

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**DIREITO PRIVADO, FORMAS DE RESOLUÇÃO DE
CONTROVÉRSIAS E DIREITO FUNDAMENTAIS**

RICARDO SOARES STERSI DOS SANTOS

JUSSARA SUZI ASSIS BORGES NASSER FERREIRA

DANIEL RIVORÊDO VILAS BOAS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito privado, formas de resolução de controvérsias e direito fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Ricardo Soares Stersi dos Santos, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira, Daniel Rivorêdo Vilas Boas – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-093-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2 Direito privado. 3. Resolução de controvérsias. 4. Direitos fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO PRIVADO, FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS E DIREITO FUNDAMENTAIS

Apresentação

Os Coordenadores do Grupo de Trabalho (GT) Direito Privado, Formas de Resolução de Controvérsias e Direitos Fundamentais apresentam à comunidade acadêmica o livro correspondente aos trabalhos enviados e aprovados para XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Belo Horizonte, entre os dias 10 e 14 de novembro de 2015.

É possível dividir os textos ora publicados em dois grupos. O primeiro, de conteúdo mais específico, cuidou das formas de resolução de controvérsias, especialmente da arbitragem.

Nesse grupo de artigos, encontram-se temas relevantes, como o papel da arbitragem no sistema de solução de conflitos, o estudo do instituto à luz da análise econômica do direito, as implicações do novo Código de Processo Civil, a interseção com os processos de recuperação judicial e falência e sua utilização no conflito de cunho trabalhista e ambiental. Nessa linha foram apresentados diversos trabalhos que abordam matérias consideradas sensíveis à utilização da arbitragem, demonstrando a maturidade da produção acadêmica para a discussão dos avanços e retrocessos do instituto da arbitragem no Brasil. Também foram abordados temas relativos aos aspectos teóricos da mediação, bem como sobre a possibilidade de utilização da transação com a Fazenda Pública.

O segundo grupo de artigos tratou, em abordagem mais genérica, dos direitos fundamentais, especialmente em interseção com o direito privado. A eficácia dos direitos humanos nesse tipo de relação e a influência da constitucionalização foram temas frequentes, merecendo também menção a pesquisa de campo junto ao Poder Judiciário, no artigo que encerra os textos deste GT.

O extrato de todo o trabalho já é conhecido: o CONPEDI mais uma vez serviu ao seu propósito de reunir a pesquisa em direito, com ênfase para os estudos da pós-graduação, voltando-se, especificamente, a temas de grande atualidade e importância.

AÇÕES CÍVEIS INDENIZATÓRIAS E A INFLUÊNCIA DA EMPATIA NAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

THE EFFECT OF EMPATHY ON THE BRAZILIAN COURTS DECISIONS REGARDING INDEMNITY IN CIVIL ACTION SUITS

**Bárbara Gomes Lupetti Baptista
Cláudia Franco Corrêa**

Resumo

O presente trabalho propõe-se a discutir se há tendência de critérios de empatia nas decisões dos tribunais brasileiros em ações indenizatórias, considerando as várias formas de interpretação subjetiva dos dispositivos constitucionais pelos magistrados, dada a sua fluidez. Desta forma, tendo em vista a grande variação de valores fixados a título de indenização em pleitos semelhantes, questiona-se a efetividade do princípio da isonomia, através da análise de entrevistas anonimamente colhidas no âmbito do poder judiciário, através do método de pesquisa de campo, onde as autoras estendem ainda a análise a ótica da vulnerabilidade trazida pelo código de defesa do consumidor e ao célere procedimento dos juizados especiais.

Palavras-chave: Indenização, Isonomia, Empatia, Livre convencimento

Abstract/Resumen/Résumé

This paper proposes to discuss if there is any kind of influence of the empathy on the Brazilian courts decisions, considering the free conviction and the many forms of subjective interpretation, used by the judges and courts, of constitutional provisions. In this way, due to the large range of indemnity values in similar processes, this article mainly questions the effectiveness of the constitutional principle of equality, through the analysis of interviews anonymously collected within the judiciary, through field research method. The authors also extend their analysis to the perspective of vulnerability brought by consumer protection code and to the swift procedure of special courts.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Indemnity, Equality, empathy, free conviction

INTRODUÇÃO

Os fatores que motivam o livre convencimento dos juízes bem como os parâmetros utilizados na valoração dos danos na esfera das ações indenizatórias, não raro tem sido objeto de debate entre advogados e profissionais da área jurídica, que frequentemente tentam encontrar um padrão que explique a grande diferença no valor da condenação, observada diariamente na prática forense.

O presente trabalho pretende tratar a questão através de um diálogo entre os princípios constitucionais de caráter protetivo, em especial o princípio da isonomia, em suas diferentes abordagens encontradas na melhor doutrina, e a experiência prática da advocacia vivenciada pelas autoras, que