização privada, mas sim sua publicação, sem o consentimento, em um ambiente onde um incontável número de pessoas irá ter acesso, por incontáveis e incontáveis vezes. É nesta fluidez de informações, de vídeos íntimos e de imagens privadas que se constitui um novo processo de violência simbólica, ferindo o direito à privacidade.

A sociedade de controle, representada pela vigilância das pessoas, da circulação e informação de seus dados, apresenta-se como um mecanismo veloz capaz de ultrapassar barreiras ao seu controle.

A privacidade não está mais representada “entre os muros”, onde as pessoas escolhem a maneira de se autodeterminar, pois, a rede de informações cibernéticas ou de controle público, representaria o espaço aberto onde, aparentemente, não haveria limites concretos para o controle da “movimentação” dos indivíduos. Adaptando-se aos contornos de nossos onipresentes aparelhos.

O *revenge porn* surge por via de subsequência através da ruptura interna dos laços de confiança e de lealdade de uma das partes envolvidas nos registros das gravações ou fotos. Além de se tratar de uma violação explícita e um retrocesso no que tange à autonomia da pessoa em relação ao seu próprio corpo.

O aumento na facilidade de publicação de vídeos e da divulgação de textos enviados eletronicamente, fez com que tal tecnologia pudesse ocasionar a violação

da intimidade de indivíduos. Diante deste fato, surge a necessidade e a urgência de uma maior proteção do direito à intimidade face às relações informatizada, conectada ou interligada pela rede, ou seja, pela internet.

É necessária uma remodelação da sociedade, para que a mesma possa se adaptar às tecnologias de comunicação e informação e os seus reflexos na esfera do direito, devido a existência de um descompasso entre evolução tecnológica e resposta que o direito tem a dar (RODOTÀ, 2008, p. 15).

Nas ciências sociais aplicadas, particularmente no Direito, as transformações na sociedade são analisadas como movimentos cíclicos. O Direito deve estar sempre atento, acompanhando um cenário em constante mudança (BAUMAN, 1998, p. 233).

O desenvolvimento tecnológico que deu causa à mudança do comportamento das pessoas entre si e diante da sociedade, foi a tecnologia mecânica. Hoje, diante de uma nova realidade posta, temos como fator dessa reestruturação social, a preeminência da tecnologia de informação.

Com o conteúdo criado pelos próprios usuários, abriram-se novos canais de comunicação, dando “voz” a quem, talvez, jamais tivesse vez, os espaços de informação, foram democratizados e representaram inovações, porém, sem regras claras ou definidas.

A criação de um grande grupo sem fronteiras geográficas, dentro de um mundo globalizado e o aumento da informatização com troca de informações em larga escala e em velocidade cada vez maior, a respeito das relações sociais é favorecida pelo desenvolvimento da tecnologia da informação, questionando-se a respeito da proteção à intimidade.

Historicamente, diversos foram os eventos, descobertas e empreendimentos que modificaram a maneira com que os grupos se constituem e com quem se relacionam.

Estaria a base material da sociedade sendo alterada de forma acelerada, por uma revolução tecnológica concentrada nas tecnologias da informação? (CASTELLS, 1999, p. 50).

As vítimas do *revenge porn* podem precisar mudar seus nomes e mudar suas vidas para escapar do dano à sua reputação, à sua honra. Muitas das vítimas podem sofrer traumas mental e emocional irreparáveis. A facilidade na comunicação através da internet permite que as vítimas do *revenge porn* possam ser seguidas ou

perseguidas mesmo quando mudam de escola ou trabalho, porque o dano as acompanha, onde quer que estejam. Caçadas por um efêmero momento, memorizado no mundo digital.

É comum o episódio em que a pessoa, geralmente a mulher ou adolescente, do sexo feminino, sem autorização, tem sua intimidade sexual divulgada nas redes sociais, sistema de mensagens e internet, pelo seu ex-parceiro que pretende vingança pelo término do relacionamento.

Quase que instantaneamente, a vítima tem suas fotos e vídeos armazenados nos smartphones ou em aparelhos semelhantes e em páginas pornográficas como mais uma que “caiu na net”. São diversos os transtornos proporcionados por esse compartilhamento indevido.

Além de comprometer a relação familiar, perda do emprego, sofrer perseguição, ter que mudar de escola por não suportar o bullying dos seus colegas, ou dificultar novos relacionamentos amorosos, a vítima pode optar ainda pelo suicídio, entendendo ser a melhor forma de solução diante tanta humilhação.

6.1 WARREN E BRANDEIS: O DIREITO DE ESTAR SÓ

Poderia ter sido resolvido apenas pelos princípios ou justiça, dever moral e conveniência pública moral e ser aplicado a uma nova matéria, fazer common law sem um precedente; muito mais quando recepcionado e aprovado pelo costume (WILLES, J.; MILLAR; TAYLOR, 1890, pp. 2303 - 2312, tradução nossa).

Este caso foi discutido na Corte Americana em 1890, e divulgado por meio do artigo *The Right to Privacy*, dos autores Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis. Trata-se do mais antigo precedente histórico de que se tem notícia, sobre invasão à privacidade (RODOTÀ, 2008, p. 15).

Neste tópico é feita uma releitura dos danos morais, como ofensa ao direito da personalidade, no entanto, analisa-se também se não seria um dos mais antigos julgamentos registrados acerca do dano existencial.

A partir de mudanças políticas, sociais e econômicas é que há o reconhecimento de novos direitos. Estes se renovam a depender das demandas sociais, podendo ser mais ou menos amplos. O reconhecimento legal de valores e de sensações humanas exigiu uma tutela ainda maior da pessoa, representada nas tentativas de prevenção e de repressão contra as ameaças. O que Warren e

Brandeis denominaram de “direito de estar só” (1890, p.193, p. 190, tradução nossa).

Pensamentos e sensações passaram a ser protegidos legalmente, como um reconhecimento das mudanças culturais. A exposição pública sem autorização dos indivíduos tornou-se motivo de ações de indenização judicial pelo uso indevido de suas imagens. Do judiciário era exigido que este fizesse valer a aplicação do princípio da proteção da vida privada, inicialmente conhecido, como visto o “direito de estar só” (THOMAS M.'COOLEY, LL, 1890, p.360, tradução nossa).

Mas, não demorou a estarem nos jornais, fotografias não autorizadas por seus protagonistas. Atitude classificada como uma invasão dos recintos privados e domésticos. Segundo Warren e Brandeis, os tabloides defendiam-se com a afirmação de que “o que é sussurrado no armário deve ser proclamado a partir dos telhados”, já a ofensa ao direito intelectual e ao direito de propriedade artística não passaria de uma lesão à privacidade, que independeria da análise de má-fé por parte de quem o praticou. Diante de tais fatos, a sociedade da época começou a proclamar pela necessidade da criação de sanções aplicáveis àqueles que fizesse circular retratos privados de pessoas, quando não autorizados por estas (1890, p.193, tradução nossa).

Os escritos, a imagem, e outras produções pessoais, não são protegidos contra roubo ou apropriação indevida, mas contra a publicação feita de qualquer forma; não se tratava do princípio da propriedade privada, mas do princípio proteção contra a violação de um direito da personalidade (WARREN; BRANDEIS, 1890, p.193, tradução nossa).

Nos idos de 1890, quando Warren e Brandeis ao escrever sobre o direito a ficar só, basearam-se na preocupação das pessoas acerca da proteção contra incômodos. Esta preocupação de não sofrer incômodos, rapidamente se expandiu às emoções humanas.

Os incômodos variavam desde aquele psicofísico até à concepção que a pessoa tem de si mesma, refletindo posterior e inevitavelmente em incômodos ao projeto de vida e à vida em relações. Por isso, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia reconheceu em seu artigo 8º. a proteção dos dados pessoais como um direito fundamental:

Artigo 8.º Proteção de dados pessoais. 1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses

dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente (CIDH, 2016).

Os países Europeus foram os pioneiros na proteção dos dados pessoais. As diferenças de culturas e dos sistemas jurídicos contribuíram para que a proteção dos dados privados ocorresse de forma mais breve. Proteção esta variável de país a país. Parte-se da experiência concreta de que as regras comuns correspondem à exigência de proteção aos danos à pessoa, radicadas na sociedade.

Com os avanços da civilização, com a maior intensidade e complexidade da vida, as pessoas - que haviam se rendido às notícias retratadas pelo mundo sob a influência da cultura - passaram a se tornar mais sensíveis à publicidade. O sentido da solidão e a vontade de se sentir sozinho consigo mesmo foram se tornando cada vez mais essenciais ao indivíduo. As limitações aos direitos à privacidade e os remédios que podem ser utilizados contra tal invasão devem ser previstos pelo direito.

Os modernos empreendimentos no setor das invenções trouxeram mais invasões à privacidade, sujeitando o indivíduo a danos e aflições morais. Estes muito maiores do que os causados por simples lesões corporais, atingindo a pessoa em sua existência.

A coleta e o tratamento de informações foram adquirindo novas dimensões. Se, de um lado cresceram o número de apelos à privacidade, de outro foi crescente a consciência quanto à impossibilidade de se confiar plenamente nos meios virtuais de comunicação, onde os dados repassados, na maioria das vezes, podem se tornar explícitos a outros.

A verdade é que os dados pessoais passaram a ser transferidos com maior velocidade e com menos “filtros de proteção” ao ciberespaço. Fragmentados e disseminados na rede, aos dados pessoais foi atribuído um valor monetário. Os dados pessoais passaram a ser vistos como uma informação valiosa, quase como um objeto de compra e venda. O que se busca e o que se “curte” na internet são exemplos de dados pessoais vendidos, por exemplo, pelo google e pelo facebook às empresas que desejam ser informadas acerca da satisfação do cliente (usuário), que podem ser facilmente obtidas pelos “filtros de busca”. Dados pessoais que também

servem ao poder público, como um índice de cálculo para a previsão econômica global.

Essa perspectiva traz à discussão os limites da auto-regulamentação quanto à proteção dos dados pessoais. Exigem-se regras que sejam comuns a todos os países, o que não leva necessariamente à conclusão de que é preciso menos privacidade para haver mais segurança.

Em muitos casos, a solicitação por uma maior proteção os dados pessoais visa garantir uma maior segurança individual e coletiva. No estreito o nexo entre liberdade e democracia, esta representa um dos valores fundamentais do nosso sistema democrático. Em contrapartida, a edificação de um sistema internacional repressivo contra o uso indiscriminado de dados pessoais ao tempo que protege o indivíduo, em sua liberdade, individual, pode reduzir a democracia da informação, esta conquistada após lutas pelo reconhecimento dos direitos dos cidadãos (RODOTÀ, 2008, pp. 18-19).

A tutela aos direitos da personalidade passou a envolver a existência do indivíduo no mundo em que vive, alcançando a sua reputação, o seu relacionamento com outras pessoas, o seu direito a ter convívio com os demais, as suas relações familiares e suas relações, na sua situação de ser- no- mundo.

O legislador, diante da modernidade das exigências constitucionalmente reconhecidas, mobilizou e criou mecanismos para defender o direito fundamental à privacidade, pois, as diversas possibilidades de danos contra a mesma mostravam-se inevitáveis, progressivas e imprevisíveis. Necessário é a criação de uma tutela capaz de corresponder ao quadro de globalização midiática, e proteger os dados pessoais (direito fundamental), hoje difundidos das maneiras mais diversas possíveis. As empresas não podem continuar na contramão da proteção de dados (RODOTÀ, 2008, p.15).

Mas, não se trata somente de proteção ou defesa da esfera privada contra as invasões externas. Está-se diante de uma realidade: o descontrole da disponibilização de informações pessoais na direção do estabelecimento de equilíbrios sócio-políticos.

Como uma tendência à organização social moderna, mas que vai de encontro ao direito que cada um tem à proteção de seus dados pessoais, resultado da distribuição do uso do poder pelas estruturas públicas e privadas. Como uma tensão

entre a necessidade de tutela às liberdades individuais e a eficiência administrativa e empresarial, entre a disponibilidade de informações e os detentores das mesmas.

6.2 CASO JANE DOE

Em fevereiro 2016, a Corte de Ontário, no Canadá, ao julgar o caso Jane Doe 464533 v. N.D. [2016] O.J No. 382 (Ont. SC), reconheceu pela primeira vez, uma forma de dano publicamente divulgado, derivado de fatos privados embaraçosos um caso típico de *revenge porn*. A decisão resultou na maior condenação monetária já aplicada às Causas de Procedimento Simplificado naquele país.

O julgamento versou sobre o caso de uma garota (demandante) que namorou o demandado, na época do colegial. Após certo tempo, ambos foram estudar em universidades e cidades distintas, mas sempre que se encontravam, mantinham relações afetivas e sexuais. O casal sempre se comunicava via internet e de outras formas on line.

Durante o relacionamento, a demandante foi incentivada pelo demandado a fazer vídeos íntimos de si mesma e foi persuadida a enviar, ao mesmo, esses vídeos. Para vencer a relutância da demandante em enviar os vídeos, o demandado assegurou que jamais os divulgaria e não deixaria que qualquer pessoa os visse. No entanto, no mesmo dia em que recebeu os vídeos, o demandado não só os publicou em um site de pornografia. Como também, mas mostrou o seu conteúdo a vários amigos alguns, inclusive em comum com a demandante. O vídeo foi retirado da web apenas três semanas depois do demandado tê-lo postado.

A garota (demandante), como resultado da circulação do vídeo, passou a sofrer de extrema ansiedade, de depressão e de problemas emocionais. Sua demanda foi recebida pela Justiça de Stinson como caso de *revenge porn*, sendo este reconhecido como uma arma devastadora do qual pode resultar em atos como, aumento de número de suicídios entre vítimas jovens, danos à reputação - que pode afetar o potencial para alguns futuros empregos – danos às relações pessoais e sentimentais que a vítima desenvolve com outras pessoas, atingindo emocionalmente o seu bem estar.

Não há, pois como precisar quantas vezes ou por quem os vídeos foram vistos, nem quantos *downloads* foram realizados, tal dano causado pelo *revenge porn* caracteriza-se por não ter limite do tempo, nem no espaço em que o mesmo se perpetuará de forma irreversível e permanente.

O vídeo, inicialmente divulgado em circunstâncias de confidencialidade, gerou um dano intencionalmente emocional e um sofrimento que não se limita às questões meramente comerciais. O demandado, em verdade, causou um dano substancial, agindo de má-fé e com o intuito de que os vídeos fossem divulgados para número indistinto de pessoas.

A Justiça de Stinson entendeu o ato do demandado como “invasão de privacidade no contexto de intrusão na vida privada” ou mais semelhante ao dano de “divulgação pública de fatos privados, embaraçantes, acerca da demandante”.

No julgamento o juiz classificou em sua notificação judicial dirigida ao demandado, a prática do ilícito do *revenge porn*, observando as consequências do ato do demandado causou um dano devastador à vida da demandante. Este tipo de dano hoje está no ranking dos motivos de suicídios praticados por vítimas adolescentes. Tal dano pode vir a atrapalhar os futuros relacionamentos dos lesados, principalmente quando esses se sentem fragilizados.

Enquanto alguns desses atos estão previstos pela lei federal canadense, este foi o primeiro caso que abordou a viabilidade de uma maior prevenção e repressão do *revenge porn* no sistema da *common law*.

A Corte decidiu favoravelmente a cada pedido solicitado, nas várias ações interpostas pela demandante. Primeiro foi considerada a quebra de confiança entre os litigantes, a partir do momento em que o vídeo foi enviado (em circunstâncias de confidencialidade), a um número indeterminado de pessoas. O demandado assim agindo descumpriu o contrato tácito firmado, enquanto ele e a demandante formavam um casal, causando uma lesão ao direito de privacidade quanto aos dados pessoais da demandante.

Em um segundo momento, a Corte julgou que, ainda que a divulgação não tenha se dirigido a promover recursos materiais a partir do conteúdo, que pode ser classificado como comercial, não foram encontradas diretrizes hábeis a indicar a direção e a distinguir um dano de contexto econômico comercial, do tipo de dano sofrido pela demandante.

A Corte reconheceu que tais divulgações representaram um impacto ao direito ao “*lost the enjoyment of life*” (prazer no aproveitar a vida) da demandante, derivado diretamente do sofrimento mental causado; e que o demandado era capaz de pressupor, após a postagem do vídeo, que daquele ato adviria um dano.

Os elementos constitutivos para a reparação da violação da privacidade, para Prosser, estariam consolidados no fato dos fatos privados terem sido divulgados publicamente, não bastando apenas uma divulgação privada; além disso, que os fatos divulgados publicamente deveriam ser derivados de atos privados e não de fatos públicos; por fim, que o assunto tornado público deveria ser tal a ser ofensivo e censurável a um homem razoável de sensibilidade comum (1960, p.394)

A Justiça de Ontário considerou que o fato da demandante ter ingressado com o pedido através do procedimento simplificado, as indenizações estavam limitadas à C\$100,000.00 (cem mil dólares canadenses). A sentença acolheu o argumento da demandante de que - para fins de avaliação do dano - o caso era semelhante ao de uma agressão sexual, em virtude dos profundos efeitos psicológicos, originados a partir deste delito.

A demandante esclareceu que, de diversas maneiras, o seu caso era pior que aquele já aventado anteriormente, visto não ser só a integridade de sua vida e privacidades sexuais que foram violadas a partir da postagem do vídeo, mas que a violação é contínua, porque devem ter sido feitas muitas cópias do vídeo, e estas devem ter sido armazenadas, portanto pode haver tranquilamente a possibilidade de continuarem a ser vistos.

Além disso, a demandante nesses casos foi exposta à humilhação pública devido ao fato que o vídeo se tornou conhecido entre os membros da sua comunidade, com conseqüente dano à sua reputação.

Foi arbitrado valor de C\$ 50,000.00 (cinquenta mil dólares canadenses), como uma indenização para os danos em geral e como indenização à invasão de privacidade, de natureza sexual.

O demandado foi condenado em mais C\$ 25,000.00 (vinte e cinco mil dólares canadenses), por cada dano causado à demandante, justificados em particular, porque a sua conduta poderia ter sido dissuadida a qualquer tempo, mas não foi (agiu dolosamente).

A Corte também julgou as liminares contra o réu e determinou ainda que o demandado destruía quaisquer imagens ou gravações que teria da autora; que fosse proibido de publicar ou circular as mesmas; e que fosse impedido de entrar em contato com a autora ou sua família. Os procedimentos correram em segredo de justiça e foram arquivados no acervo da Corte, com a finalidade de que não causasse nenhum outro futuro dano à autora.

Este caso ressoará por algum tempo, sendo o primeiro caso de remédio de direito civil de *common law* concedido a partir da nomenclatura de *revenge porn*. Ele ilustra efetivamente a habilidade que a *common law* tem de flexibilização de casos envolvendo atualidades nos desenvolvimentos da tecnologia.

O valor da condenação aplicado a este precedente foi limitado aos procedimentos que não foram contestados no processo (precedente), e aos procedimentos cujo contraditório não tenha sido observado.

A análise da Justiça de Stinson (Ontário) foi considerada um precedente aplicável aos casos futuros que versem sobre a mesma matéria, diante das mesmas circunstâncias.

Os Estados Unidos da América reformularam a versão dos delitos para enfatizar que a responsabilidade por ato de circulação de material privado - por si só ofensivo - decorre da ausência de razoabilidade de uma pessoa comum de saber que aquele conteúdo é privado. A condenação por indenização irá ocorrer todas as vezes que sabendo ou devendo saber que o conteúdo do material danoso ou questionavelmente danoso for publicado. Dito entendimento reforçou a aplicação do direito protetivo, a fim de assegurar à vítima - não culpada pela divulgação - de sentir vergonha ao ter fornecido a sua foto ou seu vídeo íntimo.

6.3 CASOS BRASILEIROS DE *REVENGE PORN*

Esse tópico foi escrito com base em fatos reais divulgados nos meios de comunicação, sob a denominação de vingança pornográfica, cujos danos existenciais provocados às vítimas que, por vezes, transcenderam suas próprias existências. Como será narrado a seguir.

Após ter conhecimento da divulgação de um vídeo em que aparecia praticando relações sexuais com mais dois outros adolescentes, a jovem que aparecia no vídeo afirmava apenas querer ter sua vida de volta, e dizia: “A minha vida virou um inferno” (...) “Eu morri em vida. Vai ser um trauma que eu vou levar para a vida toda” (RESENDE, 2013, p. 13).

A repercussão do vídeo na internet, fez com que a jovem parasse de estudar. Ela passou a sair de casa apenas para conversar com advogados sobre o processo que move contra o suspeito de divulgar as imagens.

Ela precisou mudar o visual, para não ser reconhecida nas ruas, deixou o trabalho em uma loja, porque, segundo ela, estava sendo condenada por muitas pessoas que não conhecem toda a história. Segundo a vítima, muita gente passou a chamá-la de vadia e prostituta. Esta história influenciou a relação com seus colegas de trabalho. Clientes entravam na loja e ofereciam-lhe programa de cunho sexual. A situação chegou ao ponto da jovem não saber se conseguirá voltar a trabalhar.

Outros casos concretos ocorridos no Brasil apontam que os danos causados às vítimas foram de tal extensão, que as mesmas preferiram terminar com sua própria existência, admitindo não conseguir conviver com a exposição que causara uma cicatriz profunda e permanente em suas vidas.

A veiculação não autorizada de fotos ou vídeos íntimos, de conotação sexual, com a finalidade de devassar a intimidade, privacidade e imagem de alguém, quando praticada pelo ex- parceiro (a), ao ser divulgada na internet, é responsável por uma série incalculáveis de danos, capazes de causar sequelas, por vezes irremediáveis na vida de quem foi exposto.

No Brasil, recentes relatos públicos explicitaram como a perda dos valores que davam sentido à vida pode ocasionar um vazio existencial de tão grande proporção, que a vítima ao se deparar com o “nada” que construiu dentro de si, venha a decidir por fim à sua própria vida.

Mulheres com idade entre 16 e 19 anos, que se enquadram na maior situação de exposição deste tipo de ato ilícito, adotaram a postura mencionada anteriormente, por não conseguirem lidar com o futuro que lhes adviria.

Em 2014, JR, uma jovem de 17 anos, se matou enforcada com uma prancha alisadora de cabelos, no Piauí, após ter sido divulgado na internet um vídeo onde a mesma é vista praticando sexo com uma garota e um rapaz, também menores de idade.

O vídeo e algumas imagens da garota foram distribuídos por meio de aplicativos de celular e logo se espalharam entre os moradores da pequena cidade onde morava.

Após tomar conhecimento de sua exposição na rede e escutar os comentários que das pessoas que passavam por ela e receber inúmeras mensagens enviadas através do seu perfil no facebook, a mesma, envergonhada e acreditando não saber mais como viver com a situação, cometeu suicídio.

No entanto, antes de tolher sua vida, JR gravou outro vídeo no qual ela se despede da mãe, com a seguinte mensagem áudio visual:

Eu te amo, desculpa eu n ser a filha perfeita, mas eu tentei... desculpa eu te amo muito mãezinha (...) Guarda esse dia 10.11.13 [sic]”. “hoje de tarde dou um jeito nisso. Não vou ser mais estorvo pra ninguém” “É daqui a pouco que tudo acaba.” “E tô com medo mas acho que é tchau pra sempre (EUFRÁZIO, 2013, p. 20).

Quatro dias após a morte de JR, outra adolescente, de 16 anos GF enforcou-se e foi encontrada morta em sua casa, no Rio Grande do Sul. Horas após descobrir que um rapaz havia postado fotos suas, com os seios à mostra, em redes sociais.

A pornografia da vingança é um crime que se perpetua, não se sabe quantas pessoas irão ver o vídeo ou fotos. É um dano permanente para o qual não há, no nosso sistema legislativo atual, previsão de parâmetros que sirvam de aferição quanto ao valor de sua indenização. Demonstra-se que não se trata de um mero dano moral, mas de um dano existencial, pois pode afetar o relacionamento amoroso das vítimas que poderão nunca conseguir ter a mesma confiança em seus parceiros, da forma como antes. Trata-se de uma vida inteira que é devassada, pela dificuldade de se readaptação à vida em sociedade. Esta que provavelmente já formou um juízo de valor sobre os fatos. Vítimas que podem vir a ser discriminadas no trabalho em razão da exposição de sua imagem, privacidade e vida íntima.

Fatos que indicam a necessidade de uma nova postura na aplicação das normas, situações em que os doutrinadores, aplicadores do direito e a jurisprudência não podem quedar-se inertes. Trata-se de casos em que as pessoas lesadas podem perder um projeto de vida que já vinha sendo delineado, já definido e concreto, provocando uma alteração no seu existir consigo mesma ou em convívio com as demais pessoas.

7 CASOS EXEMPLARES DE DANOS EXISTENCIAIS NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

7.1 Caso dos Irmãos Naves; 7.2 Caso da Escola Base; 7.3 Prisão indevida e dano existencial; 7.4 Dos danos Morais por ato de infidelidade Matrimonial

Os casos a seguir foram escolhidos por serem os de maior repercussão no âmbito nacional e porque o próprio STJ declarou publicamente serem os maiores erros do Judiciário brasileiro. Com isso, tornam-se os melhores pressupostos de estudo para o tema do dano existencial na jurisprudência pátria. Passemos às descrições e análises dos mesmos.

7.1. O CASO DOS "IRMÃOS NAVES"

Em 1937 o Brasil era governado por Getúlio Vargas que visava a implantação do “Estado Novo”, mesmo ano em que há a outorga da Constituição Federal do regime ditatorial. Por questões de conveniência do governo da época, a Carta Magna de 1937 suprimiu diversos direitos conquistados pelo povo brasileiro (RIBEIRO, 2013, p. 53).

No mesmo ano de 1937 o Brasil foi protagonista de um dos mais célebres casos de injustiça, por erro judiciário. Tratava-se de dois irmãos, da cidade de Araguari em Minas Gerais, e de um erro prisional, sem precedentes, denominado de “o caso dos irmãos Naves”.

Sebastião José Naves, de trinta e dois anos, e seu irmão, Joaquim Rosa Naves, de vinte e cinco anos, trabalhavam na lavoura e comercialização de cereais. Joaquim também era sócio de seu primo, Benedito Pereira Caetano que, em um caminhão Ford V-8, transportava as mercadorias a serem comercializadas.

Benedito esperava conseguir ganhar dinheiro com a revenda das sacas de arroz que havia comprado (no valor total de 136:000\$000 cento e trinta e seis contos de réis).

O preço do arroz tem uma queda, e Benedito à época recebe apenas um cheque no valor 90048\$500 (novecentos e quarenta e oito contos de réis e quinhentos centavos), por todas as sacas que estava revendendo. A venda representou uma perda significativa do dinheiro que foi investido na compra. As sacas foram vendidas por um valor inferior ao despendido na sua compra. Além de não ter lucrado, o valor apurado não serviria para que ele quitasse todas as suas

dívidas. Benedito recebeu o cheque e sacou o valor, desaparecendo dois dias depois.

Os irmãos Naves procuraram pelo primo por todos os lugares possíveis, falaram com o fornecedor e o comprador das sacas de arroz, mas não conseguiram qualquer notícia do paradeiro de Benedito.

O tempo foi passando e os irmãos, preocupados com a falta de notícias, procuraram a polícia para relatar ao delegado Ismael do Nascimento os últimos fatos. O delegado mandou os policiais efetuarem as buscas, porém, Benedito não estava em parte alguma.

O inquérito sobre o desaparecimento de Benedito foi instaurado e os irmãos Naves, Floriza (amante de Benedito), José Lemos (comprador das sacas de café) e outros dois amigos do desaparecido foram chamados para serem ouvidos como testemunhas.

Todas as testemunhas relataram que os últimos momentos com Benedito se deram por ocasião da festa de inauguração de uma ponte (entre Araguari e Goiás).

Joaquim disse que após a comemoração todos jantaram em casa e que o primo Benedito resolveu sair para passear no parque de diversões, portando com ele todo o montante em dinheiro (relativo ao cheque que sacou da venda das sacas de arroz).

Floriza contou que apesar de naquela madrugada ter dançado com o desaparecido, eles não dormiram juntos.

Sem pistas do paradeiro de Benedito aumentava ainda mais a pressão popular, que pedia a resolução do caso.

Assume o caso o delegado militar Francisco Vieira dos Santos que, no mesmo dia que em que assumiu o posto já começou a conduzir as investigações e a intimar novas testemunhas.

José Prontidão, que trabalhava no mesmo ramo dos irmãos Naves afirmou ter visto e ter trabalhado com Benedito em Uberlândia, pouco tempo após seu desaparecimento.

Dona Ana Rosa Naves, mãe dos irmãos Naves e de mais outros 12 filhos, viúva, com sessenta e seis anos (à época), confirmou a versão de Prontidão em sua oitiva.

Segue-se a tomada dos depoimentos de Salvina (esposa de Sebastião), e de Antônia (esposa de Joaquim), que disseram ter estado com seus maridos, nas suas respectivas casas, no dia em que houve o desaparecimento.

Orcalino da Costa (amigo de Benedito) mencionou em seu testemunho que acreditava terem sido os irmãos Naves os responsáveis pelo desaparecimento de Benedito.

O delegado, diante de tantos testemunhos, seguiu apenas este último depoimento, baseado no que o amigo do desaparecido meramente “imaginava”.

Os irmãos Naves e Prontidão foram presos e sofreram muitas agressões, passando fome e sede. Prontidão não conseguiu suportar a tortura por muito tempo, e decidiu modificar seu testemunho, para afirmar que só disse ter visto Benedito depois dele ter desaparecido, porque os irmãos Naves o haviam prometido uma gratificação posterior.

O delegado consegue então a acusação que tanto desejava, com base em depoimento obtido mediante tortura. Mas ainda seriam necessárias as confissões dos irmãos Naves.

Os irmãos continuaram presos no porão da delegacia, nus, não receberam alimentos ou água, sofreram torturas, sem se pronunciar sobre o fato que lhes era imputado.

O delegado mandou prender Dona Ana, obrigou a mesma a tirar as roupas e mandou os filhos baterem na mãe idosa (eles, obviamente, recusaram-se).

Todos são torturados, Dona Ana é estuprada, e somente foi solta após alguns dias. Ela foi à procura de um advogado, Dr. João Alamy Filho, que decide defender os irmãos Naves.

Em janeiro de 1937 foi impetrado o primeiro habeas corpus, relatando a prisão ilegal dos irmãos, submetidos ao júri. Confirmou-se o placar favorável aos irmãos. Mas o tribunal alterou o veredicto, com base Constituição de 1937. A única finalidade era a de obter a confissão de um crime que eles não cometeram

Novas testemunhas são ouvidas. Guilherme Malta Sobrinho afirmou ter visto o caminhão de Joaquim na madrugada do dia 23 de novembro. Disse ainda acreditar que os irmãos eram os responsáveis pelo desaparecimento de Benedito.

Os irmãos continuaram presos, e o defensor dos Naves relatou:

Dia a dia, levava os presos pro mato. Longe. Onde ninguém visse. Nos ermos cerradões das chapadas de criar emas. Batia. Despia. Amarrava às

árvores. Cabeça pra baixo, pés pra cima. Braços abertos. Pernas abertas. Untados de mel. De melaço. Insetos. Formigas. Marimbondos. Mosquitos. Abelhas. O sol tinha de quente. Árvore rala, sem sombra. Esperava. Esperavam. De noite cadeia. Amarrados. Amordaçados. Água? Só nos corpos nus. Frio. Dolorido. Pra danar. Pra doer. Pra dar mais sede. Pra desesperar (ALAMY, 1993, p.58).

A única técnica que funcionou como verdadeira tortura foi a separação dos irmãos. Contaram a Joaquim que Sebastião havia morrido, já sem esperanças de ser solto. Joaquim assim não consegue mais resistir e decide confessar o "não crime" e, declarou que no dia 12 de janeiro de 1938, ele e seu irmão convidaram Benedito para um passeio a Uberlândia, e no meio do caminho decidiram tomar água na margem do rio. Neste momento, Sebastião agarrou Benedito pelas costas e ele, Joaquim, introduziu uma corda no pescoço do primo, apertando-o. Afirmou que o primo desfaleceu e que eles acharam um pano em sua cintura, contendo a importância de noventa contos de réis, os quais puseram em uma lata de soda preparada para tanto. Em seguida, diz terem atirado o cadáver do primo na cachoeira do Rio das Velhas. Contou ainda que no caminho de volta para Araguari, escolheram uma moita de capim-gordura, entre duas árvores, aonde cavaram um buraco e esconderam o dinheiro roubado. A última parte do plano era procurar Benedito assim que retornassem à cidade, para que não se tornassem suspeitos do delito.

O delegado levou Joaquim para que pudesse reconstituir o crime. Também houve busca e apreensão, que resultou negativa porque não foram encontrados os panos que envolveram o dinheiro nem muito menos a lata com os noventa contos.

Não havia o que procurar, era impossível encontrar objetos que nunca foram usados, pois tal crime não havia ocorrido. Também não se achava o cadáver de Benedito. Destarte, ignora-se o exame do corpo de delito direto ou indireto, tudo baseado somente em uma "confissão" obtida sob tortura.

Joaquim estava tão desesperado para conferir alguma veracidade a sua confissão falsa que chegou a envolver seu cunhado Inhozinho, que negou ter recebido os noventa contos de réis. Ele explicou que fazia negócios com o cunhado, mas só havia recebido três contos de réis durante aquele período.

As autoridades policiais também tentaram dar outro defensor aos irmãos, que inseguros, recusar a oferta e mantiveram como advogado João Alamy Filho.

Dona Ana foi novamente presa e se recusou a assinar o depoimento. Alegou que era inocente e que se seus filhos se confessaram como autores da morte de Benedito foi por medo de sofrerem torturas por parte da polícia.

O processo foi bastante tumultuado. Depois da denúncia do Ministério Público, o pai de Benedito atuou como assistente de acusação.

Quando o advogado dos acusados, João Alamy Filho impetrou o primeiro habeas corpus, discutiu com o juiz e disse que "A justiça não tem que se haver com opiniões, mas com os fatos e com a lei. E a lei está sendo desrespeitada e é mais uma violência" (1993, p.58).

Dona Ana foi acusada como cúmplice do latrocínio. Tanto os irmãos Naves quanto a mãe ficaram presos durante a instrução do processo.

As esposas dos irmãos Naves foram presas. A tomada dos depoimentos das mulheres dos Naves eram colhidas sob ameaças de violência sexual constantes, a tortura a elas empregada consistia na ameaça de derrubar os seus bebês, que ficaram no colo de um tenente, todo o tempo sob a mira de um punhal (Editorial de História, 2012, p. 98):

Os filhos de Sebastião foram presos e privados de alimentação e de agasalho, o menor deles faleceu em decorrência do frio.

Outro habeas corpus foi impetrado e foi concedido em 5 de março de 1938, no entanto, a ordem de colocação em liberdade não foi cumprida.

A decisão de pronúncia, de 21 de março de 1938, apontou que:

O crime de que se ocupa esse processo é da espécie daqueles que exigem do julgador inteligência aguda, atenção permanente, cuidado extraordinário no exame das provas, pois, no Juízo Penal, onde estão em perigo à honra e liberdade alheias, deve o julgador preocupar-se com a possibilidade de um tremendo erro judiciário (...) No caso em apreço, em que o cadáver da vítima não apareceu, como não apareceu também o dinheiro furtado, a prova gira em quase que exclusivamente em torno das confissões prestadas pelos indiciados à autoridade policial, sendo notar que o patrono dos acusados, nas razões de fls. 143, informa ao juiz que tais confissões foram extorquidas e são produto da truculência, dos maus tratos e da desumanidade de que fez uso e abuso o delegado nas investigações primárias do delito (HC, 1938, p. 239).

O juiz, apesar da decisão acima transcrita, concluiu que era procedente a denúncia em relação aos irmãos Naves, somente improcedente em relação à Dona Ana.

Não foi levado em consideração que os noventa contos não pertenciam integralmente à vítima, que só tinha direito a um décimo daquela quantia.

Os réus recorreram da decisão de pronúncia, mas o Tribunal de Apelação de Minas Gerais negou provimento ao recurso, e os mesmos foram levados ao Tribunal do Júri.

Em junho de 1938 quando em uma das sessões o juiz Merolino Raimundo de Lima Corrêa perguntou a Sebastião o que ele poderia alegar em sua defesa. Ele então responde que assinou a confissão anexada ao processo, por medo e como consequência dos maus tratos recebidos da polícia. Disse ainda o réu que o fizeram tomar purgante de 15 em 15 minutos; que teve que se sentar sobre tachinhas; que foi amarrado e surrado até falar mentiras; que resistiu por 38 dias; que apanhou tanto que ficou com o corpo coberto de sangue; sofreu injustiças e suplícios; que esses suplícios alcançaram sua própria mãe, que foi obrigada a ficar nua e foi seviciada na polícia, terminou por dizer que jurava sua inocência em nome de Deus e de seus filhos.

Já quando o juiz fez a mesma indagação a Joaquim, este respondeu que não cometeu o crime de que era acusado; que se falou à polícia aquilo que constava nos autos foi como resultado de pancadas; que sua confissão dada à polícia e o interrogatório feito pelo Juiz do processo sumário foi baseado nas insinuações da própria polícia. Salientou que a polícia lhe fez ameaças extremas caso não confirmasse o delito; que foi bastante espancado na prisão e por fim, pediu a intervenção do Juiz Merolino Raimundo de Lima Corrêa para que cessassem os maus tratos que lhe eram infligidos.

O júri absolveu os réus por seis votos a um. Mas estes permaneceram presos até a apelação. A promotoria interpôs recurso pela falta de decisão unânime do júri, os réus foram novamente a julgamento pelo tribunal popular.

Em março de 1939 ocorreu o segundo júri Joaquim foi absolvido por cinco votos a dois e Sebastião por seis votos a um.

Mais uma vez o Ministério Público pediu novo júri por falta de unanimidade na decisão dos jurados.

Em julho de 1939, a Câmara Criminal do Tribunal de Apelação de Minas, em inobservância ao princípio da soberania dos veredictos, deu provimento ao recurso, cassando a decisão do júri. E condenou os dois irmãos a cumprir a pena de 25 anos e 6 meses de prisão, além de pagar multa de 16 ¼ sobre o valor do objeto roubado.

Em 1940, a defesa pediu revisão criminal, que foi negada, apesar de a pena ter sido reduzida para 16 anos e 6 meses de prisão. Em 1942, os réus pediram indulto ao Presidente Getúlio Vargas, mas não foram atendidos.

Após 8 anos e 3 meses encarcerados, já em agosto de 1946, Sebastião e Joaquim conseguiram o deferimento do pedido de livramento condicional, como reconhecimento do comportamento exemplar que tiveram na prisão. Eles voltaram para Araguari.

Em 1948, Joaquim morreu em um asilo da cidade, não resistiu às moléstias e torturas sofridas na prisão e veio a falecer de uma doença grave. Coube a Sebastião provar a sua inocência, e a inocência do irmão falecido.

Em 24 de julho de 1952 o caso teve uma reviravolta e a verdade veio à tona. O primo Benedito reapareceu. Estava vivo e residindo na fazenda de seus pais, em Nova Ponte. Apareceu após 12 anos e foi visto por Prontidão, que avisou a Sebastião sobre a ressurreição de Benedito. Sebastião, acompanhado de alguns policiais e de um repórter do Diário de Minas, dirigiram-se à fazenda para reencontrar o primo, tido como morto por todos aqueles anos.

Benedito voltou a Araguari, onde quase foi linchado pela população local. Foi preso preventivamente e acusado de apropriação indébita. Ficou detido por nove dias, mas como já havia decorrido o prazo prescricional da pena do suposto ilícito, teve a prisão relaxada. Em 1953, os irmãos Naves foram considerados inocentes da acusação. Como já foi dito, tarde demais, pois Joaquim já estava morto.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no dia 7 de abril de 1956, condenou o Estado a pagar aos irmãos Naves e a seus herdeiros a indenização de Cr\$ 12.000.000,00.

O Supremo Tribunal Federal pôs fim à batalha judicial no dia 8 de janeiro de 1960, no Recurso Extraordinário nº 42723 MG, cuja ementa prescreveu: Dano moral – Se repercute na economia popular, causando prejuízos, há que os responsáveis responder pelas indenizações de direito. Os irmãos Naves foram vítimas de um dos maiores erros judiciários do Brasil.

Os réus passaram anos presos indevidamente, enquanto o restante da família de cada uma deles foi submetida à condições desumanas. Todos sofreram tratamentos cruéis.

Que indenização seria capaz de compensar o que todos sofreram? Como recuperar o projeto que cada um desenvolvia para suas vidas? E quanto as esposas

dos irmãos Naves que foram presas? E os filhos de Sebastião que não bastasse terem sido presos e privados de alimentação e agasalho, o menor deles faleceu em decorrência desses fatos?

Será que o caso poderia ser solucionado somente com a condenação por danos morais? E a vida que se deixou de gozar com plenitude? E a privação de realizar as atividades habituais que foram cerceadas indevidamente? Como conviver com o fato de que duas pessoas morreram em decorrência do erro judicial?

Como justificar um aprisionamento ilegal que durou de 1937 a 1946? O que aconteceu depois de tudo isso?

Somente depois da publicação do livro escrito pelo advogado dos irmãos Naves, João Alamy Filho, a sociedade teve informação das principais peças dos autos, e se descobriu que em 1953 houve uma revisão criminal que inocentou os réus e que deu início ao processo de indenização, apenas conferida aos herdeiros em 1960 (27 anos depois das prisões de Joaquim Naves e Sebastião Naves).

No Brasil já ocorreram julgamentos nefastos, cruéis, antijurídicos e atentatórios aos preceitos legais. Poucos dentre vários casos foram selecionados para serem aqui narrados. A seleção dos mesmos deu-se pelo fato de terem sido reconhecidos pela jurisprudência, e pelo próprio STJ como os piores erros judiciais já praticados. A tese é demonstrar que eles estão diretamente associados ao dano existencial, conforme se verá.

O caso apresentado não fora decidido, nem indenizado como dano existencial, embora devesse tê-lo sido. Houve apenas uma compensação, paga monetariamente em nome das vítimas. Apesar da história dos irmãos Naves, na figura de cada um dos que sofreu o dano, ter perdido por completo seus projetos existenciais, jamais fora reconhecida sequer uma pensão vitalícia a Sebastião Naves ou aos herdeiros de Joaquim Naves, que faleceu em decorrência das torturas que lhe foram infligidas. Sequer houve o pagamento por danos morais. Estes não reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro à época.

7.2 CASO DA ESCOLA BASE

No início dos anos 90, Ayres e sua esposa Maria Aparecida Shimada, conhecida por Cida, formada em letras e com vocação para o ensino, resolveram abrir o seu próprio negócio, no caso, uma escola de ensino fundamental. Como não

tinham o capital suficiente, convidaram Paula Milhin de Monteiro Alvarenga (prima de Cida) que, por sua vez, pediu a ajuda do marido, Maurício de Monteiro Alvarenga, que ficou responsável por dirigir a Kombi que buscaria e levaria os futuros alunos à aula.

Em setembro de 1992, Cida interessou-se por uma escolinha, que estava a venda, no bairro da Aclimação, na capital do Estado de São Paulo. Por estar a antiga escola em franca decadência, Cida conseguiu concluir a compra por um preço acessível.

Começava ali a história da escola de Cida e Paula que, no momento em que assumiram o negócio, possuíam apenas 17 alunos, prestes a cancelar as suas matrículas.

A luta para o progresso da escolinha era árdua e diária. Ayres, marido de Cida, costumava sair do seu trabalho como fotocopador e ir direto à “Escola de Educação Infantil Base”. A finalidade era de ajudar a esposa no momento em que a mesma terminava o turno acadêmico, atendendo aos pais que chegavam para buscar seus filhos.

Paula e Cida já haviam trabalhado juntas antes, dando aulas em uma escola infantil em que Cida era diretora. Por isso a ideia de trabalhar em algo próprio e formarem uma sociedade se tornara possível.

Na sociedade das primas, Cida era a administradora e Paula a responsável pela parte pedagógica. Como resultado do trabalho árduo conseguiram construir uma edícula nos fundos da escola e transformar a pequena casa em um sobradinho de dois andares, com o quintal todo cimentado e com banheiros externos.

Parte dos serviços era feita pelos próprios casais Shimada e Alvarenga, nas horas vagas. Quando não conseguiam fazer por si sós, recorriam a crédito para pagarem as prestações.

No começo de 1994, com as últimas obras prontas, todos estavam esperançosos de que seu sacrifício poderia ter valido a pena, já que havia superado uma meta de 17 alunos (iniciais) a 72 alunos matriculados, número este que tendia a aumentar, pois, os proprietários planejavam fazer mais investimentos, através da realização de outras reformas e da compra de equipamentos para o local.

Porém, para o infortúnio de todos os envolvidos naquele investimento pessoal e profissional, o destino da Escola Base começava a mudar exatamente na noite do dia 26 de março de 1994.

As senhoras Lúcia Eiko Tanoue e Cléa Parente de Carvalho mães de dois alunos, ambos de 4 anos, dirigiram-se à 6ª Delegacia de Polícia, na zona sul de São Paulo e “prestaram queixa” contra dois casais, proprietários da escola e um terceiro casal, pais de um aluno.

Toda a tragédia que estava por acontecer começou quando a senhora Lúcia Eiko, mãe de Fábio, um dos alunos da escola, à época com 4 anos, relatou para a polícia que a criança, ao sentar em cima de sua barriga, começou a se movimentar dizendo “o homem faz assim com a mulher” (RIBEIRO, 2000, p. 20).

A mãe, diz ter sido pega de surpresa em decorrência do comportamento acima narrado, que afirma ter vindo do menino. Continua a mesma dizendo ter questionado onde o mesmo teria aprendido aquilo, mas que, inicialmente, o menino não quis responder, vindo logo em seguida a contar-lhe que aprendera com o videogame. A partir daí, Lúcia diz ter começado a inquirir a seu próprio marido se este teria levado o garoto a algum local inapropriado, e a resposta foi que não. A genitora menciona ter continuado a insistir com a criança para saber de onde teria partido aquelas informações que a criança obteve.

Além da mãe e da criança, ninguém havia presenciado aquela inquirição familiar. O fato é que a mãe declarou para a imprensa que o menino revelara barbaridades. O filho teria assistido uma fita pornográfica, na casa de Rodrigo, outro aluno da Escola Base, em um lugar (segundo “as palavras do filho”, que não fora ouvido), descrito como um “porão verde, jardim na lateral, muitos quartos, cama redonda e aparelho de televisão no alto”.

Quanto à maneira que tudo teria sido feito, falou mais uma vez, a senhora Lúcia, sem qualquer prova, mas sendo tudo anotado pela imprensa e reduzido a termo na delegacia. Afirmou que o filho teria sido levado à casa de Rodrigo por uma perua Kombi, dirigida por Shimada (Ayres, marido da proprietária da escolinha). A criança teria sido beijado na boca por uma mulher (Cida) e o beijo teria sido fotografado por três homens: José Fontana, Roberto Carlos e Saulo, pai de Rodrigo.

Denunciou ainda que Maurício -marido de Paula, sócia da escolinha- teria agredido a criança com tapas; que Cida teria feito com que a criança fosse virada de bruços para passar mertiolate em suas nádegas; que Fábio contou a ela que ardeu muito e que outros coleguinhas teriam participado deste episódio, nomeando-os por Iracema, Rodrigo e Cibele.

Lúcia, por conhecer a mãe de Cibebe, Cléa Parente de Carvalho, teria ligado e contado os relatos que disse ter ouvido de Fábio. Cléa teria ido conversar com a filha, que, segundo a genitora a teria lhe contado tudo, porém, da mesma forma como ocorrera a “conversa” de Lúcia com Fábio, ninguém presenciou a conversa de Cléa com Cibebe.

Cléa afirmou em depoimento na delegacia e na imprensa que sua filha teria contado “que teria sido introduzido em seu ânus um objeto esquisito, que ela não sabia descrever”, que “assistia a filmes de mulheres peladas e era fotografada nua” e que “os tios ficavam sem roupas e deitavam em cima dela” (RIBEIRO, 2000, p. 23).

Neste episódio, o jornalismo brasileiro não se baseou na incessante busca aos “furos de reportagens”, para vender mais notícias, mas sim em boatos sem fundamentos, sem ouvir os acusados, sendo responsável por um dos maiores danos à pessoa já causados pela mídia. Esta assumiu o papel de juiz, acusador e carrasco de seis pessoas, dentre as quais, três proprietárias da extinta Escola Base.

Há quase exatamente 22 anos, os donos da Escola de Educação Infantil Base, na zona sul de São Paulo, viram a sua escola ser depredada e suas casas violadas, como consequência de mentiras, de fatos não comprovados, não apurados, mas que foi ampla e irresponsavelmente divulgado pela mídia, que os rotularam de pedófilos.

As seis pessoas, incluindo Icushiro Shimada, Maria Aparecida Shimada e Maurício Monteiro de Alvarenga, foram noticiadas nas primeiras páginas dos jornais não só de pedófilas, mas de abusadoras de alunos (crianças) que ali estudaram, tendo utilizado a Kombi para promover orgias com os alunos.

Sem provas, sem serem ouvidos, sem terem seus depoimentos colhidos, sem defesa, apenas com o julgamento da opinião pública e a maioria dos veículos de imprensa, essas pessoas nem sequer acusadas oficialmente, foram difamadas, julgadas e condenadas, com a pena perpétua do não esquecimento, do dano aos seus projetos de vida, de sua vida de relações, em função de crimes, jamais praticados.

A histeria causada pelas falsas acusações, derivadas das queixas das duas mães, prestadas na delegacia, foi tão grande, que o caso tomou proporções enormes, principalmente porque o próprio delegado e os repórteres que “apuravam”

os fatos, não se preocuparam com o que deveria ser o principal, a busca pela verdade real.

Jornais traziam em seu texto, as queixas das duas mães, como se elas, de fato, tivessem sido apuradas e representassem a verdade absoluta e incontestável. Muitas das denúncias sequer haviam sido registradas nos autos da polícia. Depoimentos foram prestados aos repórteres que, corriam atrás de reportagens inéditas. Estes, sem qualquer preocupação ou responsabilidade para com as informações veiculadas. Estas sequer possuíam base comprobatória. Fatos eram divulgados pela polícia, sem qualquer critério ou compromisso com a ética profissional.

O delegado responsável pelo caso, Edécio Lemos, encaminhou as crianças ao IML. As mesmas tinham assaduras, aparentemente causadas apenas pela forma de se sentar e pela demora em trocar a fralda molhada.

Edécio obteve um mandado de busca e apreensão para o apartamento de Saulo e Mara. O delegado fez buscas na escola, nas casas dos demais “acusados”, e nada foi encontrado.

Como não havia prova alguma do fato narrado pelas mães, estas decidiram procurar a TV Globo para contar aquilo que já vinha sendo veiculado na mídia impressa. Neste momento, houve o início do fim dos projetos de vida daqueles que viram a construção de um sonho, tornar-se um dano causado às suas próprias existências.

O delegado Edélson Lemos discutiu com o jornal *Diário Popular*. A polícia tinha efetuado a apreensão de um filme fotográfico pertencente àquele jornal. O delegado Lemos telefonou para o editor do *Diário*, Paulo Breitenvieser e ofereceu informações com exclusividade, sobre o caso da Escola Base. Afirmou o delegado ter um furo de reportagem, casos de violência sexual envolvendo crianças de quatro anos.

Ribeiro, escritor do livro sobre a escola base relata que foi o repórter Antônio Carlos Silveira dos Santos, do *Diário*, o primeiro a conseguir uma declaração formal do caso. O delegado afirmou a Carlos Silveira que a polícia tinha apenas uma denúncia e que até ali não havia prova nenhuma, tudo precisava ser mais investigado (2000, p. 35).

Profissionalmente, Antônio Carlos ficou um tanto desapontado com a busca na escola, pois não havia qualquer indício concreto da existência do crime. O

repórter conversou com Ayres, que, conforme a narrativa de Ribeiro (2000, p. 36), lhe disse: “se vocês publicarem uma matéria dessas vão destruir a vida da gente”.

O jornalista publica que “O dono da escola foi pego de surpresa, mas não se encontrou nada que provasse qualquer ligação com um suposto crime. Ninguém poderia ir para a cadeia, nem por flagrante nem por prisão temporária”. Mesmo assim, foi divulgada uma reportagem afirmando serem os envolvidos culpados (RIBEIRO, 2000, p. 36).

Ainda naquele mesmo dia, o repórter da Rede Globo Valmir Salaro chegou ao local da Escola Base a fim de que a polícia fosse buscar os quatro proprietários da escola (Ayres, Cida, Paula e Maurício) para realização de entrevistas, com inquirições informais.

Foi instaurado um inquérito, que passou a tramitar sob a responsabilidade do delegado Edélson Lemos. A revelação “surpresa” aconteceu no dia do recebimento de um telex do IML, que, adiantando alguns resultados do exame de corpo de delito realizado nas crianças, informou que, “referente ao laudo nº. 6.254/94 do menor F.J. T Chang, BO 1827/94, informamos que é positivo para a prática de atos libidinosos. Dra. Eliete Pacheco, setor de sexologia, IML, sede” (RIBEIRO, 2000, p. 41).

A partir daquela informação todos os jornais passaram a ter conhecimento sobre o caso. O *Jornal Nacional*, da Rede Globo, publicou a notícia sem qualquer versão dos acusados, narrando que um inquérito policial havia sido aberto para apurar um possível caso de abuso sexual na Escola Base (RIBEIRO, 2000, p. 43).

Até o dia 30 de março os jornais expunham apenas informação sobre as acusações. Sem proferir juízos de valor quanto ao caso. No entanto quando o delegado deu início às declarações na mídia. A opinião pública já estava formada, no sentido de considerar as seis pessoas acusadas, culpadas do crime de pedofilia e de terem cometido perversidades com as crianças. Os acusados foram presos, fotografados e expostos na mídia, bem antes de findas as investigações sobre o possível fato criminoso.

A Folha da Tarde noticiava: “Perua carregava crianças para orgia”. O jornal *Notícias Populares* estampou em sua capa o título: “Kombi era motel na escolinha do sexo”.

A Escola Base foi depredada pela população e os suspeitos precisaram se esconder para não serem linchados. É forçoso esclarecer que aqueles sequer haviam prestado seus depoimentos à polícia.

A mídia, perdendo completamente a preocupação com a ética e em violação expressa à presunção de inocência causou um verdadeiro dano existencial para a vida dos acusados que, inocentes, jamais tiveram condições de se restabelecer econômica ou psicologicamente. Um dano que repercute até hoje por quem lembra e por quem é lembrado.

O sensacionalismo da imprensa foi tanto, que fez com que o novo delegado cometesse um grande erro, o de errar o número da casa em que realizaria o mandado de prisão (a casa era a de nº 23 e não a de nº 93). O delegado terminou por prender um americano chamado Richard, o qual não possuía ligação qualquer com o caso e foi solto somente nove dias depois.

Os menores chegaram a ser levados à casa de Richard para um possível “reconhecimento do local” e, pelo simples fato da filha de Cléa ter querido brincar com uma abelhinha de pelúcia que estava na residência, foi o suficiente para dizerem que ela estaria identificando o local.

No dia 13 de abril, após a prisão do americano e depois de tanta repercussão, foi esclarecido que ele sequer conhecia os “culpados” pelo caso da Escola Base... As notícias trazidas pela imprensa eram absurdas. A matéria apresentada pelo jornal *O Estado de S. Paulo*, visivelmente sem crédito, foi à seguinte:

(...) A mulher (mãe de R.) contou ter recebido um folheto de outra escola. Ao ver o papel, seu filho perguntou o que era aquilo, e, ao responder, o menino indagou: “Será que esta escola dá aula de educação especial como a minha?” A mãe quis saber como era a aula. Respondeu que uma professora, de nome Célia, o obrigou a tirar a roupa, tocou nele, enquanto o beijava. Ele contou que um “tio” ajudou na aula (RIBEIRO, 2000, p. 57).

Marcelo Godoy, da *Folha de S. Paulo*, trazia mais detalhes à notícia: “(...) A mãe perguntou para o filho (C.) que aulas eram essas. O menino disse: ‘a tia Célia pegava meu pipi e beijava e dizia que era para ele ficar grande como o do tio’ (RIBEIRO, 2000, p. 57).

Um arquiteto, amigo de Paula e que a conhecia desde pequena, ligou para marcar uma entrevista com os suspeitos, à exceção de Maurício, que achou arriscado voltar do Espírito Santo para São Paulo.

Aos acusados parecia não lhes restar mais nada. Sem emprego, sem casas, sem paz, sem liberdade e com as suas honras devassadas. O único que se propôs a escutar a versão dos acusados foi o jornalista Florestan Fernandes Jr, que, ao

entrevista-los descobriu e revelou a todos serem eles as verdadeiras vítimas do caso.

Lamentavelmente, seis vidas nunca mais foram às mesmas. O estigma de abusadores de crianças deixado pela imprensa vai acompanhar os acusados até o fim da vida deles, o que já havia chegado para alguns deles (RIBEIRO, 2000, p. 71).

A atitude de escutar o outro lado da história acabou incentivando que outras redações fizessem o mesmo. A *Folha da Tarde* foi em busca de mais informações, através da jornalista Marcela Matos, que obteve a declaração do presidente da Associação Paulista de Medicina, José Kanopolish, de que o laudo era incerto, não havia como ter certeza de que houve violência sexual; podia ser micose, vermes ou fezes duras (RIBEIRO, 2000, p.101).

A *Folha de S. Paulo* publicou uma declaração da coordenadora do Serviço de Advocacia da Criança da OAB, Lia Junqueira, que “criticou o fato de o delegado ter ouvido as crianças sem psicólogos” (RIBEIRO, 2000, p. 101).

Sem provas, o inquérito policial é arquivado, mas a vida dos acusados nunca mais seria a mesma.

A todo o momento surgiam novas provas da inocência dos envolvidos. Até que no dia 22 de junho, o delegado Gérson de Carvalho inocentou todos os envolvidos. Os jornais começavam a apresentar suas retratações, noticiando que os acusados eram, na verdade, vítimas do fato. Mas os danos já estavam causados.

Até hoje, as reais vítimas sofrem com as consequências do “não crime” de que foram acusados.

Maria Aparecida teve o sonho de ter sua escola depredado e exterminado, pelas falsas acusações.

Ayres, Saulo e Mara Nunes acumulam dívidas e passaram por problemas financeiros. Paula e Maurício Alvarenga se divorciaram. Ele desenvolveu a Síndrome do Pânico, tinha medo de sair à rua e, dependia de utilização de disfarces para falar até mesmo com seu advogado, por medo de ser reconhecido.

Paula mudou-se para a casa da mãe com suas filhas, com 60 kg acima do peso, sofreu depressão e nunca mais conseguiu emprego como professora. O filho do casal, durante todo o período que a imprensa anunciava horrores sobre seus pais, começou a comer com as mãos, porque soube que era assim que seus pais comeriam quando fossem presos.

Paula faleceu em 2001, Cida em 2007 e Ayres em 2014, sem terem recebido quaisquer indenizações.

As mães Cléa e Lúcia, aconselhadas pela psicóloga Walquiria Fonseca Duarte, continuaram com o tratamento psicológico dos seus filhos, e jamais retiraram as acusações, para não serem presas por denúncia caluniosa.

No dia 28 de março de 2013, o valor da indenização que o Estado de São Paulo devia aos seis envolvidos chegou ao valor de R\$ 457.000,00 (quatrocentos e cinquenta e sete mil reais).

O valor da condenação pelos danos morais e patrimoniais foram arbitrados no montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para cada uma das vítimas. Mas, chegando ao STJ, através do Resp. 351779, a indenização foi limitada ao valor de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil) a ser dividido entre todas as vítimas.

A Rede Globo foi condenada a pagar cerca de R\$ 1.350 000,00 (milhão e trezentos e cinquenta mil) aos donos e o motorista da Escola Base a título de danos morais. A Rede Globo ingressou com recurso na 7ª Câmara de Direito Privado do TJ paulista. O tribunal de Justiça de São Paulo decidiu, unanimemente, que “a atuação da imprensa deve se pautar pelo cuidado na divulgação ou veiculação de fatos ofensivos à dignidade e aos direitos de cidadania” e confirmou o valor da indenização fixado pelo juiz da primeira instância, como indenização pelos danos morais causados. O que significa dizer que por danos morais, neste caso, para esta Tese, deve se entender os danos existenciais.

Esse caso se tornou referência obrigatória nas discussões a respeito de ética no jornalismo e poder da mídia, bem como nos cursos de Direito, nas cadeiras de Constitucional, Penal e Processo Penal.

Com relação a ação de indenização interposta contra o SBT, o STJ considerou que os depoimentos anteriormente publicados, comprovaram que a emissora diariamente apresentou "reportagens de conteúdo inverídico e sensacionalista" sobre o episódio. No entanto, os ministros atenderam pedido da emissora para reduzir a indenização de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) para o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para cada um dos três envolvidos.

O STF ao julgar o Agravo de instrumento 496406 SP findou o julgamento do caso da Escola Base. Segundo o STF os direitos à liberdade de informação e à liberdade de imprensa, previstos constitucionalmente, não são absolutos. O STF esclareceu que, de maneira geral, na resolução do conflito deve ser sobreponderados,

pelo método do sistema de freios e contrapesos ou da ponderação concreta de valores, o princípio a ser aplicado ao caso concreto. Mas, demonstrado o exercício abusivo da liberdade de informar, provocado um dano inequívoco aos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana, da integridade da honra e da imagem, estes se sobreporão os direitos à intimidade, à vida privada e à imagem (CF, Artigo 5º, V e X).

O Agravo de instrumento n. 496406 SP, foi assim ementado:

Indenização - Danos morais - Veiculação de noticiário ofensivo à honra dos autores, sem a mínima cautela, nem apuração dos fatos, produtora de gravíssimos prejuízos de natureza moral para os ofendidos - Abuso configurado do exercício da liberdade de informar - Preliminares de inépcia da inicial, de falta de condição de procedibilidade e de obrigatoriedade de denunciação da lide rejeitadas - Decadência também afastada - Responsabilidade configurada - Indenização fixada sem excesso e até parcimoniosamente - Matéria preliminar repelida por inteiro e apelo não provido (Agravo de instrumento n. 496406 SP, 2013, fls. 66).

Em conclusão, foi decidido que os direitos individuais, previstos na Constituição, não podem ser considerados ilimitados e absolutos e que, diante de sua restrição natural - que advém do 'princípio da convivência das liberdades' - não é permitido que qualquer um deles seja exercido de modo a vir causar um dano à ordem pública e às liberdades de cada um. Os direitos individuais estão representados através dos direitos do homem, que inserido em sociedade, justifica o Estado Social de Direito.

7.3 PRISÕES INDEVIDAS E O DANO EXISTENCIAL: HISTÓRIAS DE PESSOAS QUE PERDERAM SEUS PROJETOS DE VIDA

Marcos Mariano Silva, mecânico, foi mantido encarcerado por 19 (dezenove) anos, ao total, somando-se suas duas condenações, por um crime ao qual não cometeu.

Sua primeira detenção ocorreu no município do Cabo de Santo Agostinho, Pernambuco, em 1976, sob a acusação de homicídio. Em 1982, seis anos após ter sido indevidamente preso, quando já havia sido deixado em estado de abandono, pela esposa e pelos filhos, Marcos Mariano foi solto, pois o verdadeiro culpado havia sido encontrado e já havia sido preso.

Em 1985, após dois anos do julgamento que o pôs em liberdade, Marcos Mariano da Silva foi novamente detido em 27 (vinte e sete) de setembro de 1985;

e foi encaminhado ao Presídio Aníbal Bruno - PE, mediante ordem judicial expedida, mais uma vez, pelo Sr. Juiz de Direito da Vara da Comarca de Cabo de Santo Agostinho-PE, que entendeu que Marcos tinha se evadido no período de tempo em que esteve sob livramento condicional.

O juiz determinou, em face do indiciado, o seu novo encarceramento, privando-lhe por mais de 13 (treze) anos ininterruptos - de 27 (vinte e sete) de setembro de 1985 a 25 (vinte e cinco) de outubro de 1998 - do maior bem da vida, a liberdade. Sem condenação em pena privativa de liberdade ou qualquer procedimento criminal, que justificasse aquele detimento em cadeia do Sistema Penitenciário do Estado.

Seguiram-se 3 (três) anos, quando em 1985 aconteceu a sua segunda prisão. Por uma falha no processo de execução penal, Marcos (posto em liberdade, por meio de decisão judicial), passou à condição de foragido, pelo mesmo crime do qual fora antes absolvido, levando a crer que o seu alvará de soltura não fora anexado aos autos do processo original.

Durante este novo período de prisão, Marcos passou a traficar dentro do Presídio Aníbal Bruno, e ficou cego dos dois olhos, após ser ferido por estilhaços de bomba de gás lacrimogêneo, por ocasião da debelação policial contra uma rebelião que havia sido ali iniciada. Neste período, ele se casou com outra mulher, que conheceu no presídio e, juntos, adotaram uma criança. Ele deixou a prisão novamente em 1988.

A partir das circunstâncias do caso foi que o STJ arbitrou uma indenização em R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais). Veja-se a Ementa do Recurso Especial nº 802.435 - PE (2005/0202982-0) relator. Min. Luiz Fux:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DECORRENTE DE ATOS PRATICADOS PELO PODER JUDICIÁRIO. MANUTENÇÃO DE CIDADÃO EM CÁRCERE POR APROXIMADAMENTE TREZE ANOS (DE 27/09/1985 A 25/08/1998) À MINGUA DE CONDENAÇÃO EM PENA PRIVATIVA DA LIBERDADE OU PROCEDIMENTO CRIMINAL, QUE JUSTIFICASSE O DETIMENTO EM CADEIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO DO ESTADO. ATENTADO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. **1. Ação de indenização ajuizada em face do Estado, objetivando o recebimento de indenização por danos materiais e morais decorrentes da ilegal manutenção do autor em cárcere por quase 13 (treze) anos ininterruptos, de 27/09/1985 a 25/08/1998, em cadeia do Sistema Penitenciário Estadual, onde contraiu doença pulmonar grave (tuberculose), além de ter perdido a visão dos dois olhos durante uma rebelião.** 2. A Constituição da República Federativa do Brasil, de

índole pós-positivista e fundamento de todo o ordenamento jurídico expressa como vontade popular que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana como instrumento realizador de seu ideário de construção de uma sociedade justa e solidária. 3. Consectariamente, a vida humana passou a ser o centro de gravidade do ordenamento jurídico, por isso que a aplicação da lei, qualquer que seja o ramo da ciência onde se deva operar a concreção jurídica, deve perpassar por esse tecido normativo-constitucional, que suscita a reflexão axiológica do resultado judicial. 4. Direitos fundamentais emergentes desse comando maior erigido à categoria de princípio e de norma superior estão enunciados no art. 5.º da Carta Magna, e dentre outros, os que interessam o caso sub judice destacam-se: XLIX - e assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; (...) LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (...) LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (...) LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; (...) LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; **5. A plêiade dessas garantias revela inequívoca transgressão aos mais mezinhos deveres estatais, consistente em manter-se, sem o devido processo legal, um ser humano por quase 13 (treze) anos consecutivos preso, por força de inquérito policial inconcluso, sendo certo que, em razão do encarceramento ilegal, contraiu o autor doenças, como a tuberculose, e a cegueira.** 6. Inequívoca a responsabilidade estatal, quer à luz da legislação infraconstitucional (art. 159 do Código Civil vigente à época da demanda) quer à luz do art. 37 da CF/1988, escorreita a imputação dos danos materiais e morais cumulados, cuja juridicidade é atestada por esta Eg. Corte (Súmula 37/STJ) 7. **Nada obstante, o Eg. Superior Tribunal de Justiça invade a seara da fixação do dano moral para ajustá-lo à sua *ratio essendi*, qual a da exemplaridade e da solidariedade, considerando os consectários econômicos, as potencialidades da vítima, etc., para que a indenização não resulte em soma desproporcional.** 8. In casu, foi conferida ao autor a indenização de R\$ 156.000,00 (cento e cinquenta e seis mil reais) de danos materiais e R\$ 1.844.000,00 (um milhão, oitocentos e quarenta e quatro mil reais) de danos morais. 9. **Fixada a gravidade do fato, a indenização imaterial revela-se justa, tanto mais que o processo revela o mais grave atentado à dignidade humana, revelado através da via judicial.** 10. Deveras, a dignidade humana retrata-se, na visão Kantiana, na autodeterminação; na vontade livre daqueles que usufruem de uma vivência sadia. É de se indagar, qual a aptidão de um cidadão para o exercício de sua dignidade se tanto quanto experimentou foi uma "morte em vida", que se caracterizou pela supressão ilegítima de sua liberdade, de sua integridade moral e física e de sua inteireza humana? 11. Anote-se, ademais, retratar a lide um dos mais expressivos atentados aos direitos fundamentais da pessoa humana. Sob esse enfoque temos assentado que "a exigibilidade a qualquer tempo dos consectários às violações dos direitos humanos decorre do princípio de que o

reconhecimento da dignidade humana é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz, razão por que a Declaração Universal inaugura seu regramento superior estabelecendo no art. 1º que "todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos". Deflui da Constituição federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual". 12. Recurso Especial desprovido (REsp nº 612.108/PR, 2004, p. 114, grifo nosso).

Para fixação dos danos materiais o STJ se utilizou dos seguintes resultados matemáticos. Se Marcos exercia a atividade de mecânico, como provado nos autos, e perfazia por mês uma renda mensal em torno de R\$ 1.000,00 (mil reais), multiplicando-se esse valor por 12 (doze) meses, o montante é de R\$ 12.000,00 (doze mil reais), como o autor se encontrou recluso por treze anos, sendo impedido de laborar, bastou a multiplicação de 13 (treze) vezes os anos de prisão; por doze mil reais (valor anual que deixou de ganhar), ou seja, o valor indenizado a título de danos materiais foi o total R\$ 156.000,00 (cento e cinquenta e seis mil reais).

Pelo fato do autor ter perdido as duas visões, em uma rebelião ocorrida durante o tempo de permanência na prisão foi julgado procedente o pedido feito na ação, no sentido de condenar o estado-réu a pagar a quantia de R\$ 396.000,00 (trezentos e noventa e seis mil reais), para fins desta Tese, relativos aos danos existenciais e não danos morais, pois não se tratou de mero sofrimento interior, mas de cegueira que foi capaz de modificar o projeto de vida da vítima e de alterar a sua vida em relações com as pessoas, pois sem a realização de suas atividades cotidianas e necessitando de assistência para voltar a conviver com as pessoas, em liberdade.

Marcos sofreu, em verdade, um dano existencial, pelo tempo em que não pôde conviver diariamente com sua mulher e seu filho; deixou de ser mecânico e poder obter renda a partir do seu próprio trabalho; foi mantido em condições subumanas na penitenciária; não pôde escolher com quem se relacionar, pois sua realidade se limitava ao convívio com as demais pessoas criminosas ali encarceradas; e se não estivesse preso não teria ficado tuberculoso e cego dos dois olhos.

A cegueira e a condição de ex-presidiário impediram o projeto de vida de Marcos, que esteve preso boa parte de sua vida preso, e mesmo após ter sido posto em liberdade, já cego, teve a diminuição de suas possibilidades (sociais, físicas e

econômicas); perdeu a possibilidade de ser mecânico (como antes); e de poder desenvolver as atividades que dependesse da visão. O dano causou uma alteração na maneira de conviver em sociedade. A cegueira, de caráter permanente, provocou um dano existencial na vítima, embora a indenização tenha se dado sobre a nomenclatura de dano moral.

Marcos recebeu o montante de R\$ 1 milhão de reais, em 2009, correspondente a primeira parte do pagamento da indenização a qual fora condenado o Estado.

Em 22 (vinte e dois) de novembro de 2011, Marcos foi notificado da publicação da decisão favorável, quanto ao pagamento da segunda parte do pagamento da indenização. Por obra do destino, neste mesmo dia, ele morreu de um infarto.

Segundo seu advogado Afonso Bragança, até a data de hoje a família não recebeu a segunda parcela que já deveria ter sido paga desde àquela época. Seu caso foi reconhecido como o maior erro judiciário do Brasil (OLIVEIRA, 2016, fl.3.3).

7.4 DOS DANOS MORAIS POR ATO DE INFIDELIDADE MATRIMONIAL

Tratou-se de uma ação de indenização por danos morais e materiais proposta por F.G. B em face de A.L.A.P pela infidelidade conjugal e a omissão da paternidade biológica da ex- esposa do autor da ação e também contra L.A.S, pela participação no adultério. O Recurso Especial 922.462- SP foi interposto nos autos do recurso de apelação, na ação de danos morais pela ocultação da verdade quanto à paternidade biológica, com pedido de repetição dos alimentos pagos a ex-cônjuge, em razão do descumprimento do dever de fidelidade recíproca e da omissão de informação ao autor da ação de que o mesmo não era o pai biológico de criança nascida na constância do casamento.

Veja-se a análise dos fatos. O autor alegou que em 11 de abril de 1985 se casou com a ré e que em 6 de abril de 1988, na constância do casamento, nasceu C.A.B. Este foi registrado como filho do casal. Em 8 de dezembro de 1989, houve a separação consensual do casal, foi concedida a guarda materna do filho, houve a fixação de alimentos à criança e à ex-mulher. O pai foi residir na Áustria, enquanto mãe e filho passaram a viver em São Paulo. Consta da inicial que:

(...) desde o nascimento do menino e muito especialmente após sua separação da ré, o autor desenvolveu por (...) intenso sentimento amoroso,

que floresceu da forma mais natural e espontânea possível: o sonho da paternidade se tornava realidade (...) A fim de vivenciar em toda extensão a extraordinária experiência afetiva que o primeiro filho sabidamente proporciona ao pai, o autor não poupou esforços para, sempre que possível e com bastante frequência, vir da Europa ao Brasil avistar-se com (...), ou, ainda, quando não poderia ausentar-se de seu emprego, providenciar para que a criança, cercada de cuidados, viajasse à Europa para encontrá-lo. Nas estadas do filho em Viena, (...), a par de tratá-lo como o maior desvelo, buscava entrosá-lo com os avós paternos, que ali residem, o que em muito reforçou o afeto filiar e avoengo. (...) Consciente do enorme afeto que o autor dedicava a (...), a mãe, (...), aparentava respeitar e estimar seu ex-marido, com ele discutindo o futuro do menino e dividindo as preocupações e alegrias próprias dos pais, em perfeita harmonia. O pequeno (...), por sua vez, sempre retribuiu os sentimentos de (...): para o menino este era o homem que, mercê de sua afeição, respeito, presença constante e equilíbrio emocional, lhe proporcionava amor e segurança" (e-STJ, 1989, fls. 38-39, grifo nosso).

Ocorre que em 1994, 6 (seis) anos após o nascimento da criança, o autor foi comunicado que não era seu pai biológico. A criança havia sido concebida como fruto de relação extraconjugal de sua ex-mulher com o segundo réu, conforme demonstrado em exame pericial hematológico (DNA) juntado em ação que teve curso na 1ª Vara da Família e das Sucessões no foro regional de Pinheiros (Processo no 568/95).

O ex-marido ajuizou ação para obter ressarcimento dos danos materiais correspondentes aos pagamentos alimentícios feitos por erro àquele que tinha por filho biológico e à ex-mulher, como exemplo despesas de viagens; gastos com moradia; caução de contrato locatício e aquisição de dois automóveis, bem como dos danos morais sob a alegação de ter ficado:

(...) amargurado pela torpeza da mulher e do suposto amigo; humilhado em seu círculo social; arrasado diante de seus próprios pais - de uma hora a outra privados do neto - o autor, cruel e injustamente ferido, um dia dormiu pai, para no seguinte acordar agoniado pela dor sem fim da perda do filho. (e-STJ 41, 1988, p. 156).

O autor requereu a condenação solidária da ex-mulher e do pai biológico da criança por danos materiais. Fundamentou tal pedido nos ilícitos cometidos pelos réus. Requereu ainda danos morais, argumentou serem estes decorrentes da quebra de confiança e de amizade dos réus, que segundo o autor geraram a ele trágicas consequências psicológicas (e-STJ, 1989, p. 42).

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido, condenou os réus ao pagamento de danos morais e afastou o pedido de ressarcimento material, conforme fundamentação abaixo:

(...) Razão assiste aos requeridos no que toca aos alegados danos materiais. Em 08 de dezembro de 1989 o autor e a co-ré solicitaram ao Juízo da 1^a. Vara da Família e Sucessões deste Foro a homologação de acordo para a sua separação consensual. Observa-se na petição juntada às fls. 19/24 a expressa concordância dos cônjuges quanto aos pressupostos do art. 1.121 do Código de Processo Civil. Destacam-se, pelas minúcias das cláusulas, as verbas cujo reembolso é pedido nestes autos. A r. sentença homologatória de fls. 25 transitou em julgado e até o momento não foi desconstituída pela via correta. Para que não haja desprestígio às decisões judiciais, tudo o que foi estabelecido pelas partes e acolhido por magistrado competente para apreciar aquele pedido subsiste. Até que surja decisão de órgão jurisdicional com poder modificador, validas e obrigatórias as disposições patrimoniais estabelecidas pelos cônjuges. Óbvio, contudo, que a partir da anulação do assento de nascimento de (...) (fls. 40/47) operou-se nova situação jurídica, desligando o autor - na qualidade de pai legítimo do dever de prover a subsistência do presumido filho. Anote-se, porém, que os reflexos da anulação em foco incidem exclusivamente sobre o dever alimentar decorrente da filiação e não retroagem ao ponto de retirar a eficácia e a obrigatoriedade das condições até então cumpridas pelo casal. Inexistiu pagamento indevido e, por conseguinte, não há que se cogitar em repetição do indébito. Ainda que admitido o pedido de restituição dos alimentos, a competência para o julgamento seria do juízo que estatuiu a pensão (...). Incontroverso que os réus se relacionaram sexualmente durante o casamento do autor e co-ré. Do contato sexual entre ambos resultou o nascimento de (...), indiscutivelmente (v. os exames hematológicos juntados) - filho natural de (...) e (...). O adultério em evidência também configura transgressão ao Direito das Obrigações cujas penalidades independem das sanções previstas no Direito Penal e de Família. (...) “Inegável que a opinião pública considera desonrado o marido pela infidelidade da mulher, ridiculariza-o, designa-o com termos e comparações obscenos. Para alguns estudiosos, ainda, o adultério da mulher é cenário de depravação maior, e que produz consequências mais danosas, porque pode introduzir, na família, filhos estranhos” (Revista Juriscível do STF, Vol. 29, DAVIDIP, p. LX/LXV). Sem deixar de lado o inadimplemento do dever legal e contratual de fidelidade materializado pelo adultério da requerida com o co-réu, convém demonstrar que o comportamento do autor durante o matrimônio não arreda o direito de ser indenizado. Indiferença, frieza, estímulos para que saísse sem a sua companhia e as tentativas de manter relações sexuais heterodoxas com a esposa são insignificantes se comparados à triste surpresa da descoberta das traições da esposa e do amigo. (...) Os autos carecem de prova de que o autor tenha influído de modo determinante para o adultério. Não há prova, também, de que tenha violado o dever de fidelidade e - o que fizeram os réus - gerado filho fora do casamento ou de uma união estável. O autor mora em outro país, constituiu nova família e não demonstrou ter sido um marido exemplar e dedicado, fatores que não excluem os danos morais por ele sofridos, embora possam influir na quantificação do dano. A exposição pública das suspeitas sobre a paternidade de (...) não impediu que o autor sofresse lesões psíquicas negativas. (...) Sem embargo dos contundentes argumentos dos requeridos ao apontar a conduta de (...) como determinante do ato ilícito que praticaram, impossível descaracterizar a infração civil com os dados concretos de convicção colhidos nestes autos. Apatia falta de disposição para acompanhar a mulher, preferência por outras formas de entretenimento, individualismo e fleuma não legitimam o adultério, nem aniquilam as lesões psíquicas enfrentadas pelo autor. (...) O autor deixou o Brasil pouco tempo depois da separação consensual e, portanto, não se sujeitou mais aos constantes constrangimentos em seu círculo profissional e social neste país. Será lembrado, no entanto, como o marido traído. A gravidade da ofensa é incontestável. As relações

extraconjugais eram do conhecimento ou da suposição dos amigos e apesar da presença do autor, os réus não demonstravam preocupação em ocultar esses fatos. O nascimento de (...) agravou os reflexos negativos do sofrimento vivido por (...), o qual reagia como o homem médio de sua origem germânica, cultura, crenças e condição social. Inegável, por outro lado, que a frieza (para os padrões brasileiros) com a qual se comportava o marido, o descaso pela vida social em companhia da mulher e o desinteresse pelo débito conjugal constituem causas diminutivas do valor da indenização, principalmente pela inexistência de comprovação de que o marido tenha procurado alterar seu estóico comportamento e conhecer as necessidades da esposa no escopo de preservar o casamento e impedir (...) de buscar a satisfação (sexual) com (...). Logo, conclui-se que a verba indenizatória de 10.800 salários-mínimos (mais de um milhão e quatrocentos mil reais) é excessiva, mesmo perante as milionárias indenizações fixadas pelos júris populares anglo-saxões duramente criticados pelo patrono do corréu. Considerando todas as circunstâncias supra explicitadas e com a razoabilidade imprescindível a este tipo de demanda, estima-se a indenização em 500 (quinhentos) salários-mínimos, montante suficiente para atenuar os prejuízos morais acarretados ao autor, punir satisfatoriamente a parte contrária e, ao mesmo tempo, evitar o enriquecimento sem causa no confronto com a capacidade econômica dos envolvidos" (e-STJ, 2000. pp. 753-759).

Todas as partes apresentaram apelação. O autor pleiteou a inclusão do dano material e a majoração do valor fixado a título de danos morais, com incidência de juros compostos no calculo indenizatório. Os réus pleitearam a rejeição da condenação ao pagamento de danos morais, e, subsidiariamente, a sua redução.

O Tribunal de origem duplicou o valor fixado na sentença a título de danos morais, para mil salários mínimos, fundamentou que o quantum antes fixado não se mostrava "compatível com a boa saúde financeira dos réus, nem com as particularidades do caso, denotativas de incomum desfaçatez e inigualável desprezo pela dignidade alheia" (e- STJ, 2001, p. 997). O tribunal afastou a possibilidade de condenação por danos materiais, sob o fundamento que "a reparação camufla insatisfatoriamente a pretensão à repetição de despesas todas elas de caráter alimentar, o que é juridicamente impossível" (e- STJ, 2001, p. 997).

Todas as partes interpuseram recurso especial contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

DOCUMENTOS. JUNTADA ALEGADAMENTE INTEMPESTIVA. REQUERIMENTO DE DESENTRANHAMENTO. INDEFERIMENTO. PRESERVAÇÃO NO UNIVERSO PROBATÓRIO. POSSIBILIDADE-TENDO-SE EM CONTA O DISPOSTO NO ART. 130 DO CPC, É FACULTADO AO JUIZ CONSIDERAR NECESSÁRIOS À FORMAÇÃO DE SEU CONVENCIMENTO DOCUMENTOS JUNTADOS EXTEMPORANEAMENTE, NEGANDO, POIS, SEU DESENTRANHAMENTO. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO ÉTICA E JURIDICAMENTE JUSTIFICADA POR VINCULAR-SE À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À HONRA. IMPOSSIBILIDADE, POR CONSEQUENTE, DE QUANTIFICAÇÃO SIMBÓLICA OU INEXPRESSIVA.

SEPARAÇÃO CONSENSUAL. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. PRETENDIDA DESCONSTITUIÇÃO COM FUNDAMENTO NA ALEGAÇÃO DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. AÇÃO RESCISÓRIA COMO ÚNICO INSTRUMENTO DESSE OBJETIVO" (e-STJ, 2001, p. 991).

O Recurso Especial nº 922.462, foi assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALIMENTOS. IRREPETIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE FIDELIDADE. OMISSÃO SOBRE A VERDADEIRA PATERNIDADE BIOLÓGICA DE FILHO NASCIDO NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. DOR MORAL CONFIGURADA. REDUÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO. 1. Os alimentos pagos a menor para prover as condições de sua subsistência são irrepetíveis. 2. O elo de afetividade determinante para a assunção voluntária da paternidade presumidamente legítima pelo nascimento de criança na constância do casamento não invalida a relação construída com o pai socioafetivo ao longo do período de convivência. 3. O dever de fidelidade recíproca dos cônjuges é atributo básico do casamento e não se estende ao cúmplice de traição a quem não pode ser imputado o fracasso da sociedade conjugal por falta de previsão legal. **4. O cônjuge que deliberadamente omite a verdadeira paternidade biológica do filho gerado na constância do casamento viola o dever de boa-fé, ferindo a dignidade do companheiro (honra subjetiva) induzido a erro acerca de relevantíssimo aspecto da vida que é o exercício da paternidade, verdadeiro projeto de vida.** 5. A família é o centro de preservação da pessoa e base mestra da sociedade (art. 226 CF/88) devendo-se preservar no seu âmago a intimidade, a reputação e a autoestima dos seus membros. 6. Impõe-se a redução do valor fixado a título de danos morais por representar solução coerente com o sistema. 7. Recurso especial do autor desprovido; recurso especial da primeira corré parcialmente provido e do segundo corréu provido para julgar improcedente o pedido de sua condenação, arcando o autor, neste caso, com as despesas processuais e honorários advocatícios (REsp nº 922.462/SP, 2013, p. 87, grifo nosso).

O recurso foi julgado pela Terceira Turma de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça e o Informativo nº 0522 (período 1º de agosto de 2013), assim se referiu à decisão:

A esposa infiel tem o dever de reparar por danos morais o marido traído na hipótese em que tenha ocultado dele, até alguns anos após a separação, o fato de que criança nascida durante o matrimônio e criada como filha biológica do casal seria, na verdade, filha sua e de seu "cúmplice" (INFORMATIVO DE JURISPRUDÊNCIA STJ nº 522, 2013, p. 15) .

O autor F.G.B afirmou ter sofrido uma grande lesão em seu projeto de vida e ter sido submetido a um grande constrangimento moral, decorrente da infidelidade de sua ex-esposa e alegou ter sofrido os seguintes prejuízos: i) danos materiais em relação ao valor dos alimentos pagos; ii) danos morais em face de A.L.A.P, resultantes da infidelidade desta com o L.A.S (amigo do casal, à época); iii) danos morais pela omissão quanto a informação de

inexistência de vínculos biológicos entre ele e a criança, de quem pensava ser pai (MORAES; SPENCER, 2016, p. 433).

Os réus alegaram que o autor e a ré, apesar de terem habitado sob o mesmo teto, não mantinham relações sexuais muito tempo antes da gravidez de A.L.A.P., portanto o autor teria como saber que não era o pai da criança.

Os réus foram condenados, em primeiro grau de jurisdição, ao pagamento de 500 (quinhentos) salários mínimos, a título de indenização por danos morais.

O autor e os réus recorreram e o TJSP majorou a indenização para 1.000 (um mil) salários mínimos. Do acórdão houve a interposição de recurso especial.

No Resp922.462/SP, assim foram as alegações das partes: i) L.A.S afirmou não ter havido adultério e não ter existido quebra do dever de fidelidade; ii) A.L.A.P. aduziu não ter havido omissão quanto a não paternidade biológica, pois o autor F.G.B havia sido informado pela própria A.L.A.P., que não era o pai da criança; e iii) F.G.B, renovou o pedido quanto à restituição das despesas pagas a título de danos patrimoniais, alegando que só havia pago os alimentos por acreditar ser ele o pai da criança (MORAES; SPENCER, 2016, p. 433).

A Terceira Turma do STJ proferiu o acórdão, decidindo por unanimidade, nos seguintes termos:

i) negou provimento ao recurso de F.G.B. (autor), sob as considerações de que o valor pago a título de alimentos, dada a sua natureza, são irrepetíveis, considerada evidente a incontroversa relação de paternidade socioafetiva de F.G. B com a criança. Concluiu o STJ ser tal fato incompatível com o pedido do ressarcimento por danos materiais;

ii) reconheceu que a infidelidade da ré gerou a violação aos deveres conjugais mútuos entre os cônjuges e que sua não informação quanto à inexistência de laços biológicos entre o autor e a criança eram suficientes para condená-la por danos morais, por isso seu recurso foi reconhecido parcialmente. Deu-se provimento ao pedido de irrepetibilidade dos valores alimentícios já pagos.

O relator, Ricardo Villas Boas Cueva entendeu que houve o descumprimento de um dever legal previsto n art.1666, I do CC (dever de fidelidade recíproca), associado à omissão quanto à verdade biológica acerca da paternidade da criança, fatos que deram ensejo a um profundo abalo emocional em F.G.B., que atingiu o seu projeto de vida, razão pela qual a ré foi condenada a pagar a indenização por danos morais causados ao ex-cônjuge; e

iii) sob o entendimento de que o relacionamento extraconjugal que L.A.S. tivera com a primeira ré (ex-cônjuge do autor) ser moralmente reprovável, seu comportamento não havia dado ensejo a uma obrigação solidária entre o mesmo e a ex-cônjuge do autor, vez que a formação deste tipo de obrigação depende de previsão em lei ou no contrato. Vislumbrado que ao caso em questão não era aplicada sanção por descumprimento de

conduta moralmente reprovável e que não se tratava de obrigação solidária, o STJ deu provimento ao recurso de L.A.S.

A infidelidade do cônjuge ou do companheiro (a) deriva de uma circunstância de cunho pessoal e de obrigação eminentemente moral, pois nem o Código Civil nem o Código Penal preveem tal conduta como ato ilícito. O mero descumprimento dos deveres matrimoniais legais, previstos no art. 1.566 do CC/2002 ou os deveres existentes entre aqueles que vivem em união estável, art. 1.724 do CC/2002 não é apto a acarretar os danos morais, ou seja, a violação ao dever de fidelidade recíproca não constitui motivação suficiente a ensejar a obrigação de indenizar.

Segundo o entendimento do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva (relator), em seu voto, nos autos do REsp 922.462-SP:

A felicidade não é assegurada de forma estática e permanente a quem quer que seja, mormente quando o amor não pode ser objeto de imposição legal. A dor da separação, inerente à opção de quem assume uma vida em comum, não é apta a ensejar danos morais de forma isolada. Em regra, o desconforto pelo desaparecimento do elo afetivo e consequente fim do convívio amoroso é, em regra, mútuo e recíproco. Ademais, o sofrimento, inerente ao desfazimento dos laços conjugais, antecede o processo judicial. Assim, a frustração da expectativa de felicidade a dois não desafia o dever de ressarcimento por danos morais por sua mera frustração. A ruptura do casamento constitui um ato doloroso para as partes, porém, em regra, restringe-se ao âmbito interno (REsp 922.462-SP, 2014, p. 230).

O adultério foi descriminalizado, e, portanto, identificar o culpado pelo fim da relação afetiva não é o mesmo que apontar o causador de um ato ilícito (arts. 186 e 927 do CC/2002) que enseje a indenização.

Ocorre que a infidelidade somada à falta de informação quanto à paternidade biológica da criança foi suficiente para causar um dano ao projeto de vida e um dano moral àquele que foi prejudicado com tal omissão.

A esta Tese interessará a análise do projeto de vida, mencionado na seguinte passagem da ementa do Resp. 922.462/SP:

(...) 4. O cônjuge que deliberadamente omite a verdadeira paternidade biológica do filho gerado na constância do casamento viola o dever de boa-fé, ferindo a dignidade do companheiro (honra subjetiva) induzido a erro acerca de relevantíssimo aspecto da vida que é o exercício da paternidade, verdadeiro projeto de vida (REsp 922.462-SP, 2014, p. 230).

O dano ao projeto de vida restou-se caracterizado na exteriorização do sofrimento da vítima. Esta acreditava ser o pai biológico da criança, ele havia delineado seu projeto para sua vida como genitor, responsável pelo provimento moral, econômico e afetivo de uma criança, com qual estabeleceu vínculos de amor e felicidade. Projeto este projeto que lhe foi

retirado, ao descobrir que o sonho de ser pai (biológico), de ter um filho com seus traços, a quem ele pudesse ensinar educar, preocupar-se com seu futuro, com sua herança terminou por repercutir na sua vida em relações com a criança, já que as viagens de visitação ao “pai”, residente na Áustria passariam a ser mais esparsas ou, a depender do autor, não existiriam mais.

Alertam Moraes e Spencer que o fundamento do recurso especial não deveria ter como base o artigo 186 do Código Civil, mas sim os artigos 927, cumulado com o artigo 187 do CC, por tratar-se de abuso de direito, representado na ausência da boa-fé objetiva e nos bons costumes. Estes são os fatos que possibilitaram a indenização por danos morais, que se tornou concreta ao autor após o conhecimento ter conhecimento de que não era ele o pai biológico da criança(2016, p.435).

Ao induzir o ex-marido a erro acerca de um aspecto importante em sua vida, a ex-esposa infiel modificou ou pôs fim ao projeto de vida da vítima. O ex-marido que imaginava ser o pai biológico da criança e que já havia modificado suas atividades cotidianas para exercer a função de pai, que havia alterado seus projetos de vida para neles incluir a educação, a criação e o acompanhamento da criança em suas fases infantil, juvenil e adulta, daquela que ele tinha por filha biológica.

Há pessoas que, com o conhecimento da posterior inexistência de paternidade biológica não veem tal fato como um dano ao projeto de vida, pois diante dos laços socioafetivos sólidos já firmados com a criança já a têm como filha e não importa se esta criança carrega ou não seu patrimônio genético. Vivendo bem com o fato de conviver com a criança e de ser o pai socioafetivo da mesma, não há que se falar em efetivo dano ao projeto de vida.

Da mesma maneira, há pessoas que não se conformam por terem sido enganadas, que sentem um vazio ou incômodo de difícil mensuração por terem sido levadas a acreditar ser o pai biológico da criança, quando de fato não o eram. A raiva causada pela omissão quanto à informação verdadeira em relação a paternidade pode gerar um sofrimento de difícil ou impossível reparação, que não se concentra apenas na não aceitação e no inconformismo.

Há pais que ao descobrirem que a criança foi fruto de uma traição, transferem toda a mágoa e sofrimento à pessoa da criança, começam a tratá-la com rejeição, por verem nela o resultado da infidelidade da ex-esposa ou ex-companheira. Pais que não conseguem conviver com o ato de para eles o filho ser apenas bem vindo

se fossem deles ou adotado, com o seu consentimento, sofrendo uma dor que resta exteriorizada na sua mudança de dar continuidade aos projetos que haviam definido para sua vida, e por isso nesses casos o pedido feito no recurso especial analisado é passível de indenização. Dir-se-ia que não apenas pelos danos morais, mas por verdadeiro dano ao projeto de vida.

8 PROVA QUANTIFICAÇÃO E LIQUIDAÇÃO DO DANO EXISTENCIAL PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS: SUA APLICABILIDADE

8.1 Os critérios de liquidação do dano existencial; 8.2 Quantificação do dano existencial; 8.3 Sentenças reconhecendo o dano existencial no Brasil: ainda que sob o título de dano moral

O objeto específico deste capítulo é o que se expor como se dá a prova do dano existencial e a sua quantificação. Posteriormente, serão analisados parâmetros de liquidação dos danos existenciais, para finalmente, do resultado da comparação das liquidações do dano moral e do dano existencial que serem apontadas as diferenças entre os mesmos.

A base para essas diferenças e sua toda a discussão que se pretende desenvolver tornou-se possível por ocasião do já mencionado Caso Loayza Tamayo vs. Perú, foi a primeira vez que o dano ao projeto de vida foi discutido na Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo este o mais antigo precedente daquela Corte. A partir dele, tornou-se possível a defesa do dano existencial no Brasil.

Ressalta-se que não é a pouca idade da vítima; a falta de sua inserção no mercado de trabalho; o não desenvolvimento completo de seu projeto de vida; ou o fato da pessoa ser portadora de alguma deficiência, que o dano ao projeto de vida não possa ser causado e não possa ser ressarcido.

Diante de cada uma das circunstâncias particulares é dever do juiz arbitrar a indenização, fundada esta no princípio da dignidade da pessoa humana, levando-se em consideração a vida que a vítima normalmente teria se o dano não lhe tivesse sido causado.

Como afirmado antes, se um recém-nascido, em decorrência de uma imperícia médica, passa um período de tempo sem respirar, e derivado dessa omissão tem uma paralisia cerebral, o juiz poderia considerar a qualidade e o desenvolvimento de uma vida digna que não permita à vítima ser excluída em virtude do dano sofrido, bem como o tratamento médico que precisará para conviver com o prejuízo sofrido.

Não se trata vir a se indenizar a vítima por tudo que ela deixou de vir a ser. Não se trata do instituto da perda de uma chance. Mas, de analisar um dano que impeça a pessoa de viver com naturalidade e inclusão ambiental. Impedimento deliberadamente provocado à sua existência, obrigando a quem o sofreu à mudança

de suas antigas atividades cotidianas ou direcionando-o a escolher outro meio de se auto - realizar e de se realizar em suas relações, por não conseguir fazer de outro modo.

Pode haver casos em que o dano venha a provocar incapacidades permanentes e de caráter somático na vítima, como exemplo o desenvolvimento de um transtorno de pânico, de um transtorno da personalidade ou de uma depressão, ou qualquer limitação prejudicial às atividades a serem desenvolvidas pela vítima do dano, como não ter coeficiente de inteligência que o torne apto a estudar e se alfabetizar - por ter contraído surdez e cegueira na infância- em virtude de uma infecção bacteriana que não foi tratada de maneira eminentemente adequada.

Justamente pelo fato de cada pessoa ter o seu projeto de vida é que se deve determinar a indenização do dano existencial, caso a caso. A natureza singular do ser humano faz com que a indenização precise ser aferida entre o que existe hoje (após o dano) e o que não poderá mais continuar a ser realizado; ou entre o que nunca pôde realizar com o que poderia vir a ser realizado cotidianamente, se não tivesse existido o cerceamento, a modificação ou impedimento, causado pelo dano, ao seu projeto de vida.

O dano existencial, representado pelo dano ao projeto de vida não corresponde à afetação patrimonial, que é possível quantificar, a partir de indicadores certos, mensuráveis e objetivos. O denominado dano existencial atende à realização integral de da pessoa lesada, considerando sua vocação, atitudes, circunstâncias, potencialidades e aspirações, cuja fixação razoável pode ser extraída das expectativas reais e concretas - e que já vinham sendo desenvolvidas - quanto aos alcances desta realização.

O dano existencial causa um prejuízo ao exercício da liberdade da vítima, de determinar-se segundo as circunstâncias temporais e sociais em que vive; ao passo que a extensão de seu prejuízo é analisada de acordo com a conduta negativa infligida à vítima - de não poder continuar a realizar e desenvolver suas atividades cotidianas - que a impulsionava a alcançar positivamente o projeto de vida que já havia sido delineado e vinha sendo executado ela, antes do dano.

O dano moral, enquanto *pretium doloris*, incide sob o aspecto psíquico da pessoa, mais precisamente no seu emocional, representado pela dor interior.

O tema da quantificação do dano moral é bastante árduo, visto estar diretamente relacionado a um sofrimento íntimo que fora causado à vítima, não

existindo precisamente um valor estimativo adequado a tal lesão aos direitos da personalidade. Não seria a mera dificuldade a razão para o indeferimento de uma compensação, pela via indireta da entrega de dinheiro.

No caso do dano moral o juiz, não obstante, a análise do caso a caso que é levado ao seu julgamento. Este deverá atender à repercussão econômica causada pelo dano – através da prova da dor sofrida - a conduta ou a abstenção da mesma e o nexo de causalidade atribuído ao ofensor. Finalmente, o juiz deve verificar a possibilidade de quem indeniza e a necessidade existente, causada pelo prejuízo sofrido pela vítima. Para tal, deve utilizar-se da equidade.

8.1 OS CRITÉRIOS DE LIQUIDAÇÃO DO DANO EXISTENCIAL

Como espécie de dano não patrimonial, o dano existencial não é de fácil quantificação. Seus critérios de avaliação devem ser individualizados através da conversão de um dano não econômico em valores monetários, tais que sejam aptos a consentir uma homogeneidade valorativa pelos tribunais (ZIVIZ; BILOTTA; 2013, p.84).

O dano existencial tem forma específica de tutela ressarcitória, de acordo com a lesão aos valores constitucionalmente garantidos. Já a lesão aos direitos da personalidade está albergados pelos critérios de prova, quantificação e liquidação próprios ao dano moral.

Para fins de ressarcimento do dano aos afazeres cotidianos e ao projeto de vida, que a vítima vinha desenvolvendo, a análise do alcance e *quantum* do ressarcimento se dará conforme critérios probatórios específicos, já estabelecidos pelas Sessões Unidas da Corte de Cassação n. 8827 e n. 8828 de 11.11.2008.

O entendimento da presente Tese é que, no âmbito do dano não patrimonial, para fins dessa tese, estão compreendidos o dano moral e o dano existencial.

O dano existencial foi reconhecido pela jurisprudência das Sessões Unidas da Corte de Cassação e pela Corte Constitucional (sentença n. 233/2003), italianas como dano derivado da lesão de (outros) interesses de nível constitucional inerentes à pessoa.

Neste capítulo o dano existencial é individualizado, dentro da tutela integral de todos os direitos dos indivíduos (diversos dos direitos da personalidade), e que são ressarcidos sem que haja prévia limitação estipulada, pois dependem do seu

sentido e do seu alcance para serem calculados (CHINDEMI, 2016, p. 67).

Na liquidação do dano não patrimonial como categoria unitária, com a distinção de suas subcategorias internas - dano moral e dano existencial - deve ser feita de modo que se evite a duplicação ressarcitória. Isto se torna possível a partir do momento em que o ressarcimento de um dano moral e de outro dano existencial são autônomos.

Estão compreendidos no dano existencial os prejuízos causados à vítima que a conduzem em um não fazer mais o valor dos prejuízos causados ao que vinha sendo realizado, antes que tal lesão lhe fosse causada.

No dano existencial, a consequência do evento lesivo não incide diretamente sobre a capacidade de renda da vítima, mas que há repercussão no estado de saúde do sujeito lesado ou nas suas relações extra-laborais, mais especificamente familiares, de entretenimento ou diversão, sociais e culturais (CHINDEMI, 2016, p. 71).

O dano existencial é individualizado, incidente sobre as repercussões sobre as atividades cotidianas do lesado. Causado, em específico, alterações nos hábitos normais da vida da vítima. Distinto do dano biológico ou do dano à saúde em sentido estrito - este inserido no dano existencial - o dano biológico caracteriza-se pela alteração do estado de saúde ou pela aquisição de uma doença que, se permanente, contém todos os requisitos à caracterização do dano existencial. Se o dano biológico for temporário, pode se situar, mas consiste em uma alteração do ritmo normal de vida, refletindo-se negativamente e provocando um estado de desvantagem conseguinte à impossibilidade do desenvolvimento de atividade de realização pessoal de quem sofreu o dano.

Pode ainda ocasionar uma verdadeira patologia médico-legal (paralisia atrofia, surdez, cegueira, perda de membros, etc.). A tutela do dano existencial deve dirigir-se ao preceito constitucional violado, independentemente da prova de perdas patrimoniais, porquanto o objeto do ressarcimento é a diminuição ou privação dos valores da pessoa inerentes ao direito protegido, como no exemplo abaixo.

Trata-se de uma Ação de indenização por danos morais e estéticos proposta contra a Prefeitura do Recife, Processo nº0023752-33.2010.8.17.001, que tramitou perante a Quarta Vara da Fazenda Pública da Capital.

A Ação foi proposta pela autora - agente administrativo há mais de 24 anos, trabalhava na Unidade de Serviço da Família, sob a gerência da Prefeitura Municipal

do Recife em Cafesópolis, no bairro da Imbiribeira, exercendo as atribuições de entrega de medicamentos solicitados pela população, de acordo com o receituário e requisição médica, quando ocorreu o acidente que a deixou bilateralmente cega - que, no dia 24 (vinte e quatro) de maio de 2007, ao exercer suas funções habituais na Farmácia da Unidade Saúde Família, no bairro da Imbiribeira - Recife, tropeçou acidentalmente em um recipiente (que estava no chão), e ao colocar o mesmo onde estava, teve contato com a substância que estava em seu interior e que vazou pela tampa, denominada Glutaraldeído (produto destinado à esterilização de equipamentos utilizados em cirurgias, que sequer deveria estar naquela unidade de saúde, segundo as normas regulamentadoras de segurança e saúde no trabalho em estabelecimentos de assistência à saúde; e mesmo estando ali, não continha informações quanto à sua nocividade nem havia equipamentos de proteção adequados aos seu manuseio), tudo conforme prova nos autos.

Em atitude subsequente, a autora voltou ao cumprimento de suas tarefas na farmácia, mas, após o contato com o produto tóxico ela começou a sentir os seus olhos coçarem, ocasião em que levou suas mãos ao rosto para coçá-los.

Vale ressaltar que o produto, destinado à esterilização de equipamentos utilizados em cirurgias, o produto conforme prova nos autos, não estava em lugar adequado segundo as normas regulamentadoras de segurança e saúde no trabalho em estabelecimentos de assistência à saúde, como dispõe a Norma Regulamentadora 32. Norma regulamentadora de segurança e saúde no trabalho em estabelecimentos de assistência à saúde.

Como seus olhos estavam ardendo muito, ela procurou a médica de plantão e sua gerente, sem êxito, porque ambas não estavam no local de trabalho em seus horários de expediente interno.

No dia subsequente a autora voltou à unidade de saúde que trabalhava e foi imediatamente liberada por sua gerente que pensou que a agente administrativo estava com conjuntivite.

Na realidade, a vítima foi acometida de cegueira bilateral. O juiz de primeiro grau condenou a Prefeitura Municipal do Recife no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), por danos estéticos. Houve apelação quanto ao valor indenizatório, pela parte ré, e o TJPE majorou a indenização por dano estético, causado pela cegueira, para o montante de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais). Típico caso de dano existencial, atribuir a denominação de dano estético mostra-se indevida, vez que a cegueira não

inflige mera aflição e desconforto em como a pessoa será vista externamente, mas na perda permanente de uma função, que a impedirá de ser e existir com os demais da mesma forma em que era e que agia, em momento anterior ao dano.

O dano existencial, reconhecido constitucionalmente, tem como objetivo proporcionar um sistema mais completo de garantia do princípio geral do "*neminem laedere*", compreendido na tutela de qualquer violação de um direito fundamental do indivíduo, sem limitação prévia, do valor de seu ressarcimento, que dependerá da análise da lesão e de sua extensão. Diferentemente dos casos de lesões aos direitos da personalidade, que são tutelados, exclusivamente, pelo dano moral.

Na liquidação do dano existencial estarão compreendidos todos os danos conexos, causados pela ausência de realização do projeto de vida da pessoa humana lesada.

A indenização do dano existencial é calculada sobre a vida em relações do lesado, com consequentes alterações de conteúdo apreciável monetariamente.

Seja sob o ponto de vista pessoal ou relacional. Portanto, com consequências externas na vida daquele que sofreu o dano. A vítima tem o dever de provar a existência do dano, já que a lesão aos valores constitucionais é um simples indício da existência do dano que deverá ser provado através dos princípios gerais em tema de prova.

Por outro, caso se recorra à valoração equitativa - nos casos em que o dano não possa ser provado através de um montante específico em dinheiro - para que seja arbitrado o quantum do dano existencial é sempre necessária a prova que o dano foi causado.

Na ausência de provas concretas, relativas ao dano existencial — por falta de uma determinação médico-legal exata — para demonstrar o efetivo prejuízo sofrido, a vítima pode utilizar como prova, as presunções dos "fatos notórios", ou as noções de "experiência comum"; ou mesmo as situações reais, baseadas na realidade sintomática em que se encontra.

Em todos os casos, deve haver a verossimilhança ou elevado grau de probabilidade daquilo que se alega ter sofrido.

Para fins de determinação do *quantum* deve haver a individuação do dano, para evitar possíveis liquidações arbitrárias, parâmetros de valoração homogêneos, que levem em conta todos os elementos da *fattispecie*; portanto, deverá ter-se em conta i) a personalidade do sujeito lesado; ii) o interesse violado; iii) a atividade

desenvolvida pela vítima; iv) as repercussões do dano sobre a personalidade do sujeito lesado; v) as alterações provocadas pelo dano, no âmbito familiar social da vítima.

O dano existencial como já foi relatado é uma lesão à integridade psicofísica, ressarcível independentemente da capacidade de produção de renda da pessoa que foi lesionada.

O dano existencial é individualizado, com base na definição de Cendon (2002), na lesão ao sujeito que, além de atingir sua integridade psicofísica (dano moral), produz repercussões negativas permanentes e indelévels às relações sociais da vítima, ou seja, em suas relações externas, no seu modo de ser, quer seja pessoal quer seja profissional, familiar ou afetivo.

Este tipo de dano afeta o modo que cada um tinha de viver, obrigando o indivíduo a adaptar-se em conformidade ao dano e não poder retomar as atividades que o fazia realizar-se enquanto pessoa. Necessário que seja substancial a alteração a ser analisada e provada no caso concreto (uma das razões de diferenciá-lo do dano moral é a necessidade da comprovação documental e efetiva do prejuízo e seu alcance, vez que se exterioriza).

Com essa modalidade de dano, a qualidade de vida é alterada de um “agir” “agir de outro modo”...“não poder mais fazer como antes”. Tradução nossa (RUSSO, 2014, p.92, tradução nossa).

O dano existencial refere-se ao ambiente externo e ao modo de exercer as relações sociais do sujeito lesado e do relacionamento das pessoas com ele. A exteriorização da própria personalidade resta empobrecida ou perdida.

O dano existencial é aquele avaliado pela extensão das perdas ulteriores ao dano em si, destaca-se pelo seu caráter permanente, atemporal, que resulta no impedimento ou mudança no projeto de vida que a pessoa vinha desenvolvendo, não se trata de perda de uma chance (instituto que não será aqui estudado) porque neste a análise da extensão do prejuízo acontece em relação ao que não se pode obter.

No dano existencial, a extensão do dano será calculada sobre o que não se pode mais fazer, depois que o dano foi causado. Representa a modificação da realização da vida que estava sendo desenvolvida, de tal modo que seja capaz de transformar os hábitos, de alterar as relações pessoais, amorosas, profissionais e

sociais da vítima, em razão de tudo que efetivamente perdeu nas relações existenciais.

8.2 QUANTIFICAÇÃO DO DANO EXISTENCIAL

As peculiaridades dos elementos constitutivos que caracterizam o dano existencial — dano ao projeto de vida, dano das relações sociais da pessoa — terminam por demandar uma particular atenção em relação a sua quantificação.

A multiplicidade de forma que podem ser abrangidas pelo dano existencial torna imprescindível que haja um pedido específico por parte do sujeito lesado, quando o mesmo solicitar o ressarcimento pelo prejuízo que lhe fora causado.

Para a quantificação do dano existencial, segundo Mazzon, devem ser fornecidos e provados todos os elementos, modalidade e as peculiaridades da situação de fato, por meio do qual possa emergir a prova do dano em si mesmo (2012).

O dano existencial é o prejuízo que o dano causa nos afazeres cotidianos da vítima (afora as fontes geradoras de renda); altera suas hábitos e a estrutura relacional que lhe eram próprias; intervém nas suas atividades cotidianas e lhe priva da realização de sua personalidade com o mundo externo. Sua tipologia não está baseada no dano de natureza meramente emotiva e interior (própria do dano moral), mas em um prejuízo que pode ser calculado de maneira objetiva, sendo necessário que a vítima ofereça “a prova de que teve de escolher uma vida diferente daquela que seria adotada se não fosse verificado o evento danoso” (SESSÕES UNIDAS DA CORTE DE CASSAÇÃO, sentença n. 6572, 2006, p.1359).

Em relação ao dano existencial, o juiz deve se ater às alegações que o lesado fez sobre o direito fundamental que foi lesado, sobre a medida e a extensão da lesão provocada em sua vida.

O juiz deve suprir a falta de indicação dos direitos violados ou utilizar fórmulas standardizadas, somente quando essencialmente alusivas ao caso específico. O dano existencial deve ser reconhecido pelo juiz como consequência da lesão a direito constitucionalmente garantido. Caso não haja provas suficientes de que o dano foi provocado e que dele advieram consequências permanentes será, então, necessário que a vítima prove que o dano alterou seus hábitos, costumes e práticas corriqueiras.

(...) os tipos de danos existenciais e à imagem não podem ser considerados em re ipsa, mas devem ser ensaiados em relação à existência e extensão dos sintomas relacionados a esses rumores [...] (MAZZON, 2012, p. 211, tradução nossa).

(...) em tema de dimensionamento desqualificação, para o reconhecimento do direito do trabalhador ao ressarcimento por acidente de trabalho, por dano biológico ou existencial, é imprescindível a alegação específica em relação a um deles, na petição inicial, a natureza e as características do prejuízo em si mesmo; enquanto o ressarcimento do dano biológico é subordinado à existência de uma lesão à integridade psicofísica, medicamente determinável, o dano existencial — deve ser entendido como qualquer prejuízo (de natureza não meramente emocional e interior, mas objetivamente verificável), provocado sobre as atividades normais (que não geram renda ao sujeito) que altere seus hábitos e sua estrutura relacional, induzindo o lesado a escolhas de vida diversa quanto à expressão e realização da personalidade no mundo exterior — deve ser demonstrado em juízo por todos os meios permitidos no ordenamento jurídico, a prova por presunção, por outro lado, assume importante relevo, por meio da complexa valoração de elementos dedutivos precisos (característica, duração, gravidade, etc) — cujo isolamento do fato em si, resolveria uma lacuna do procedimento lógico — do qual se possa partir de um fato conhecido a um fato desconhecido, ou seja, a existência do dano, recorrendo-se às noções gerais derivadas da experiência, da qual uma serve a outra para o raciocínio presuntivo e nas valorações das provas (CASSAÇÃO CIVIL, Sentença n. 13281, p. 63, tradução nossa).

A valoração econômica do dano deverá ser determinada através de um procedimento baseado na equidade.

Segundo D'Apollo, as características morfológicas do dano existencial estão substanciadas na gravidade da ofensa ao direito constitucionalmente garantido e na durabilidade das consequências danosas, resultantes do comportamento lesivo do autor do dano (2006, p. 63).

Para aquele autor, o dano existencial se caracteriza pela lesão cujas características sejam a gravidade e a durabilidade ou permanência das consequências prejudiciais, sem as quais o *nomen iuris* de dano “existencial” não teria sentido. Portanto, afirma D'Appolo que o conceito quanto à duração, para ser utilizado como parâmetro da indenização do dano existencial é uma piora, atemporal ou permanente à existência de quem o sofreu.

O conceito quanto à duração (*quantum temporis*) do prejuízo existencial precisa ser aferida de acordo com a extensão (permanente ou duradoura) da piora causada na vida relacional do sujeito.

Prescindindo das consequências psicológicas, será ressarcível o dano hedônico desde que seja não apenas grave, mas durável no tempo, sem que essa durabilidade possa ser definível ou reversível. Logo, excluídos do dano existencial

estão as lesões que, apesar de graves, não são permanentes (D'APOLLO, 2006, p. 20).

Como no exemplo do acidente aéreo os jogadores de futebol do time da chapecoense. O avião da LaMia que iria para Medellín na Colômbia, caiu no dia 29 de novembro de 2016, com 77 pessoas a bordo. Destas 71 morreram, incluindo 19 jogadores da Chapecoense que disputariam a final da Copa Sul-Americana contra o Atlético Nacional.

Segundo as investigações e a confirmação da aeronáutica colombiana, o avião caiu porque estava sem combustível suficiente para chegar ao aeroporto. O laudo dos investigadores colombianos apontou que a aeronave da LaMia possuía plano de voo irregular e que o piloto relatou tardiamente a situação de emergência. As conclusões foram apresentadas em um relatório preliminar, baseadas nas gravações obtidas a partir do exame das caixas-pretas do avião (REVISTA ÉPOCA, 2016, p. 15).

Alfredo Boca negra, diretor da Aeronáutica Civil, afirmou à Revista Época que o piloto (Miguel Quiroga), tinha conhecimento que o combustível na aeronave não era suficiente para chegar ao local de destino, e que na aeronave havia um alarme que alertou sobre a baixa quantidade de combustível (REDAÇÃO ÉPOCA, 2016, p. 16).

Os colombianos ainda responsabilizaram a Administração de Aeroportos e Serviços Auxiliares à Navegação Aérea da Bolívia, o órgão que aprovou o plano de voo do LaMia, considerado irregular por causa da autonomia da aeronave, similar ao tempo de voo até Medellín. O avião partiu de Santa Cruz de La Sierra, na Bolívia, e caiu pouco antes de pousar. As gravações do interior da aeronave também revelaram que piloto e co-piloto conversaram sobre a possibilidade de fazer escala em Letícia, na Colômbia, ou em Bogotá, porque o avião estava "no limite do combustível". Mas acabaram descartando essa ideia. As investigações descartaram qualquer possibilidade de que tenha havido falha técnica.

Guilherme Molina, médico do Hospital San Juan Dios, detalhou a situação dos sobreviventes, da seguinte forma:

Chegaram vivos aqui o Rafael, jornalista de Chapecó, e um jogador da Chapecoense, o Alan Ruschel. Os dois estavam em um estado complicado geral. (...) O Neto chegou em estado muito severo, comprometimento encéfalo-craniano, no tórax, fraturas expostas de membros inferiores, foi entubado, passou por exames, está em cirurgia" (...) Já o Alan Ruschel chegou entre 2h30 e 3h da manhã (horário local), estava com uma fratura no membro inferior, comprometimento abdominal, e uma fratura de vértebra. Foi transferido para outra clínica para seguir exames e o procedimento porque necessitou de imobilização na coluna (CORREIO BRAZILIENSE. Agência Estado e Gazeta Press, 2016, p. 20):

Para os objetivos desta Tese serve a comparação das situações entre os jogadores: a) o goleiro reserva, Jackson Folmann, teve a perna amputada; do lateral-direito, Alan Ruschel fraturou a décima vértebra, teve outras fraturas múltiplas e alguns problemas respiratórios; e do zagueiro Neto, resgatado mais de 6 horas depois da queda do avião, sob forte chuva e o frio, com hipotermia e um grande corte na cabeça. Neto chegou ao hospital em estado grave, sedado, com respiração mecânica, pneumonia, uma fratura na vértebra lombar e uma ferida na tíbia esquerda (CORREIO BRAZILIENSE, 2016, p. 25):

Ao defender a Tese de que para a confirmação do dano existencial são necessárias consequências permanentes, Folmann foi o atleta que de fato teve uma piora na qualidade de vida e não poderá mais jogar ou exercer - da mesma forma - suas atividades cotidianas, pois teve sua perna amputada (O GLOBO, 2016, p. 30). Sua vida dinâmico-relacional ou existencial com danos irreversíveis às condições de vida cotidiana, constituem prejuízos não patrimoniais ontologicamente diversos e todos ressarcíveis. Sendo o único a poder pleitear ressarcimento por dano existencial.

8.3. SENTENÇAS RECONHECENDO O DANO EXISTENCIAL NO BRASIL: AINDA QUE SOB O TÍTULO DE DANO MORAL

Em decorrência da errônea aplicação do dano moral, quando a condenação imposta deveria ser a de indenização por dano existencial, foram escolhidas algumas sentenças, para a melhor visualização desta temática:

a) Indenização – Responsabilidade civil – Hospital – Dano moral – Vírus HIV adquirido por recém-nascido em transfusão de sangue – Constatação após dez anos – Admissibilidade – Contaminação por outros meios afastada pela prova pericial – Verba devida – Sentença confirmada – JTJ 251/117.

Alguém que desde o seu nascimento já contraiu o vírus da AIDS, em função de um erro hospitalar, teve modificado seu projeto de vida, em decorrência de um dano irreversível à sua saúde, desde o início de sua vida e a maneira como ele terá que se relacionar com as outras pessoas, para não contaminá-las.

É consabida a grande presença de preconceito e a falta de mesmas oportunidades de ocupar um posto de trabalho, ou até de não poder escolher

algumas profissões, em virtude da presença incurável do vírus HIV. O portador pode inclusive, ser levado a desenvolver um sentimento de culpa em um relacionamento amoroso, quanto à possibilidade de transmissão do vírus.

No caso em análise, a criança contraiu o vírus da AIDS, por culpa de terceiros (Hospital), por ação ou omissão. Condenado à necessidade do uso contínuo de remédios, da submissão a tratamentos, sem que tenha podido optar por este projeto em seu viver existencial, podendo causar-lhe, no mais das vezes o *the lost enjoyment of life*.

Para os portadores da AIDS, um dos maiores inimigos é o preconceito que o atinge em suas relações sociais com as demais pessoas em sociedade. Outro grande inimigo é o conflito interno da vítima, em seu próprio existir, no seu projeto de vida. Temas como a morte, sexo e julgamento moral, podem acompanhar toda a vida do paciente, e refletirão em sua sexualidade.

Nos dias atuais são 38 milhões o número de pacientes em todo o mundo; 13 milhões já morreram e 90% dessas pessoas se contaminaram por meio de contato sexual.

É uma doença que atinge as relações sociais e emocionais. Apesar das vitórias da medicina, o vírus da AIDS tem se mostrando cada vez mais resistente.

Talvez o que mais pese ao paciente é o fato de conviver diariamente com uma doença, que pode ser fatal e que é altamente contagiosa.

Alguns pacientes se punem, e entram em abstinência sexual, ficam impotentes, tudo isso derivado da carga psicológica que sempre carregará. Podendo resultar em uma depressão profunda, que leva à pessoa contaminada se entregar à doença e morrer.

A palavra *aidético* não deve ser utilizada, pois, não é a doença que identifica a pessoa das demais. O paciente não é a doença, mas sim seu portador. O correto é dizer que o paciente é portador do vírus HIV, ou que o paciente soro positivo ou o que se trata de paciente com AIDS (quando já está no quadro de AIDS).

b) Responsabilidade civil do estado. Processual civil. Prescrição quinquenal. Contaminação de hemofílicos com o vírus hiv (aids) e hcv (hepatite c). Omissão estatal no controle do sangue. Dano moral configurado.

As vítimas ajuizaram uma ação ordinária contra a União e o Estado do Rio de Janeiro, objetivando o pagamento de indenização, em virtude de terem contraído os

vírus do HIV e da Hepatite C, quando realizaram tratamento para hemofilia no Centro de Hematologia Santa Catarina.

O juízo de primeira instância reconheceu a prescrição, apesar do fato constitutivo do direito das vítimas ter sido largamente comprovado. A União Federal e o Estado do Rio de Janeiro negaram suas responsabilidades, eximindo-se do dever de zelar pela qualidade do sangue coletado antes de 1987, ano em que o controle da qualidade do mesmo se tornou obrigatória.

Nos casos em que da transfusão de sangue resulte a contaminação do paciente por doenças letais, o dano se estende pelo decurso do tempo, em caráter permanente. Logo, os hemofílicos que contraíram o vírus HIV e o vírus HCV (Hepatite C), tiveram a sua qualidade de vida comprometida pelo aumento da malignidade da doença da qual já eram portadores e foi criada uma situação de risco a que as vítimas se submeterão por todo seu projeto existencial.

Nos autos ficou comprovado o nexo de causalidade entre a omissão do Poder Público na fiscalização do sangue, a contaminação das vítimas e o efetivo diagnóstico de que os pacientes haviam contraído os respectivos vírus.

Por isso, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina a responsabilidade do Estado por contaminação de hemofílicos em transfusão de sangue por vírus HIV ou hepatite C, ressaltando que tal tipo de dano não prescreve, em virtude do caráter de permanência do mesmo.

A AIDS (SIDA) e sua causa foram reconhecidas pela primeira vez em 1981, pelo Centro de Controle e Prevenção de Doenças dos Estados Unidos. Em 1982, foi demonstrado que a AIDS era transmitida por transfusões de sangue, trazendo um enorme risco, sobretudo aos hemofílicos, que começavam a apresentar os sinais da doença. Em que pese o conhecimento quanto à transmissão, o vírus que causava a AIDS era desconhecido, por isso a dificuldade ou inviabilidade quanto à prevenção e à propagação da doença, por meio das transfusões de sangue. O vírus da AIDS (HIV) foi descoberto em 1984, nos Estados Unidos, porém, os primeiros testes de detecção do HIV em doadores de sangue só foram iniciados em meados de 1985.

No caso narrado Ministério Público Federal manifestou-se da seguinte forma:

RECURSOS ESPECIAIS. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. CONTAMINAÇÃO DE HEMOFÍLICOS EM TRANSFUSÕES DE SANGUE POR VÍRUS DO HIV E DA HEPATITE C. ALEGAÇÃO DE OFENSA À NORMA DO ART. 535, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. DANO DE CARÁTER

PERMANENTE. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO E DOS ESTADOS-MEMBROS. ARTS. 3º, II, 4º E 13 DA LEI 4.701/1.965. RESPONSABILIDADE FUNDADA NA TEORIA DO RISCO INTEGRAL. ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO EXTRA PETITA. ACÓRDÃO QUE JULGOU A DEMANDA NOS LIMITES DA PETIÇÃO INICIAL. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. NOVA LEI MODIFICATIVA. INCIDÊNCIA AOS PROCESSOS EM CURSO. TEMPUS REGIT ACTUM. NORMA DE NATUREZA PROCESSUAL. PARECER PELO CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL DOS RECURSOS. É, no essencial, o relatório (RECURSO ESPECIAL Nº 1.299.900 - RJ, 2011, p. 811, grifo nosso).

Pelo fato da saúde ser direito de todos e dever do Estado (art. 196, CF), cabendo ao Poder Público a execução de ações e serviços que garantam ao cidadão, o direito à vida (art. 197, CF). A União e o Estado do Rio de Janeiro foram condenados ao pagamento de indenização em virtude da omissão na análise do sangue utilizado na transfusão de sangue de um hemofílico que estava em tratamento de hemofilia, no Centro de Hematologia Santa Catarina. Ocorre que da ausência na avaliação do sangue a ser utilizado na transfusão, o paciente contraiu os vírus do HIV e da Hepatite C. A indenização foi fixada no valor de R\$ 465.000,00 (quatrocentos e sessenta e cinco mil reais) para cada vítima. Cada ente federativo (Estado e União) foi considerado devedor na metade da cota de cada um dos lesados.

Foi reconhecida, corretamente, pelo Tribunal de origem a conduta danosa da Administração Pública ao não tomar as medidas cabíveis para o controle da pandemia do HIV. É o que se infere do seguinte trecho do acórdão (fl. 1.220, e-STJ):

Na verdade, a questão não é tão simplista. A quase totalidade dos hemofílicos viu-se contaminada com o vírus da AIDS na década de 80, fato que ficou notório com as constantes declarações feitas à mídia pelo falecido sociólogo Herbert de Souza, o Betinho. Esta extraordinária personalidade, em suas palestras e entrevistas, alertava a sociedade que os hemofílicos, que antes tinham que conviver com doenças como a hepatite e a sífilis, contraídas pelas transfusões de sangue a que têm que se submeter constantemente, viram-se diante de uma quase sentença de morte: a contaminação da AIDS. O Poder Público só veio abarcar sua responsabilidade pelo controle da qualidade do sangue a partir de fins da década de 80, quando mais de 95% dos hemofílicos brasileiros já se encontravam contaminados. No caso do vírus HCV, a comunidade médica só tomou conhecimento dessa enfermidade na década de 1990. Obviamente a contaminação dos apelantes denota que a falta de cuidado com a qualidade do sangue distribuído e doado perdurou, mesmo após o advento da AIDS, que ceifou milhares de vidas na década de 1980. A toda evidência, a responsabilização recai sobre o Estado, pela teoria do risco administrativo. O Estado tem a obrigação de reparar os danos causados a terceiros em decorrência não só de suas atividades, mas também, em razão de suas omissões. Ora, bem no início da aludida década de 80 já era notícia no meio científico que estava em curso uma epidemia do vírus HIV (de

AIDS) em todo o mundo, e, no Brasil, diversos segmentos governamentais, só se deram conta do problema e de que era imprescindível um controle da qualidade do sangue oferecido depois de alguns anos, interregno negro para os hemofílicos em especial, que necessitam de transfusões de sangue frequentemente (RECURSO ESPECIAL Nº 1.299.900 - RJ, 2011, p. 1220, grifo nosso).

A potencialidade e a previsibilidade quanto à propagação da AIDS já era consabida pela Administração Pública (seja na esfera federal, seja na esfera estadual), por isso a infecção era um dano previsível, fato gerador da obrigatoriedade quanto à adoção de medidas cabíveis para tentar mitigar o dano. Logo, não prosperou o argumento de excludente de responsabilidade da Administração Pública.

O dano moral estaria representado na lesão à integridade psicofísica, de caráter provisório, cujo dano pode ser compensado em quantia em dinheiro. Mas, o ressarcimento de uma pessoa que chegou ao hospital para receber uma transfusão de sangue contrai naquele mesmo local a hepatite do Tipo C e a AIDS é sim um dano existencial. Não se presume que da transfusão de sangue, o paciente adquira doenças das quais não era portador:

(...) não pode representar para o receptor, segundo a lei e as normas administrativas, e também o senso comum, outro risco senão aquele inerente à própria terapêutica, não sendo aceitável que o receptor seja contaminado por uma doença que se conhecia, sabidamente transmissível pelo sangue, e cuja tecnologia para detectá-la encontrava-se disponível e acessível” – A constatação de que o doador do sangue, e cuja tecnologia para detectá-la encontrava-se disponível e acessível – A constatação que o doador do sangue transfundido apresentava anticorpos do vírus da Hepatite "C" explica o desenvolvimento dessa doença na receptora (ApCív nº 10.608-4, 1998 , p.110).

Os danos advindos do sofrimento provocado pela aquisição da doença não podem ser causa de simples fixação dano moral, pois, a hepatite C precisa ser tratada, traz sequelas e permanece no corpo da vítima por prazo indeterminado.

A fixação do dano moral foi arbitrada por critério objetivo e a fixação do dano existencial (embora não mencionado no processo) foi determinada após a análise das circunstâncias e as condições pessoais da autora após ter sido contagiada por tais vírus, dentro do limite do pedido formulado na ApCív 10.608-4 – Itapira – 9ª Câ. de Direito Privado – Relator: Ruiter Oliva – 17.02.1998.

c) Agrg no Agrs 782.544/RJ, Rel. Ministra te Assue, Segunda Turma, julgado em 03/12/2015, dje 15/12/2015) administrativo e processual civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Responsabilidade civil do

estado. Indenização por danos morais, materiais e estéticos. Lesão decorrente de tiro disparado por policial militar. Incapacidade parcial para o trabalho. Perda da visão. Pretendida redução do valor indenizatório. Reexame de provas. Súmula 7/stj. Dissídio jurisprudencial. Cumulação de pensão civil com previdenciária. Necessidade de indicação do dispositivo legal que teve a interpretação divergente. Não demonstração de similitude fática entre os casos confrontados. Súmula 284/stf. Precedentes do stj. Agravo regimental improvido.

O Estado do Rio de Janeiro foi condenado, pelo juiz singular, ao pagamento de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a título de indenização por danos morais, ao pagamento de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), por danos estéticos, e R\$ 3.796,25 (três mil setecentos e noventa e seis reais e vinte e cinco centavos), por danos materiais, decorrentes de dano oriundo de tiro disparado por policial militar, que resultou na incapacidade parcial da vítima para o trabalho.

No caso em análise, agentes policiais dispararam tiros contra cidadão um inocente, confundindo-o com um homem que era procurado pela polícia. Os tiros atingiram a face e partes do corpo da vítima. A conduta, depois apurada em sindicância da própria corporação, foi reputada como uma transgressão de disciplina de natureza grave. O laudo pericial feito na vítima indica, sem qualquer dúvida, que o traumatismo sobre a face resultou na perda da visão de olho esquerdo, a incapacidade laboral em grau de 100% por doze meses e em grau de 60% permanente. Houve a indicação da necessidade quanto ao tratamento psiquiátrico e psicoterapêutico por, no mínimo, doze meses.

O autor comprovou nos autos que recebia o equivalente a 5,3 salários mínimos por mês, até o acidente.

Logo, diante dos fatos e provas apresentadas quanto à incapacidade provocada à vítima, sendo 60% permanentemente, o tribunal condenou o réu a pensionar o autor, mensalmente, em valor equivalente a 5,3 salários mínimos, pelo prazo de um ano.

Após o período de um ano, a indenização foi fixada em 3,1 salários mínimos, enquanto o autor viver (pensão vitalícia).

Restou verificada grande extensão do dano moral, como o trauma dos disparos, os procedimentos médicos e psiquiátricos que se sucederam, as lesões

sofridas no rosto e a perda da visão binocular, provocadas de forma imprudente, em virtude da conduta dos próprios agentes de segurança do Estado.

No caso específico do dano estético, mesmo após a cirurgia plástica reconstrutiva, ficou o autor privado do olho esquerdo e com cicatrizes.

O tribunal *a quo* condenou o Estado ao pagamento de pensão mensal vitalícia à vítima, e, na conformidade com as provas dos autos, majorou o valor referente aos danos morais e estéticos para R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

A perda de uma visão, causada por imprudência de agentes policiais, de quem se espera à proteção do cidadão, além de inesperada deve ser reprimida. Sem a visão de um dos olhos, os projetos de vida da vítima no seu coexistir serão modificados. Tratamentos, adaptações e alterações serão necessárias para que a vítima passe toda a vida sem poder pleno de enxergar a si mesmo e ao que o circunda, da maneira como fazia antes.

O STJ admitiu a possibilidade de cumulação de pensão previdenciária com outra de natureza indenizatória.

d) Recurso Especial nº 1.068.349 - SP (2008/0139547-9) Ministro Sidnei Beneti

Trata-se de um acidente com o ônibus de propriedade da empresa Ré, que, trafegando em alta velocidade, capotou na estrada. Em decorrência de tal acidente, a autora (passageira), perdeu seu braço direito.

O Juízo de origem fixou a indenização em R\$ 385.000,00 (trezentos e oitenta e cinco mil reais), resultado este mantido pelo Tribunal *a quo*.

No seu relatório, o Ministro Sidnei Beneti ressaltou que a Terceira Turma do STJ Corte havia decidido que:

(...) a dor decorrente da perda de um ente querido diferencia-se da dor sofrida pela própria vítima de um acidente grave. **Não é desarrazoado dizer que uma pessoa que carrega sequelas graves, pelo resto de sua vida, como é o caso da perda de um braço e da genitália, para um jovem de 19 anos, sofre abalo maior que a pessoa que perde um ente querido** (...) não é exagerada a indenização de R\$ 400.000,00 para reparação do dano estético, mais R\$ 800.000,00 para reparação do dano moral, na hipótese em que a vítima, com apenas 19 anos de idade, sofre queimaduras de terceiro grau em 30% de seu corpo, mais a amputação do braço direito e da genitália, em acidente que poderia ser perfeitamente evitável caso qualquer um dos três réus tivesse agido de maneira prudente (Resp. nº 1.011.437/RJ, 2008, p. 201, grifo nosso).

O precedente acima foi citado no caso em tela, vez que a autora jovem professora passou a ter que lidar com uma situação até então inexistente, como conviver diariamente com a dor e dificuldade, decorrentes da perda de seu braço direito, em acidente que poderia ter sido evitado, não fosse a alta velocidade e imprudência ou negligência cometida.

Para efeito desta Tese e, espera-se que para breves efeitos doutrinários, não se trata de mero dano material, moral ou estético, trata-se de um dano existencial. A Corte não fixou uma pensão vitalícia, em que pese tenha havido a redução da capacidade laboral da vítima. O valor de R\$ 385.000,00 (trezentos e oitenta e cinco mil reais) é suficiente para reparar um dano que causou a perda de um braço, quando na própria decisão se utiliza como precedente uma indenização que teve o valor de R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais)?

Não se pode voltar ao sistema do tabelamento nas indenizações, refuta-se nesta Tese a fixação antecipada do valor da indenização, pelo sistema tabelar. Quer-se chegar ao valor a ser pago como dano existencial a partir da análise da idade, da profissão, do projeto de vida e das relações sociais que a vítima possuía; e, muito mais que isso, será da comparação entre o que a vítima fazia, com o que não poderá mais executar da mesma forma, ou que não poderá mais realizar, que surgirão as bases - aptas a servir ao juiz - como parâmetro para aferição do dano. O que não ocorreu no caso concreto.

Defende-se, no entanto, que ao se considerar a natureza imprescritível do dano existencial, nada impede que, a qualquer momento, ao se reconhecer ser esta a modalidade de dano aplicável ao caso concreto, que haja o pedido de alteração do valor da indenização arbitrada. Esta alteração precisa ser feita, de modo que seja possível obter a fixação do quantum indenizatório que seja adequado à modalidade de dano causado à pessoa.

e) AC nº 70058189457 RS. Nona Câmara Cível. Diário da justiça do dia 10/04/2014. Julgamento 26 de março de 2014. Relator Eugênio Facchini Neto

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. PRISÃO POLÍTICA ILEGAL, SEVÍCIAS E TORTURA. PRESCRIÇÃO INOCORRENTE. IMPRESCRITIBILIDADE DAS PRETENSÕES INDENIZATÓRIAS DECORRENTES DOS DANOS A DIREITOS DA PERSONALIDADE OCORRIDOS DURANTE O REGIME MILITAR. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. **DANOS MORAIS. DANOS EXISTENCIAIS. DANOS AO PROJETO DE VIDA.** QUANTUM. NECESSIDADE DE SE COMPENSAR ADEQUADAMENTE OS GRAVES

DANOS SOFRIDOS PELO AUTOR. PRECEDENTE. DA IMPRESCRITIBILIDADE DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS¹. “Merece reparo a decisão singular que julgou extinto o feito em razão do reconhecimento da prescrição do direito de ação, aplicando ao caso dos autos o Decreto nº 20.910 de 1932, porquanto **constatada a imprescritibilidade da demanda que visa reparar danos morais decorrentes de tortura praticada durante período de exceção do Estado, cujos agentes públicos extrapolaram os poderes de polícia, utilizando métodos desumanos para obter objetivos escusos**.”². A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e a tortura o mais expressivo atentado a esse pilar da República, de sorte que reconhecer a imprescritibilidade dessa lesão é uma das formas de dar efetividade à missão de um Estado Democrático de Direito, reparando odiosas desumanidades praticadas na época em que o país convivia com um governo autoritário e a supressão de liberdades individuais consagradas.” (Apelação Cível n. 70037772159, j. em 20.04.2011, Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto) **3. “Conforme o entendimento jurisprudencial do STJ, em face do caráter imprescritível das pretensões indenizatórias decorrentes dos danos a direitos da personalidade ocorridos durante o regime militar, não há que se falar em aplicação do prazo prescricional do Decreto 20.910/32” (AgRg no Ag 1428635/BA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 09/08/2012).** QUESTÕES DE MÉRITO. 4. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL POR ATOS DANOSOS PRATICADOS POR SEUS AGENTES DE SEGURANÇA É DE NATUREZA OBJETIVA, NO TERMOS DO § 6º DO ART. 37 DA CF. **5. NO CASO DOS AUTOS, RESTARAM INCONTROVERSAS A PRISÃO ILEGAL, AS TORTURAS A QUE FOI SUBMETIDO O AUTOR, BEM COMO AS SEQUELAS DE TAL PERÍODO AO LONGO DE TODA SUA VIDA.** 6. O RECONHECIMENTO ADMINISTRATIVO POR PARTE DO ESTADO DA EXISTÊNCIA DE CONDUTA ILÍCITA POR PARTE DE SEUS AGENTES PÚBLICOS, COM A OUTORGA DE INDENIZAÇÃO NO VALOR DE R\$30.000,00, NÃO AFASTA O DIREITO DO AUTOR DE BUSCAR COMPLEMENTAÇÃO DA INDENIZAÇÃO, PARA ADEQUÁ-LA À IMPORTÂNCIA E EXTENSÃO DOS DANOS SOFRIDOS. O VALOR PAGO ADMINISTRATIVAMENTE VALE MAIS COMO UM RECONHECIMENTO PÚBLICO DOS ERROS ESTATAIS COMETIDOS NAQUELE PERÍODO E UM PEDIDO FORMAL DE DESCULPAS AOS CIDADÃOS LESADOS. SEU VALOR É MAIS SIMBÓLICO DO QUE EFETIVAMENTE REPARATÓRIO, UMA VEZ QUE **OS DANOS SOFRIDOS PELO AUTOR – E PELAS DEMAIS VÍTIMAS DA REPRESSÃO – FORAM, NA VERDADE, IRREPARÁVEIS.** O VALOR RECEBIDO ADMINISTRATIVAMENTE SERVE APENAS COMO UMA COMPENSAÇÃO PARCIAL DOS DANOS. 7. COMO SEQUELAS DOS ATOS PRATICADOS PELOS AGENTES ESTATAIS DE ‘SEGURANÇA’, O AUTOR TORNOU-SE PORTADOR DE TRANSTORNO MENTAL DENOMINADO “ALTERAÇÃO PERMANENTE DE PERSONALIDADE APÓS EXPERIÊNCIA CATASTRÓFICA”, CODIFICADA PELO CID-10 COMO F 62.0. PELOS ‘GRAVES CRIMES’ DE LEITURA DE TEXTOS CONSIDERADOS COMO SUBVERSIVOS E PELO ALEGADO ENVOLVIMENTO EM COMPRA DE ARMAS, O AUTOR FOI SEVICIADO E TORTURADO DE FORMA TÃO ACENTUADA E GRAVE, QUE ACABOU FICANDO SURDO DE UM LADO (PELOS BOFETÕES NO OUVIDO), SEXUALMENTE IMPOTENTE (PELAS PALMATÓRIAS APLICADAS EM SUA GENITÁLIA), COM DIMINUIÇÃO DA VISÃO, FÓBICO (NÃO CONSEGUE FICAR EM LUGARES FECHADOS E NEM ENTRAR EM ELEVADORES), DEPRESSIVO, ANSIOSO, INSEGURO. **TÃO ACENTUADAS FORAM ESSAS SEQUELAS QUE O AUTOR FOI CONSIDERADO PERMANENTEMENTE INCAPACITADO PARA O TRABALHO.** 8. NA MENSURAÇÃO DO VALOR DOS DANOS MORAIS, EM CASOS DO GÊNERO, CALHA A

INVOCÇÃO DE PASSAGEM DE OBRA CLÁSSICA DE WILSON MELO DA SILVA, EM QUE CITA TEXTO DO ANTIGO DIREITO HEBRAICO, EM QUE SE INDAGA: “COMO SE ESTIMA A DOR? ESTIMA-SE A DOR LEVANDO-SE EM CONTA O QUE UM HOMEM, COMO A VÍTIMA, QUERERIA RECEBER PARA SUPTORAR O MESMO SOFRIMENTO”. À LUZ DESSA ANTIGA SABEDORIA, SERIA DE SE PERGUNTAR: QUANTO DE DINHEIRO ALGUM DE NÓS ACEITARIA RECEBER PARA PADECER DO MESMO SOFRIMENTO, SER SUBMETIDO ÀS MESMAS AGRURAS E LEVAR CONSIGO ATÉ O TÚMULO AS GRAVES SEQUELAS REFERIDAS NOS AUTOS? 9. TENHO QUE, ALÉM DOS DANOS MORAIS PUROS, O AUTOR SOFREU GRAVES DANOS EXISTENCIAIS, POIS SUA VIDA MUDOU DE CURSO, PARA PIOR, DESDE O LONGÍNQUO MARÇO DE 1970. DESDE ENTÃO NUNCA MAIS CONSEGUIU LEVAR UMA EXISTÊNCIA NORMAL. LIBERTADO DO CÁRCERE EM 1972, CONTINUA ELE PRESO AO SEU PASSADO. 10. ALÉM DISSO, TEVE ARRUINADO SEU PROJETO DE VIDA. TALVEZ O DESTINO NÃO LHE RESERVASSE DESTAQUES EM ÁREAS GLAMOROSAS. MAS AO MENOS PODERIA ELE TENTAR LEVAR A SÉRIO AS PROMESSAS CONSTANTES DA DECLARAÇÃO DE INDEPENDÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS, DE 4 DE JULHO DE 1776: “CONSIDERAMOS AS SEGUINTE VERDADES COMO AUTO-EVIDENTES, A SABER, QUE TODOS OS HOMENS SÃO CRIATURAS IGUAIS, DOTADAS PELO SEU CRIADOR DE CERTOS DIREITOS INALIENÁVEIS, ENTRE OS QUAIS A VIDA, A LIBERDADE E A BUSCA DA FELICIDADE”. ESSA TENTATIVA DE BUSCA DA FELICIDADE É QUE RESTOU EXTREMAMENTE PREJUDICADA AO LONGO DA VIDA DO AUTOR. E É ISSO QUE SE BUSCA, AQUI, REMEDIAR. 11. EM OUTRAS PALAVRAS, AOS 28 ANOS O AUTOR FOI PRESO E POR DOIS ANOS VIVEU NO INFERNO. MESMO APÓS SAIR DA PRISÃO, O INFERNO O ACOMPANHOU DESDE ENTÃO, DIANTE DAS SEQUELAS DE QUE PADECE, AS QUAIS DIARIAMENTE O RECONDUZEM ÀQUELE PERÍODO. O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL LIQUIDOU A MOCIDADE E A IDADE MADURA DO AUTOR. QUE AO MENOS AGORA LHE SEJA ALCANÇADA QUANTIA RAZOÁVEL PARA LHE PERMITIR UMA VELHICE UM POUCO MAIS CONFORTÁVEL. 12. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS FIXADOS EM R\$200.000,00 (DUZENTOS MIL REAIS), OBSERVADO PRECEDENTE ESPECÍFICO DESTA CORTE DE JUSTIÇA. AFASTADA A PRESCRIÇÃO. DADO PROVIMENTO AO APELO. (AC nº 70058189457 RS, 2014, p. 234, grifo nosso)

Tratou-se de apelo interposto contrário à sentença que pronunciou a prescrição da pretensão veiculada nos autos da ação ordinária ajuizada contra o Estado do Rio Grande do Sul.

O autor sustentou ter ingressado em juízo por considerar insuficiente a indenização que lhe foi paga administrativamente no valor de R\$ 30.000,00, prevista nos artigos 1º e 5º da Lei Estadual nº 11.042/97. Afirmou pretender o arbitramento de indenização levando em conta: a) insuficiência do valor pago administrativamente para indenizar os danos físicos e psicológicos e b) a necessidade de indenizar os danos imateriais não previstos na lei – danos existenciais. Requereu a reforma da sentença, pleiteando a procedência quanto a pretensão de condenar o réu ao

pagamento de complementação dos valores pagos administrativamente e indenização pelos demais danos não cobertos pela indenização administrativa.

O Estado do Rio Grande do Sul postulou a confirmação da sentença. O Parecer do Ministério Público junto à Câmara, opinou pelo conhecimento e provimento do apelo. O Des. Eugênio Facchini Neto proferiu um voto que resume em muito tudo o que já foi defendido nesta Tese, por isso, foi este o julgado escolhido para ser analisado o fim do último capítulo.

O parecer psiquiátrico de fls. 107/110 foi reproduzido pelo Des. Facchini em seu voto, para fins de motivação de sua decisão, esclarecendo que danos afligidos ao autor lhe deixaram sequelas permanentes:

Afrânio, desde muito jovem esteve envolvido em militância política. Inicialmente no colégio e posteriormente em suas atividades laborativas. À época em que foi preso, pertencia à organização VAR-Palmares. Sua detenção ocorreu em março de 1970, por agentes do DOPS, na cidade de Caxias do Sul. Ele foi mantido por dois dias na delegacia daquela cidade sem receber água ou alimentação e era frequentemente espancado com golpes de karatê, socos no ouvido e com uma palmatória de madeira na região escrotal. Foi acusado de terrorismo e subversão. Transferido para a Delegacia do DOPS em Porto Alegre, sofreu novos espancamentos a socos e pontapés. Em abril foi levado para o Presídio Central de Porto Alegre e mantido em uma cela individual sem contato com outras pessoas nem notícias dos familiares. Do início de maio até fins de julho de 1970 ficou preso na Ilha das Pedras. No início de agosto foi transferido para a prisão do 155º Grupamento de Obuses, localizado em Cachoeira do Sul. Nesse local permaneceu dentro de um pequeno cubículo, de onde nunca pôde sair ao sol. Não podia tomar banho nem usar escova de dente. Não recebia nem sabonetes nem toalhas. Foi-lhe proibido cortar o cabelo e as unhas. Não recebia visitas nem tinha acesso a nenhuma informação. A comida era servida fria e as luzes da cela permaneciam sempre acesas. O colchão e o cobertor eram retirados às 7 horas e só devolvidos na hora de deitar. Em março de 1971 ele foi transferido para uma cela do 3º Batalhão de Engenharia, também sediado em Cachoeira do Sul (AC nº 70058189457 RS, 2014, pp. 107-110)

Esclareceu o Des. Facchini Neto, que a jurisprudência do STJ há muito tempo está pacificada no sentido da imprescritibilidade das pretensões indenizatórias por danos morais relacionados à prática de tortura praticada por agentes estatais, durante o período militar. Nesse sentido, colacionou alguns, dentre os mais recentes acórdãos daquela Corte, para uniformização da jurisprudência pátria, como o AgRg no Resp. nº 1.301.122 – RJ, Rel. Min. Ari Pargendler. Julgado em 17.09.2013; AgRg no AREsp nº 227.997, RS, DJe de 28.06.2013; AgRg no REsp nº 1.280.101, RJ, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJ de 2.8.2012; AgRg no REsp nº 1.160.643, RN, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJ de 26.11.2010; AgRg no Ag 1337260/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves,

Primeira Turma, DJe 13/09/2011; REsp nº 1.374.376 – CE, Segunda Turma. Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 07.05.2013; AgRg no Ag 1428635/BA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 09/08/2012; AgRg no Ag 1392493/RJ, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 01/07/2011. Assim, demonstrou ser forte orientação do STJ no sentido de que a pretensão indenizatória é, em si, imprescritível.

Evidenciou o desembargador, um trecho da sentença levada ao seu conhecimento, pela ocasião da interposição do recurso de apelação:

Reconhece a responsabilidade do Estado do Rio Grande do Sul por danos físicos e psicológicos causados a pessoas detidas por motivos políticos e estabelece normas para que sejam indenizadas”, e do Decreto nº 38.593/98, que concedeu indenização no valor de R\$ 30.000,00 ao autor, tornou incontroverso que este efetivamente sofreu “danos físicos ou psicológicos” no período de 02/09/1961 a 15/08/1979 quando estava sob guarda e responsabilidade ou sob poder de coação dos órgãos ou agentes públicos (AgRg no Ag nº 1392493/RJ, 2011, p. 23).

O processo estava robustecido de provas quanto aos problemas físicos e psíquicos causados à vítima, decorrentes da prisão. Dentre eles, a impotência sexual; insônia; cefaléia no lado direito da cabeça; surdez no ouvido direito; diminuição da visão; como consequência do que sofreu pelo tratamento desumano, cruel e degradante, a vítima juntou comprovações do seu complexo de culpa diante dos familiares; insegurança; medo de lugares fechados; ódio aos militares; desemprego; problemas familiares; tratamento psiquiátrico; cirurgia corretiva; e tratamento médico ambulatorial constante. Danos pelos quais o autor já havia recebido administrativamente o valor de R\$30.000,00 (trinta mil reais).

Por meio da ficha do autor junto às autoridades de segurança (consoante informação da Subsecretaria de Inteligência da Casa Militar da Presidência da República – fls. 60/62), foram verificados os argumentos utilizados pelo Estado para alegar a prática de atos de terrorismo e subversão por parte da vítima, como o de haver sido localizado no apartamento da vítima, “fragmentos de papel queimado que, analisados, concluiu tratar-se de material de cunho subversivo”, “fragmentos dos opúsculos ‘A Marcha da História’ e ‘Desenvolvimento do Subdesenvolvimento’ – Coleção Rebelde n. 10”; fragmentos do fac-símile de capa da revista ‘União Operária-8’, órgão de divulgação da Vanguarda Armada Revolucionária-Palmares (VAR-Palmares); um exemplar do opúsculo ‘La Semana Trágica de Barcelona’; e

certificado de garantia do revólver n. 337.641- Forjas Taurus” e que o autor “esteve envolvido num episódio de compra de armamento no município de Camaquã”.

Por todas essas aludidas perigosas e subversivas atividades, o autor foi preso por cinco vezes, passou pelos presídios de Caxias do Sul, Presídio Central, Ilha das Pedras, Cachoeira do Sul e novamente Ilha das Pedras. Nas fls. 80/85 a vítima descreveu minuciosamente o que lhe ocorreu em cada uma dessas prisões. Histórico que não foi objeto de impugnação por parte do Estado do Rio Grande do Sul.

No processo administrativo o Relator, José Pedro Keunecke (sentença, fls. 94/96), admitiu expressamente as prisões, os maus tratos e a tortura a que foi submetido o autor e opinou pela concessão da indenização à vítima, o que resultou no ofício emitido pelo Secretário da Justiça e Segurança, José F. Cirne Lima Eichenberg que comunicou a remessa de projeto de lei à Assembléia Legislativa e propôs a concessão de indenização pelos danos físicos irreparáveis sofridos pela vítima, enquanto esteve sob a guarda do Estado (fl. 78 da sentença).

Foi considerado absolutamente incontroverso, o fato do autor ter sido vítima das prisões ilegais e das torturas que lhe foram infligidas, além de ter sido indevidamente tolhido de sua liberdade, seviciado e torturado pelas forças oficiais da repressão estadual.

O Des. Facchini Neto, no seu voto no recurso de apelação, considerou que valor recebido administrativamente não inibiria a complementação pleiteada judicialmente e que o recebimento de quantia paga administrativamente significava apenas uma quitação parcial da dívida. E, não afastou o direito do lesado de pleitear sua complementação. Pois, defendeu que tal valor acima, valia quase que somente como um reconhecimento público dos erros estatais cometidos naquele período e um pedido formal de desculpas aos cidadãos lesados, cujo valor era simbólico e não efetivamente reparatório, uma vez que os danos sofridos pelo autor – e pelas demais vítimas da repressão – foram muito graves.

Relata Facchini em seu voto, no acórdão da AC 70058189457 RS:

O autor, ao formular pedido administrativo, teve de descrever os danos físicos, psíquicos e ‘outros problemas’ decorrentes da prisão (fls. 55/56). Teoricamente, portanto, todos os danos extrapatrimoniais foram objeto da indenização administrativa, sejam de natureza estritamente moral (danos morais puros ou subjetivos, como a dor, o sofrimento, o sentimento de humilhação, a indevida privação da liberdade e a prisão em condições desumanas, narradas no aludido ‘histórico’), sejam danos psíquicos (a insegurança que acometeu o autor, suas fobias, seu complexo de culpa e

sua permanente sensação de insegurança), **bem como os demais danos extrapatrimoniais que se poderiam identificar, mormente os chamados danos existenciais, que se encaixam nos ‘outros problemas’ que o autor teve de descrever ao formular o pedido administrativo** (AC nº 70058189457-RS, 2011, pp. 94-96, grifo nosso).

Para justificar uma maior indenização ao caso concreto, reproduziu o Des. Eugênio Facchini Neto o parecer da Procuradora da Justiça, Dra. Valéria Bastos Dias:

Os danos advindos do tratamento desumano e degradante, dispensado ao autor, durante o regime militar, estão atestados em avaliações técnicas. No parecer psiquiátrico (fls. 107/110), exarado pelo Médico Psiquiatra, Dr. Sérgio Rodrigues, em 11/05/1998, consta que “as torturas sofridas pelo examinado acarretaram-lhe um quadro patológico, identificado em seu exame, que é denominado de ‘Alteração Permanente de Personalidade Após Experiência Catastrófica’, codificado como F 62.0 pelo Código Internacional de Doenças (CID-10)”. Em nova avaliação, realizada em 10/07/2008, o mesmo médico assim declinou (fl. 112), in verbis: “Atesto pelo presente que o Sr. Afrânio Francisco Costa é portador de um transtorno mental denominado de ALTERAÇÃO PERMANENTE DE PERSONALIDADE APÓS EXPERIÊNCIA CATASTRÓFICA, codificada pelo CID-10 como F 62.0. Presentemente a sintomatologia inerente a esta patologia vem se acentuando de forma a interferir em sua capacidade laborativa. Está a nosso ver incapacitado para o trabalho, e tal incapacidade é permanente.”(...) As provas coligidas aos autos indicam que Afrânio Francisco Costa foi preso, por motivos políticos, entre os anos de 1970 e 1972, tendo sofrido tratamento desumano e degradante, que lhe causaram danos de elevada monta, nomeadamente a “Alteração Permanente de Personalidade Após Experiência Catastrófica” (PARECER DO MPE- RS, 1998, p. 112, grifo nosso).

Diante de todos o exposto, o relator julgou que o Estado do Rio Grande do Sul fosse condenado ao pagamento de indenização por danos morais, e existenciais, ressaltando que:

Talvez tão ou mais importante do que ‘indenizar’ os danos passados – a dor e o sofrimento relacionados à tortura e injusta privação de liberdade, durante dois anos – seja o caso de compensar adequadamente os efeitos posteriores e permanentes de tal período negro na história pessoal da vida do autor. Os efeitos referidos no parecer psiquiátrico configuram não apenas ‘danos morais’ na normal acepção, mas verdadeiros danos existenciais e talvez até danos ao projeto de vida (AC nº 70058189457-RS, 2011, p. 97).

Quanto aos danos ao projeto de vida e os danos existenciais o relator manifestou-se da seguinte forma:

Tenho que a autor sofreu graves danos existenciais, pois sua vida mudou de curso, para pior, desde o longínquo março de 1970 – há precisos 44 anos atrás. Desde então nunca mais conseguiu levar uma existência normal. Libertado do cárcere em 1972, continua ele preso ao seu passado. Além disso, teve arruinado seu projeto de vida. Talvez o destino não lhe

reservasse destaques em áreas glamorosas, não sei. Mas ao menos poderia ele tentar levar a sério as promessas constantes da Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 4 de julho de 1776: “Consideramos as seguintes verdades como auto-evidentes, a saber, que todos os homens são criaturas iguais, dotadas pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a **busca da felicidade**” (na tradução de Fábio Konder Comparato, **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 91). Essa tentativa de busca da felicidade é que restou extremamente prejudicada ao longo da vida do autor. E é isso que se busca, aqui, remediar. No caso apreciado pela 5ª Câmara Cível, antes citado, foi arbitrado o valor de R\$200.000,00 a título de danos morais. Tenho que idêntico valor deve ser concedido ao ora autor, atendendo tudo quanto foi dito acima. Quanto aos consectários legais – juros e correção monetária, pondero, inicialmente, que em se tratando de condenação da Fazenda Pública, seria aplicável o disposto no art. 1º-F, da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/2009: “Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.” Todavia, tal dispositivo legal foi submetido ao exame do E. STF, na ADIn 4.357/DF. Seu julgamento já se encontra encerrado, com o reconhecimento da inconstitucionalidade parcial do dispositivo. Pendem de apreciação, apenas, embargos declaratórios, recurso de natureza meramente integrativa, ainda que sejam esperados efeitos modulatórios. Portanto, acerca dos índices aplicáveis, em se tratando de condenação contra a Fazenda Pública, deve-se observar conjuntamente o disposto na Lei Federal nº 9.494/97, o resultado do julgamento proferido pelo STF na ADIn 4.357/DF, bem como o entendimento jurisprudencial que veio a se consolidar no âmbito do STJ, após tal ADIn, especialmente os Recursos Especiais sujeitos à sistemática do art. 543-C, do CPC e da Resolução STJ n. 08/2008 (Recursos Repetitivos), quais sejam os Recursos Especiais n. 1.356.120/RS, julgado em 14.08.13, e n. 1.270.439/PR, julgado em 02.08.13. A declaração de inconstitucionalidade parcial por arrastamento do art. 5º da Lei 11.960/09, assim, impôs um desmembramento entre os juros de mora (que continuaram regidos pela regra do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação da Lei 11.960/09, ou seja, com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança) e a correção monetária (que passou a ser calculada pelo IPCA, índice mais amplo que o IPC e que melhor reflete a inflação acumulada do período, segundo orientação do STF e STJ). Já quanto ao termo inicial dos juros moratórios, também segundo entendimento do STJ, eles não tiveram seu termo inicial modificado pela sistemática imposta no art. 1º-F da lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09. Portanto, o termo inicial da fluência dos juros moratórios se dá com a citação inicial, quando se trata de descumprimento de obrigações contratuais ou legais (art. 405 do CC e art. 219 do CPC), ou a partir da data do evento danoso, quando se tratar de responsabilidade por ato ilícito, nos termos do art. 398 do CC (AC nº 70058189457-RS, 2011, pp. 100-102, grifo nosso).

Assim, considerados presentes os requisitos indispensáveis para a configuração da responsabilidade civil e, por conseguinte, da obrigação de reparar o dano, na maior escala possível, votou por afastar a prescrição reconhecida pela sentença e, no mérito, dar provimento ao apelo, para o efeito de julgar procedente a pretensão e condenar o réu ao pagamento de indenização no valor de R\$

200.000,00 (duzentos mil reais), com atualização monetária desde a data do acórdão, pelo IPCA, e acrescido de juros de mora desde a citação, com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança a título de indenização por danos morais e existenciais.

9 CONCLUSÃO

A pessoa é e está no centro do ordenamento jurídico. Para a pessoa e em razão de sua existência é que as normas jurídicas são produzidas.

A sociedade deve servir como meio facilitador ao desenvolvimento da pessoa. A sociedade serve à pessoa, e não o inverso. O indivíduo tem o direito de exigir do Estado que lhe sejam propiciadas condições e mecanismos legais para o exercício de seu existir e de seu coexistir, norteados pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, as relações interiores (da pessoa consigo mesma) e as relações externas (da pessoa com o mundo em que vive e com as demais pessoas com quem se convive), deveriam ocorrer de modo pacífico e harmonioso. A coexistência deve ser garantida pelas normas existentes no tempo e no espaço em que as pessoas convivem em sociedade.

As normas jurídicas devem servir à prevenção a eventuais danos causados à pessoa à repressão das lesões causadas, promovendo a justiça, a paz e o bem comum. Através das normas jurídicas são elaborados parâmetros a serem utilizados na fixação da indenização ou reparação devidas. Mas as reparações e as indenizações não estão limitadas às previsões normativas. Há a possibilidade de determinação de outros meios de ressarcimento, que podem ser fixados pelo juiz no caso concreto, através da equidade. Todas as formas de ressarcimento devem ser aptas e suficientes a proporcionar a pronta e integral reparação dos prejuízos causados à pessoa.

A partir dos estudos sobre os danos à pessoa e sobre os tipos de danos não patrimoniais em geral, foi constatado que a indenização por dano moral, a indenização por dano estético ou até mesmo as indenizações em que o dano moral é cumulado com o dano estético, são insuficientes à reparação integral do dano à pessoa.

A posição acolhida neste Tese, como já apontada é a de que, das lesões causadas aos direitos da personalidade resultam os danos morais. Portanto, se o caso levado a julgamento for o de uma ação de indenização, promovida por um pianista famoso que - devido a um acidente de carro, provocado por terceiro, veio a perder suas mãos e nunca mais poderá voltar a tocar em sua vida – a hipótese é a que a modalidade de dano presente no caso é de outro dano não patrimonial que

não o dano moral. Da hipótese sustentada é chegou-se a Tese de que - para além do dano moral - existe o dano existencial, como uma segunda espécie de dano não patrimonial que envolve a análise da lesão causada ao projeto de vida e a vida em relações que da vítima, como elementos a serem utilizados no cálculo do valor a ser indenizado. Nada impede que haja a aplicação cumulativa dos danos patrimoniais, morais e existenciais. Pois vimos que o dano estético está contido nos danos morais ou existenciais.

O dano estético apresenta-se - fatidicamente - em um problema de aplicação prática, dada a incerteza quanto à fixação de sua indenização, porque tanto poderia ser correlato ao mero sofrimento interior, quanto poderia ser derivado de uma lesão, cuja extensão representasse uma lesão permanente e irreparável à pessoa. Por isso, foi defendido que o dano estético ou estaria inserido no dano moral ou seu conteúdo seria absorvido pelo dano existencial, não sendo ele autônomo. Logo, as subespécies de dano não patrimonial são apenas os danos morais e os danos existenciais.

Em busca de uma modalidade de dano que respondesse aos questionamentos feitos no decorrer desta Tese, foi feito um levantamento de jurisprudências em que o dano existencial é aplicável, muito embora na resolução do caso concreto houvesse sido utilizada a denominação de dano moral ou de dano estético.

Após a análise das sentenças proferidas pela Corte de Cassação italiana foi confirmada a Tese da aplicação do dano existencial. Tese que foi reforçada no resultado das análises das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O dano existencial é representado por uma lesão permanente ao projeto de vida e um dano à vida em relações de uma pessoa. O dano existencial é descrito pela doutrina e jurisprudências italianas como um dano causado às atividades cotidianas, esportivas, familiares da vítima, de modo a propiciar a reversibilidade em seu projeto de vida, ou seja, um dano que afeta de tal modo a vida de uma pessoa, a ponto desta não poder ser mais como era ou de fazer o que fazia normalmente antes do dano, devido às alterações irreparáveis no seu existir e no seu modo de se relacionar socialmente com as pessoas.

Como resultado do estudo do que é o dano existencial, de seus elementos constitutivos, de suas características específicas, do que é o dano ao projeto de vida, de como se dá a proteção do dano ao projeto de vida e de quais as

consequências do dano às relações sociais da pessoa, foi que restou comprovada a possibilidade de aplicação do dano existencial como categoria autônoma de dano que, junto ao dano moral, tornam possível a ampliação da proteção dos danos às pessoas.

Do estudo da realidade social atual, representada pela fluidez das relações dinâmico-sociais, restou evidenciado que, apesar de não existir previsão legal explícita do dano existencial no ordenamento jurídico brasileiro, a lesão permanente e irreversível das atividades existenciais de uma pessoa, que comprometa, a partir do dano em diante, todo o projeto de vida e a vida de relações da pessoa, já vem sido decidido pelos Tribunais de primeiro grau e pelos Tribunais Superiores pela aplicação da indenização por dano existencial, por vezes denominado de dano ao projeto de vida.

No caso do dano existencial, por este não possuir caráter punitivo e por não haver minimamente a possibilidade de se devolver à vítima o que ela perdeu, o juiz pode determinar, por exemplo, não apenas o pagamento em dinheiro para a recomposição dos danos, mas sim a oferta de um emprego, a recolocação no mercado de trabalho, a fixação de pensão mensal, o pagamento de tratamento da saúde da vítima, compra e manutenção de próteses etc.

O dano existencial não afeta somente a esfera de sofrimento interior da pessoa, ele é exteriorizado pela dor causada à impossibilidade de realização de atividades hedonistas da pessoa. As consequências do dano existencial conduzem à modificação, o cerceamento ou a extinção do projetar-se no mundo e do relacionar-se com as demais pessoas.

O dano existencial, como visto, pode ser mensurável e perfeitamente aplicável pelo ordenamento jurídico brasileiro em suas decisões judiciais como efetivamente já vem sendo feito. Resta apenas sua explicitação como tal.

Mas, já se pode notar que a tendência aponta para essa realidade, como exemplo

Percebe-se que além dos danos morais, aplicados como resultados às lesões dos direitos da personalidade existem lesões que atingem outros direitos constitucionalmente garantidos e que de igual forma precisam ser ressarcidas. Sendo assim, apesar do Código Civil tipificar as ocasiões em deve ser aplicado o dano moral, não estabeleceu explicitamente que tipo de dano atinge os demais direitos fundamentais.

O que conduziu à confirmação da presente Tese foi o simples fato de que a pessoa não pode permanecer irressarcida. Portanto, todos os danos causados à pessoa devem ser indenizados.

Apesar do Código Civil brasileiro não dar tratamento explícito ao dano existencial, da interpretação sistemática da legislação jurídica pátria, realizada nesta Tese, foram possíveis ser encontradas fundamentações legais à sua aplicação.

Portanto, a seguir, citem-se como premissas conclusivas para a aplicação do dano existencial os seguintes artigos do Código Civil Brasileiro, seguindo-se das justificativas apresentadas:

a) O artigo 949 trata da lesão ou ofensa à saúde, cuja indenização do ofendido será calculada de acordo com as despesas do tratamento e dos lucros cessantes, até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Ao se referir às despesas com o tratamento e aos lucros cessantes, o código tutelou em parte uma indenização que pode ser liquidada através da demonstração do que foi gasto com o tratamento e do valor relativo a tudo que a vítima deixou de lucrar devido às lesões. Sob este ponto de vista é presente o aspecto material do dano; mas, ao tutelar a possibilidade de “algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”, pode-se incluir a aplicação do dano existencial.

Como exemplo, uma pessoa hemofílica que adquire o vírus HIV através de uma transfusão de sangue contaminado, por erro do banco de sangue, não terá apenas lucros cessantes, mas o agravamento de sua saúde e a aquisição de uma doença incurável que pode limitar a vítima em suas atividades mais comuns e ainda conduzi-la a uma vida de discriminação.

Ou por exemplo, se em decorrência de uma vacina, como foi visto, fornecida e aplicada por meio de uma campanha nacional de saúde, a pessoa contrair um estado de paralisia total do corpo, de maneira comprovadamente irreversível, não houve apenas um dano moral ou dano estético, houve um dano existencial e, segundo o mencionado artigo “além de algum outro prejuízo que a vítima prove ter sofrido”.

Ademais, o dano existencial para ser reconhecido como tal e para que seja indenizado, depende de prova da sua existência, do direito lesado e da extensão do prejuízo causado.

b) O artigo 950 trata da indenização que tenha como consequência um dano

que resulte na diminuição da capacidade laboral, nos casos em que o ofendido não possa mais exercer o seu ofício ou profissão, devendo a indenização incluir as despesas com tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, mais pensão correspondente à importância do trabalho para que ficasse inabilitado, ou da depreciação que ele sofreu.

O código se preocupou em proteger a vítima capaz de produzir atividade remunerada, recompondo o seu patrimônio em razão do que ela perdeu e do que deixou de ganhar. Porém, mais que isto, a indenização deve ocorrer até o fim da convalescença, se esta for permanente. A indenização, nos casos de dano existencial, deve, então, ser por toda a vida daquele que sofreu o dano.

Abrindo abertura para a aplicação do dano existencial, pois se não houver a convalescença da vítima, a indenização será paga de modo continuado no tempo. Mas este será indefinido, possibilitando as pensões vitalícias, como no caso analisado e já mencionado da mulher que perdeu a visão em razão de uma substância - que não deveria estar em seu local de trabalho - mas ao ter a vítima mantido em contato com ela, jamais se convalescerá, no caso o Tribunal aplicou o dano estético, mas deste não se trata.

Nos caso mencionado acima há exata aplicação do art. 950 do CC, pois a vítima não pode mais exercer o seu ofício e, portanto tem direito à pensão correspondente à importância do trabalho para o qual se inabilitou.

Conclui-se que o Brasil já aplica o dano existencial em todos os casos em que a condenação se dá por meio de pensão vitalícia. Apesar de não ser utilizada a terminologia “dano existencial” a indenização através da pensão vitalícia é um exemplo real do dano existencial reconhecido e aplicado implicitamente no nosso ordenamento jurídico.

c) O artigo 951 versa acerca a indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Ao estabelecer a necessidade de inabilitação da vítima para o trabalho, para fins de indenização, o código civil ressaltou novamente os lucros cessantes, ou seja, um dano à capacidade de gerar renda, mas também previu a condenação ao pagamento de uma indenização a ser aplicada ao profissional de saúde que inabilite a pessoa para o trabalho.

Na tese foi vista uma situação em que pode ser aplicado este artigo usando como fundamento o dano existencial. Como, por exemplo, o caso do goleiro brasileiro do time chapecoense, sobrevivente da queda do avião em que viajava com destino à Colômbia, cuja perna foi amputada.

O goleiro não poderá mais jogar profissionalmente, por toda a sua vida, a não ser que decida modificar seu projeto de vida e jogar em times de paraolimpíada. Mesmo assim, o dano existencial está presente porque ele não poderá mais voltar a jogar nas mesmas condições e da mesma maneira que fazia antes, além do fato de o próprio goleiro já ter dado declarações sobre não saber como se sentiria ao jogar sem os amigos que perdeu tragicamente.

Ou, como outro exemplo já visto, do homem que após se operar de uma hérnia inguinal teve a atrofia e a amputação do testículo e perdeu a possibilidade de projetar-se como pai biológico, afetando ainda sua vida em relações com a sua esposa, dada o cerceamento da prática de manter relações sexuais com a mesma.

d) o artigo 953 do Código Civil preceitua que: “A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido”. Este artigo representa uma típica lesão aos direitos da personalidade, como um dano à honra ou à reputação.

Mas, o parágrafo único do artigo 953, dispõe: “Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso”.

O dano existencial para fins desta tese, pode estar implícito no parágrafo único do artigo 953, pois não podendo provar o prejuízo material, mas sendo explícito e indubitável o prejuízo sofrido, que venha a causar um dano irreversível à vida das vítimas, como no caso narrado dos Irmãos Naves. O juiz, diante das circunstâncias do caso, teve que fixar o valor da indenização no valor equivalente ao prejuízo que os irmãos inocentes sofreram, por um crime que não cometeram.

Neste caso, além dos danos sofridos pelas prisões indevidas, o juiz baseou-se nas circunstâncias do caso, onde houve a prática de tortura, tratamentos desumanos e degradantes, às vítimas. O juiz teve que verificar ainda, equitativamente, o fato de um dos irmãos ter morrido, em decorrência direta de todas as formas de abuso que foram praticadas contra ele.

O mesmo se pode dizer em relação aos antigos donos e ex-funcionários da Escola Base, acusados injustamente de terem cometido crime de pedofilia e de

aliciar os alunos da escola primária. Eles foram expostos, sem maiores informações colhidas pela mídia, injuriados, difamados e caluniados, por circunstâncias jamais existentes. Tiveram a Escola Fechada e apedrejada, suas casas invadidas e seus projetos de vida interrompidos, sem que possam voltar a ter o mesmo relacionamento social que possuíam antes, porque até hoje há quem acredite nas informações negativas e irresponsáveis divulgadas.

Não se tratando explicitamente de dano moral, as circunstâncias do caso poderão indicar a presença de um dano existencial e, diante deste, caberá a fixação da indenização por meio de arbitramento, caso em que o juiz se valerá da equidade.

Como exemplo, se as circunstâncias apresentadas forem as de uma lesão causada por torturas psicofísicas por ocasião de uma prisão indevida, como já mencionada, em que o preso (vítima) permaneceu inicialmente por um período de 6 (seis) anos - de 1976 a 1982 - e outro período de 1985 a 1998 (treze) anos – perfazendo o total de 19 anos preso, sem que sequer lhe fosse dado o direito ao devido processo legal; ou que existissem provas que apontassem como acusado ou muito menos que comprovassem ser ele penalmente responsável pelo crime de homicídio. O Sr. Marcos Mariano jamais praticou o delito que lhe foi imputado, tal fato foi constatado quando de sua primeira prisão em 1976 a 1982 em que ele foi solto por terem encontrado o real autor do ilícito. Mesmo assim, posto em liberdade pelo período de 2 (dois) anos de 1982 a 1985, foi novamente preso e no presídio ele contraiu tuberculose e ficou cego. Sua cegueira se deu pelo fato de seus olhos terem sido atingidos por estilhaços de bala de borracha, durante uma rebelião em uma penitenciária em que jamais deveria ter estado. A partir as circunstâncias do caso foi que no Recurso Especial nº 802.435 - PE (2005/0202982-0) relator. Min. Luiz Fux, foi arbitrada uma indenização em R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais).

e) Dispõe o artigo Art. 954 do Código Civil:

Art. 954 A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente. Parágrafo único. Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal: I - o cárcere privado; II - a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé; III - a prisão ilegal (BRASIL, 2017).

Conclui-se que o artigo 954 do código civil traz implicitamente a previsão do dano ao projeto de vida, pois, Sessarego ao defender a existência do projeto de vida, e de sua lesão, apontou exatamente à ofensa à liberdade pessoal como

fundamento para caracterização de tal dano.

Quanto às prisões ilegais, como já visto no exame das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, elas são capazes de provocar um dano ao projeto de vida da vítima, como no caso do Sr. Gutierrez Soler que teve sua vida completamente devassada pelo Estado que afirmava ser ele um traidor da pátria, atingindo não só a integridade psicofísica da vítima, mas de toda sua família. Compelindo a vítima ter que mudar de país para que fossem cessadas as ameaças que continuava a receber. Conclui-se que a indenização fixada no dano ao projeto de vida e o dano da vida em relações justificou a aplicabilidade de um dano existencial.

A indenização do dano existencial é calculada sobre os prejuízos às atividades de realizações do lesado, que implique consequentes alterações de conteúdo apreciável monetariamente. Seja sob o ponto de vista pessoal ou relacional, portanto, com consequências externas na vida daquele que sofreu o dano existencial.

A vítima tem o dever de provar a existência do dano, na medida em que a lesão aos valores constitucionais é um simples indício da existência do dano que deverá ser provado através dos princípios gerais em tema de prova.

Por outro lado, é pacífico que ainda que se recorra à valoração equitativa, nos casos em que o dano não possa ser provado através de um montante específico, deverá sempre haver a prova de que o dano foi causado.

Na ausência de provas concretas, relativas ao dano existencial — por falta de uma determinação médico-legal exata — para demonstrar o efetivo prejuízo sofrido, a vítima pode utilizar como prova das presunções dos "fatos notórios" ou das noções de "experiência comum"; ou mesmo das situações reais baseadas na realidade sintomática em que o lesado se encontra. Em todos os casos, deve haver a verossimilhança ou elevado grau de probabilidade daquilo que se alega ter sofrido.

Conclui-se que, para fins de determinação do "*quantum*", deve haver a individuação do dano, para evitar possíveis liquidações arbitrárias, parâmetros de valoração homogêneos que levem em conta todos os elementos da *fattispecie*. Portanto, exemplificativamente, deverá ter-se em conta a personalidade do sujeito lesado; o interesse violado; a atividade desenvolvida pela vítima; as repercussões do dano sobre a personalidade do sujeito lesado; e as alterações provocadas pelo dano, no âmbito familiar social da vítima.

O dano existencial é uma lesão à integridade psicofísica irressarcível, dissociada da capacidade de produção de renda da pessoa que foi lesionada. O dano existencial é individualizado na lesão ao sujeito que, além de atingir sua integridade psicofísica (dano moral), produz repercussões negativas permanentes e indeléveis às relações sociais da vítima, ou seja, em suas relações externas, no seu modo de ser, seja pessoal ou profissional, familiar ou afetivo.

Este tipo de dano afeta o modo que cada um tinha de viver, obrigando o indivíduo a adaptar-se em conformidade ao dano, e não poder retomar as atividades que o faziam se realizar enquanto pessoa.

A alteração, desde que substancial, deve ser analisada e provada no caso concreto. Esta é uma das razões que diferencia o dano existencial do dano moral: a necessidade da comprovação documental e efetiva do prejuízo e do seu alcance, vez que o sofrimento se exterioriza. Através desta modalidade de dano é que a qualidade de vida é alterada para, um não poder mais fazer como antes.

O dano existencial refere-se ao ambiente externo e ao modo de exercer as relações sociais do sujeito lesado e do relacionamento das pessoas com ele. A exteriorização da própria personalidade resta empobrecida ou perdida. O dano existencial é aquele avaliado pela extensão das perdas ulteriores ao dano em si. Destaca-se pelo seu caráter permanente, atemporal, que resulta no impedimento ou mudança no projeto de vida que a pessoa vinha desenvolvendo. Não se trata de perda de uma chance - instituto que foi estudado - porque nesta Tese a análise da extensão do prejuízo será em relação ao que não se pode mais obter, relacionado ao projeto de vida e à vida em relações.

No dano existencial, a extensão do dano será calculada sobre o que não se pode mais fazer, depois que o dano foi causado. Representa a modificação da realização da vida que estava sendo desenvolvida, de tal modo que seja capaz de transformar os hábitos, de alterar as relações pessoais, amorosas, profissionais e sociais da vítima, em razão de tudo que efetivamente perdeu nas relações existenciais.

Em conclusão, não há na lei a previsão quanto a todos os tipos de danos reparáveis. A tutela da pessoa humana torna possível um sem número de derivações dos direitos constitucionais que lhe são garantidos. Destes, por sua vez, derivam a obrigatoriedade de toda e qualquer pessoa se abster de causar uma lesão aos seus direitos.

Portanto, ressalte-se: o dano existencial é um dano concreto, que precisa de prova, e da demonstração da impossibilidade de desenvolvimento permanentemente de uma dada atividade; da impossibilidade de satisfação de alguns ou dos prazeres da vida; trata-se de um dano visível por qualquer um, por ser exteriorizado, através da cessação, impedimento ou modificação no passado da vítima, em relação ao que a mesma fazia e um dano futuro, representado pelas perdas ou novas necessidades na maneira como a pessoa passará a se relacionar, a partir do momento em que o dano lhe foi causado, e por todo o tempo em que existir.

O dano existencial não é indeterminado, é um dano não patrimonial, assim como o dano moral. É idôneo a constituir o momento unificador de uma série de danos, como: a) o dano ao projeto de vida; b) o dano à vida em relações; c) o dano estético permanente que impeça a vítima de desenvolver suas atividades habituais; d) o dano à prática de esportes, como lazer; e) o dano ao prazer de viver e gozar da vida, como antes.

Desta forma, é um dano hedônico, característica esta que definitivamente o diferencia de todos os demais danos existentes, e o torna único, identificável e de reconhecimento e aplicabilidade concreta, para além do dano moral.

O Direito protege a pessoa de danos que lhe venham a ser causados. Esses danos são encontrados na lesão ao prazer, como o propósito mais importante da vida, este prazer é a razão do existir das pessoas que, sem ele, poderiam perder o sentido em ser pessoa, que é a sua vida, a busca de realizações, de conquistas, ou de simplesmente poder apreciar as coisas e pessoas que estão ao seu redor. A existência fomenta a ação humana e esta é a razão de ser e de existir do Direito.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Introdução ao existencialismo**. São Paulo: Martins, 2006.

ALAMY FILHO. **O caso dos irmãos naves um erro judiciário**. Rio de Janeiro: Del Rey, 1993.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano ambiental: uma abordagem conceitual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ARSENI, Antonio. **Il danno esistenziale**: La faticosa evoluzione giurisprudenziale. Disponível em: <https://www.personaedanno.it/danno-esistenziale/il-danno-esistenziale-la-faticosa-evoluzione-giurisprudenziale-antonio-arseni>. Acesso em 21/01/2017.

BAPTISTA, Silvio Neves. **Teoria Geral do Dano**. São Paulo: Atlas, 2003.

BARREIRA, Amilton Antunes. **Síndrome de Guillain-Barré**. Disponível em <http://neuroimunologia.com.br/sindrome-de-guillain-barre/>. Acesso em 11/12/2016.

BAYER, Diego. AQUINO, Bel. Caso da Escola Base, Aclimação, São Paulo (1994). Da série Julgamentos Históricos: Escola Base, a condenação que não veio pelo judiciário. Justificando *in* **Coluna, Mentos inquietas pensam Direito**. Disponível em: <http://www.justificando.com>. Acesso em 16/09/2016.

BAUMAN, Zygmunt. **O Mal- Estar da Pós- Modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BBC News. PINTO, Rodrigo. **Por que medalhista olímpico que perdeu a perna levou esporte de elite a jovens carentes**. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/geral-36951880>. Acesso em 10/01/2016.

BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial) — breves considerações *in* **Revista LTr**. São Paulo: LTr, v. 73, n. 1, jan. 2009.

BELLATONI, Domenico & BENIGNI, Alessandro. **Lezione dei diritto della persona. Tutela pelale, tutela civile Rissarcimento del danno**. Padova: Casa editrice Dott. Antonio Milani, 2ª ed, 2007.

BELTRÃO, Sílvio Romero. **Direitos da personalidade**. De acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005.

BIÃO, Fernanda; FROTA, Hidemberg Alves da. O fundamento filosófico do dano existencial *in* **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2653, 6 out. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17564>. Acesso em 24/09/ 2016.

BILBAOS UBILLOS, Juan María. **Direito Civil Contemporâneo**. Gustavo Tepedino (org). São Paulo: Atlas, 2008.

BONA, M. **Il danno non patrimoniale dei congiunti**: edonistico, esistenziale, da lesione del rapporto parentale, alla serenità familiare, alla vita di relazione, biologico, psichico o morale “costituzionalizzato”?, 2002, 95. nota a decisão do Trib. Palermo 8 giugno 2001. Disponível em: <http://www.utetgiuridica.it/giurit/>. Acesso em 12/04/2016.

BOURDIEU, Pierre. **A Distinção: critica social do julgamento** tradução KEM, Daniela; TEIXEIRA, Guilherme J. F. São Paulo: Edusp, 2007.

BRASIL. **Lei 9.009/1995**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 26/06/2016.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 01/03/ 2017.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 23/01/2017.

BUSNELLI, Francesco D e PATTI, Salvatore. **Danno e responsabilità civile**. Studi di Diritto Privato.Torino: G. Giappichelli Editore, 2013.

CAMARGO, Caroline Leite de - O direito de não nascer e a sua aplicação no direito brasileiro *in* **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XVII, n. 120, jan 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em 25/02/2012.

CAMPOS, Heloísa Helena de Araújo. Jornal Conviva. **AIDS: ainda não tem cura, mas pode ser evitada**. Índice de Artigos Jornal nº 8. Disponível em: http://www.adeva.org.br/jornalconviva/artigo_detalhe.php?jornal=8®istro=675. Acesso em 05/02/2017

CASSANO, Giuseppe. La prima giurisprudenza del danno esistenziale *in Osservatorio del danno esistenziale*. Piacenza: La Tribuna, 2002. Disponível em: www.dannoesistenziale.it. Acesso em 25/02/2014.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Vol. 1. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CATALLO, Beatrice. Saggio *in Recensioni*. Napoli: Giuffrè Editore, anno IV, n. 4, 2014.

CENDON, Paolo e ZIVIZ, Patrizia. **Il danno esistenziale una nova categoria della responsabilità civile**. II Volume. Torino: Zanichelli Editore, 2000.

_____. **Premessa – La giurisprudenza del danno esistenziale**, a cura di Giuseppe Cassano. Piacenza: La Tribuna, 2002.

_____; ZIVIZ, Patrizia (a cura di), **Il danno esistenziale**. Una nuova categoria della responsabilità civile. Milano: Giuffrè, 2000.

CENDON, Paolo; ZIVIZ, Patrizia. CHE COS'E' IL DANNO ESISTENZIALE *in Persona e Danno*. Publicado em 08/01/03. Disponível em: <https://personaedanno.it/danno-esistenziale/che-cos-e-il-danno-esistenziale-paolo-cendon-e-patrizia-ziviz>. Acesso em 22/03/2016.

CHINDEMI, Domenico. Danno esistenziale e danno morale: differenze e rispettivi ambiti di applicazione *in Riccardo Riva Studio Legale*. Disponível em: <http://www.studiolegaleriva.it/public/danno-esistenziale-morale.asp>. Acesso em 25/12/16.

CHRISTANDL, Gregor. **Il diritto privato oggi**. La risarcibilità del danno esistenziale. Milano: Giuffrè Editore, 2007.

CICCO, Maria Cristina De. A pessoa e o Mercado *in O direito civil contemporâneo. Novo problema à Luz da Legalidade Constitucional. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil – Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008.

CORREIO BRAZILIENSE. **Jogadores do Chapecoense que sobreviveram ao desastre têm sequelas graves**. Disponível em: <http://www.correio braziliense.com.br>. Acesso em 01/01/2017.

CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. Campinas: Romana, 2004.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DICIONÁRIO PRIBERAM DA LÍNGUA PORTUGUESA. Disponível em: <<http://www.priberam.pt>>. Acesso em: 07/04/ 2010.

D'APOLLO, Luca. **Riflessioni sul danno esitenziale e sul danno morale soggettivo da reato**. Disponível em: <http://www.neldiritto.it/appdottrina.asp?id=3460>. Pubblicato 04/09/2006. Acesso em 25/12/16.

EDITORIAL DE HISTÓRIA. **Os irmãos Naves e um dos maiores erros judiciários do país. Os jovens ficaram presos injustamente por mais de 8 anos**. 2012. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17MI152842,51045OsirmaosNavesumdosmaioreserrosjudiciariosdo+pais>. Acesso em 10/04/2016.

EUFRÁZIO, Ana. **Menina se enforca após ter foto íntima divulgada na internet**. Disponível em: <http://anaeufrazio.blogspot.com.br/2013/11>. Acesso em 18/06/2016.

ESPORTES FANTÁSTICOS. Esportes R7. **Paraplégica após acidente, Georgette Vidor revela: “Preferia a morte a ficar na cadeira de rodas”**. Disponível em: <http://esportes.r7.com/esportes-olimpicos/noticias/paraplegica-apos-acidente-georgette-vidor-revela-preferia-a-morte-a-ficar-na-cadeira-de-rodas-20120331.html?question=0>. Acesso em 10/04/2014.

EXTRA ESPORTE. **Sobreviventes da tragédia da Chapecoense celebram ano novo de renascimento**. Disponível em: <http://extra.globo.com/esporte/sobreviventes-da-tragedia-da-chapecoense-celebram-ano-novo-de-renascimento-20716942.html#ixzz4UX9bIEeq>. Acesso em 01/01/2017.

FACHIN, Luiz Edson. A Construção do Direito Privado Contemporâneo na experiência Crítico-Doutrinária brasileira a partir do Catálogo Mínimo para o Direito Civil- Constitucional no Brasil. Gustavo Tepedino (org) **in Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2008.

FARIA, Fernanda Cupolillo Milana de; ARAÚJO, Júlia Silveira de; JORGE, Marianna Ferreira. Caiu na rede é porn: pornografia de vingança. Violência de gênero e exposição da “intimidade”. **Revista Contemporânea de Comunicação e cultura**. v.

13, n.03, set-dez 2015. pp. 659-677. Disponível em www.contemporanea.poscom.ufba.br. Acesso em 18/06/2016.

FILHO, Raphael de Barros Monteiro. Indenização por dano moral: Evolução da jurisprudência. Exposição feita em 30.3.95, no Tribunal Regional Federal da 3ª Região in **“Fórum de Debates”**, São Paulo: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 1995.

FLAMINI, Antonio. **Il danno alla persona**. Saggi di diritto civile. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009.

FRANCO, Divaldo Pereira. **O despertar do espírito**. Salvador: LEAL, 2003.

FRADA, Manuel A. Carneiro. “A própria vida como um dano? Dimensões civis e constitucionais de uma questão limite” in CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (Orgs.). **Pessoa humana e direito**. Coimbra: Almedina, 2009.

FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 3046, 3 nov. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20349>>. Acesso em: 23 out. 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 7. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUEDES, Márcia Novaes. **Terror psicológico no trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

GAUDINO, Luigi. **Commento all'art. 2043 del Codice Civile, 1995**. La lesione alla persona. Disponível em <http://www.jus.unitn.it/>. Acesso em 10/06/2015.

GOMES, Márcia Letícia. SPAREMBERGER, Raquel Fabiana. BRUM, Amanda Netto. Pelo direito de estar só: O Direito à Intimidade na Era da Internet. 3º Congresso internacional de Direito e Contemporaneidade de 27 a 29 de maio de 2015 - Santa Maria / RS UFSM - Universidade Federal de Santa Maria in **Anais do 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede**. Disponível em: <http://www.ufsm.br/congressodireito/anais>. Acesso em 10/06/2016.

HURD, Heid. **O combate Moral**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto Editora PUC Rio, 2006.

JORNAL CONVIVA. **Prevenção. AIDS: ainda não tem cura, mas pode ser evitada.** Disponível em: http://www.adeva.org.br/jornalconviva/artigo_detalhe.php?jornal=8®istro=675. Acesso em: 05/02/2017.

LEAL, Larissa; SPENCER, Danielle. Dos danos Morais por ato de infidelidade Matrimonial. STJ- Resp. 922.462 in **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Editora RT, jul-set, pp.432-462, 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Tradição patrimonialista do Direito Civil e as tendências da repersonalização in Direito Civil**. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2015a.

_____. **Direito Civil**. Parte Geral. Saraiva: São Paulo, 2015b.

_____. **Constitucionalização do Direito Civil**. Revista Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal: nº 141, jan/março, 1999.

_____. LÔBO, Paulo. Novas perspectivas da constitucionalização do direito civil in **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3754, 11 out. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25361>>. Acesso em: 22 out. 2017.

_____. Danos Morais e Direitos da personalidade in **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Ed. Patma, nº 67: 79-97, abr/jun, 2001.

_____. Danos morais e direitos da personalidade in **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <http://www.jus.com.br/artigos/4445>. Acesso em 13/09/16.

LOPEZ. Teresa Ancona. **O dano estético**. Responsabilidade Civil. São Paulo: RT, 2004.

LUGLI, Daniela. **Il contributo dello psicólogo nella determinazione del danno esistenziale**. Disponível em: <http://digilander.libero.it.castelfranco/ProvvedimentiForo/23.htm>. Acesso em 25/02/2014.

MACCARONE, Matteo. **Le imissione**. Tutela reale e tutela della persona. Milano: Giuffrè Editore, 2002.

MACHADO, Fernando da Silveira. **Análise sobre garantismo penal e a sua observância (ou não) pela mídia**: um estudo de caso. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/>. Acesso em 16/08/2016.

MAMAN, Jeannette Antonios. **Fenomenologia existencial do direito**: crítica do pensamento jurídico brasileiro. 2. ed. São Paulo: Quartir Latin, 2003.

MAZZON, Riccardo. **La prova del danno esistenziale**. Disponível em: <https://www.personaedanno.it/danno-esistenziale/la-prova-del-danno-esistenziale-riccardo-mazzon>. 10/04/2012. Acesso em 27/12/2016.

MIRABELLI DI LAURO, Antonio Procida. **Danno da morte**. Il danno da perdita della vita e il <<nuovo statuto>> dei danni ressarcibili. Opinioni- Ressarcimento del danno. Danno e responsabilità. Roma: Wolters Kluwer Italia, n. 7, 2014.

_____. **Sistema Giuridici Comparati**. La Responsabilità Civile. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008.

MIRANDA, Ponte de. **Tratado de Direito Privado. Parte Geral. Tomo II Bens e fatos jurídicos**. Atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 2012.

MELCHIORRE, V. **L'uomo faber e la coscienza di morte, in La qualità della vita**. Filosofi e psicologi a confronto, Atti de Covegno ideato e diretto da G. Trentini e C. Vigna, Franco Angeli. Milano: Giuffrè Editore, 2002.

MOUNIER, Emmanuel. **O personalismo**. Rio de Janeiro: Edição Texto & Grafia, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. 4ª tiragem. São Paulo: Renovar, 2009.

_____. Perspectiva a partir do Direito Civil-Constitucional *in* O direito civil contemporâneo. Novo problema à Luz da Legalidade Constitucional. **Anais do Congresso Internacional de Direito Civil – Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad, en la “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, N° 1, número monográfico dedicado a “Daños a la persona”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, octubre de 1992, pág. 22-23 *in* SESSAREGO, Carlos Fernández. El daño al “proyecto de vida” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *in* ¿ Existe un daño al proyecto de vida?, “**Scritti in onore di Guido Gerin**”. Padova: Cedom Editore, 1996.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Dignidade atingida. Dano existencial requer prova de prejuízo e nexo de causalidade *in* **Revista Consultor Jurídico**, 18 de março de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em 20/09/2016.

NEGRO, A. Il danno alla persona: vecchi i nuovi modelli risarcitori. Il danno esistenziale nel panorama risarcitorio *in* **Il diritto italiano nella giurisprudenza. La responsabilità civile. Il danno esistenziale**. Torino: Utet giuridica, 2014a.

_____. **Il danno esistenziale nel panorama risarcitorio**. Il danno alla persona: vecchi e nuovi modelli risarcitori. Torino: Utet Giuridica, 2014b.

NUNES, Raquel Portugal. Reparações no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos *in* OLIVEIRA, Márcio Luís de Oliveira (Org.). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o Direito Constitucional Contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

O GLOBO. **Goleiro da chapecoense deve ter amputação aumentada, zagueiro segue em estado grave**. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/esportes/sobreviventes-goleiro-da-chapecoense-deve-ter-amputacao-aumentada-zagueiro-segue-em-estado-grave-20599957>. Acesso em 30/01/2017.

OLIVEIRA, Wagner. Quando a Justiça não enxergou a verdade. **Diário de Pernambuco**. Recife: Caderno 3, 17 e 18 de setembro, 2016.

PATTI, Salvatore. **Danno e responsabilità Civile**. Torino: Giappichelli Editore, 2013.

PERLINGIERI, Pietro. La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, 31, jul/set, 2007.

_____. **Rassegna di diritto Civile**. Le funzione della responsabilità civile. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011.

_____. **Perfis de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional.** Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. A doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional *in* O direito civil contemporâneo. Novo problema à Luz da Legalidade Constitucional. Tradução de Carolina Tomasi e João Bosco Medeiros *in* **Anais do Congresso Internacional de Direito Civil – Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro.** São Paulo: Atlas, 2008.

PETTI, Giovanni Battista. **Antropologia Costituzionale e scientifica.** Certezza del diritto e centralità della persona. La nuova disciplina del danno alla persona. Analisi critica della giurisprudenza dopo le Sezioni Unite. Repubblica di San Martino: Maggioli Editore, 2009.

_____. **Il rissarcimento dei danni:** Biologico, genetico, esistenziale. Tomo II. Torino: UTET, 2002.

POMPÉIA, João Augusto; SAPIENZA, Bilê Tatit. **Na presença do sentido.** Uma aproximação fenomenológica a questões existenciais básicas. São Paulo: Editorial da PUC de São Paulo, 2015.

PORTO, Julián Pérez; GARDEY, Ana. **Definición de proyecto de vida.** Disponível em: <http://definicion.de/proyecto-de-vida/#ixzz4DSYhn3pP>. Acesso em 04/07/2016.

PRAGMATISMO, Política. Disponível em: <http://www.pragmatismopolitico.com.br>. Acesso em 18/06/2016.

PROSSER, William L. Privacy *in* **California Law Review.** Volume 48 | Issue 3 Article 1 August 1960, pp.383-423, p.384. Disponível em <http://scholarship.law.berkeley.edu>. Acesso em 10/06/2016.

RAMPAZZO, Flaviana Soares. **Responsabilidade civil por dano existencial.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

REDAÇÃO ÉPOCA. **Avião da Chapecoense caiu por falta de combustível.** Segundo a versão oficial das autoridades colombianas, o piloto estava ciente do problema. A aeronave carregava ainda 500 quilos a mais do que deveria. Disponível em: <http://epoca.globo.com/brasil/noticia/2016/12/aviao-que-levava-chapecoense-caiu-por-falta-de-combustivel.html>. Acesso em 01/01/2017.

RESENDE, Paula. **'Não me arrependo porque fiz por amor', diz garota sobre vídeo de sexo.** Disponível em: <http://g1.globo.com/goias/noticia/2013/10/>. Acesso em 18/06/2016.

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA, vol. 39, Janeiro de 1967, págs. 38-44 julgamento do RE 59.940- SP, 2ª Turma *in* **RTJ**. Rio de Janeiro: LTR, vol. 39, págs. 38–44, 1967.

RIBEIRO, Alex. **Caso Escola Base:** Os abusos da imprensa. São Paulo: Editora Ática, 2000.

RIBEIRO, Roberto Victor Pereira. **Erro judiciário:** o caso irmãos naves. Disponível em: <http://profrobertovictor.jusbrasil.com.br/artigos/121943007/erro-judiciario-o-caso-irmaos-naves>. Acesso: 10/04/2016.

ROUSSEAU, Jean- Jacques. **Discurso sobre as ciências e as artes.** Discurso sobre a Origem e os fundamentos das desigualdades entre os homens. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

ROCCHINA, Staiano. **Il danno esistenziale:** nozione (Cass. N. 6930/2012). Disponível em: <http://www.diritto.it>. Acesso em 17/08/2016.

RODOTÀ, Stefano. Tutela dei dati personali - Legge 675/96. Uno statuto giuridico globale della persona elettronica em 11/10/01. **Sessão conclusiva della Conferenza internazionale sulla protezione dei dati, svoltasi a Parigi dal 24 al 26 settembre scorsi**, che ha riunito i rappresentanti di oltre 50 Paesi provenienti da ogni continente. Disponível em: <http://www.interlex.it/675/rodota5.html>. Acesso em 21/06/2016.

_____. **Solidarietà:** un'utopia necessaria. Roma-Bari: Editori Laterza, 2014.

_____. **A vida na sociedade da vigilância. A privacidade de hoje.** Organizadora: Maria Celina Bodin de Moraes. Renovar: Rio de Janeiro, 2008.

_____. **La rivoluzione della dignità.** Napoli: La Scuola de Pitagora Editrice, 2013.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil. A reparação e a pena civil.** São Paulo: Atlas, 2012.

RUSSO, Paolo. **La responsabilità civile. I danni esistenziale**. Milano: Giuffrè Editore, 2014.

SAPONE, Natalino. BIANCHI, Angelo. **Le ragione del danno esistenziale**. Roma: Aracne Editrice, 2010.

SESSAREGO, Carlos Fernández. **Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño al proyecto de vida" y "daño moral"**. Disponível em: <http://www.pucp.edu.pe/dike/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF>. Acesso em: 06/08/2010.

_____. El daño a la persona en el Código civil peruano de 1984 y en el Código civil italiano de 1942, autores vários *in* **El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano**. Lima: Editorial Cuzco, Lima, 1986.

_____. **Protección Jurídica de la Persona**. Lima: Publicaciones de la Universidad de Lima. 1ª Edição, 1992.

_____. Protección a la persona humana *in* ANDORNO, Luis e outros. **Dano y protección a la persona humana**. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1993.

_____. El daño al “proyecto de vida” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *in* ¿ Existe un daño al proyecto de vida ? *in* **Scritti in onore di Guido Gerin**. Padova: Cedom, 1996.

_____. **Daño al proyecto de vida. Análisis y Desarrollo del Concepto Daño al Proyecto de vida**. Bases filosóficas, desarrollo conceptual, derecho comparado y aplicabilidad de la figura en Costa Rica. Disponível em: <http://www.rabaljuridico.blogspot.com.br>. p. ii. Acesso em 15/06/2016.

_____. **¿Existe un daño al proyecto de vida?** Disponível em: www.revistapersona.com.ar/Persona11/11Sessarego.htm. Acesso em 04/07/2016.

_____. **Libertad, Constitución y derechos humanos**, Serie Clásicos del Derecho, Tomo I. Lima: San Marcos, 2003.

_____. Breves apuntes sobre el “Proyecto de vida” y su Protección Jurídica *in* persona *in* **Revista eletrónica de derechos existenciales**. Diretor Ricardo D.

Rabinovich Berkman. Año 2013, número 90. Disponível em: <http://www.revistapersona.com.ar>. Acesso em 04/07/2016.

SILVEIRA, Rafael Pelizzaro da. **Dano existencial**. Breve análise no ordenamento pátrio e no direito comparado. Disponível em: <http://rafaelpelizzarosilveira.jusbrasil.com.br>. Acesso em 01/09/2016.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade Civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira *in* **Boletim da Faculdade de Direito**. Studia Juridica, nº 48, Coloquia 6. Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

_____. O Direito Civil-Constitucional e suas perspectivas atuais *in* O direito civil contemporâneo. Novo problema à Luz da Legalidade Constitucional. **Anais do Congresso Internacional de Direito Civil – Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008.

TRAZZI, Maria Rita. **Il danno esistenziale**: elementi e definizioni. Disponível em: www.filodiritto.com/diritto/penale/dannoesistenziale. Acesso em: 07/01/2014.

THOMAS M'COOLEY, LL. **The right to be alone**. A Treatise Law of Torts Wrongs wich AEISE Independently of Contract. Third edition. By JOHN LEWIS, of the Chicago Bab, Afthos of "A Tbeatise on the Law of Eminent Domain," bto Volume I. Chicago: CALLAGHAN & COMPANY, 1906.

USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade civil por ato lícito**. São Paulo: Atlas, 2014.

VISINTINI, Giovanna. **Cos'è la responsabilità civile**. Fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014.

WARREN Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. *In* **Harvard Law Review**. Vol. 4, No. 5 (Dec. 15, 1890), p. 4. pp. 193-220. Boston: The Harvard Law Review Association. Disponível em: <http://www.english.illinois.edu>. Acesso em 29/05/2016.

ZIVIZ, Patrizia; BILOTTA, Francesco. **Il nuovo danno esistenziale**. Dalla Cassazione del 2003 alla Sezioni Unite del 2008. Torino: Zanichelli Editore, 2013.

ZIVIZ, Patrizia. **La tutela risarcitoria della persona**. Danno morale e danno esistenziale. Milano: Giuffrè Editore, 1999.

JURISPRUDÊNCIAS

BRASIL. STF. RE nº 59.940- SP, 2ª Turma *in* **Revista Trimestral de Jurisprudência**. São Paulo: RTJ, vol. 39, janeiro de 1967, págs. 38-44

_____. **Agravo de Instrumento nº 496406-SP**. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br>. Acesso em 16/08/2016.

_____. **RE nº 19272**. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 04/01/2017.

_____. **RE nº 42.723**. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 25/01/2017.

_____. **RE nº 109233**. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 03/02/2017.

_____. **RE nº 59.111**. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 04/02/2017.

_____. **RE nº 109233**. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 06/02/2017.

_____. **RE nº 42723**. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 09/02/2017.

BRASIL. STJ. **AgRg no REsp 1405910**. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 09/02/2017.

_____. **REsp nº 1349968**. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 23/01/2017.

_____. **REsp nº 1085358**. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 13/02/2017.

_____. **Resp. nº 762.367**. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 04/03/2017.

_____. **Resp. nº 762.367**. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 05/03/2017.

_____. **Recurso Especial nº 89.701**. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 25/03/2017.

_____. **Resp. nº 762.367.** Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 25/11/2016.

_____. **REsp nº 876.102.** Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 05/10/2016.

_____. **Resp. nº 876.102.** Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 08/09/2016.

_____. **AgRg no AREsp. nº 746.902.** Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 07/08/2016.

_____. **AgRg no AREsp 686.976.** Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 05/07/2016.

_____. **Resp. nº 1.403.710.** Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 02/07/2016.

_____. **Resp.1514775.** Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 03/06/2016.

_____. **Resp.nº1514775.** Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 27/05/2016.

_____. **AgRg no AREsp.636.383.** Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 27/05/2016.

_____. **AgRg no AREsp. nº 677.188.** Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 25/04/2016.

_____. **AgRg no Ag 1092134.** Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 25/04/2016.

_____. **AgRg no Ag nº 1092134.** Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 09/04/2016.

_____. **Agravo de instrumento n. 496406.** Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 09/04/2016.

_____. **REsp nº 612.108.** Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 07/04/2016.

_____. **REsp 922.462.** Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 05/04/2016.

_____. **REsp 922.462.** Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 25/03/2016.

_____. **Resp nº 1.299.900.** Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 22/03/2016.

_____. **HC Nº 70058189457.** Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 20/03/2016.

_____. **AgRg no Ag nº 1392493.** Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 05/03/2016.

BRASIL. TRT-3 - **Recurso Ordinário trabalhista n. 0001055-62.2014.5.03.0106.** Disponível em: <http://www.trt-3.jusbrasil.com.br>. Acesso em 10/ 01/2016.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Wilson Gutiérrez Soler vs. Colombia. Sentença de 12 de setembro de 2005. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_132_esp.pdf. Acesso em: 20/06/2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Loayza Tamayo Vs. Perú.** Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf. Acesso em 20/06/2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso I.V.* vs. Bolívia – Sentença de 30 de novembro de 2016.** Disponível em: <http://www.federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=33697&dpath=document&dfile=12032017101958.pdf&content=,+Sentenza+del+30/11/2016,+I.V.+v.+Bolivia,+sul+consenso+informato+che+costituisce+un+elemento+essenziale+del+rapporto+tra+medico+e+paziente+-+unione+europea+-+documentazione+-+>. Acesso em 19/03/2017.

CORTE INTERAMERICANA DEI DIRITTI. Sentenza del 30/11/2016, I.V. vs. Bolivia, sul consenso informato che costituisce un elemento essenziale del rapporto tra medico e paziente in **Revista di Diritto Pubblico Italiano**, Comparato, Europeo. Giurisprudenza. Altri Paesi. Focus – Human Rights n.1. 13/03/2017. Disponível em: <http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=33697>. Acesso em: 18/03/2017.

CORTE DI CASSAZIONE III SEZIONI UNITE CIVILI. **Sentença n. 6607 de 24.03.1986, sentença n. 233 de 11.07.2003, sentença n. 2972 de 11.11.2008, sentença n.233 de 11.11.2003.** Disponível em:

<http://www.cortedicassazione.it/cortedicassazione/it/settorecivile.page;jsessionid=4D88F87D92CB2EC55EBCA516563D44E1.jvm1>. Acesso em 22/05/13.

CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA. Ufficio referenti per la formazione decentrata dei magistrati del distretto di Milano. **IL DANNO NON PATRIMONIALE. Il punto sul risarcimento del danno non patrimoniale ad oltre quattro anni di distanza dalla sentenza delle sezioni unite dell'11.11.2008.** RACCOLTA DI GIURISPRUDENZA. Disponível em: <http://www.ca.milano.giustizia.it/>. Acesso em 17/08/2016.

ITÁLIA. CASSAÇÃO CIVIL. **Sentença n. 2985.** Disponível em: <http://www.cortedicassazione.it/>. Acesso em 07/08/2016.

ITÁLIA. SESSÃO UNIDA. **Sentença n. 6607.** Disponível em: <http://www.cortedicassazione.it/>. Acesso em 07/08/2016.

LA PAZ. CORTE DE AUDIÊNCIA PÚBLICA. Disponível em: www.cidh.or.cr. Acesso em 17/08/2016.

OEA. **Corte Interamericana de Derechos Humanos.** Voto Razonado. TRINDADE, Cançado. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú Sentencia de 27 de noviembre de 1998 (Reparaciones y Costas). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf. Acesso em 13/07/2016.

OEA. **Corte Interamericana de Derechos Humanos.** Voto Razonado. TRINDADE, A.A. Cançado; BURELLI, A. Abreu. Caso Loayza Tamayo Vs. Peru, sentença de mérito proferida em 17 de setembro de 1997. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/spanish/chi_res9.pdf. Acesso em 13/07/2016.

OEA. **Corte Interamericana de Derechos Humanos.** Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C n. 132. Voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancado_132_esp.doc. Acesso em: 9 abr. 2010.

SITES CONSULTADOS

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancado_132_esp.doc. Acesso em 29/03/2012.

<http://indicadores.safernet.org.br/index.html>. Acesso em:30/09/2013.

<http://new.safernet.org.br/denuncie>. Acesso em: 03/03/2016.

<http://www.it-can.ca/2016/02/04/civil-liability-found-for-revenge-porn-in-first-instance-case/>. Acesso em: 25/08/2014.

<http://www.endrevengeporn.org/>. Acesso em 23/02/2015.

<https://www.cybercivilrights.org/donate/>. Acesso em 06/04/2015.

<https://www.significados.com.br/hedonismo/>. Acesso em 01/01/2017.

<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-02/entenda-o-que-e-sindrome-de-guillain-barre>. Acesso em 11/12/2016

<http://www.mdsaude.com/2008/12/o-que-sndrome-de-guillain-barr.html>. Acesso em 11/12/2016.

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_25_esp.pdf<http://www.oas.org/p/t/cidh/mandato/que.asp>. Acesso em 05/10/2014.

http://www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=311&lang=es. Acesso em 03/05/2013.

<https://estudosinstitucionais.com/REI/user>. Acesso em 02/01/2012.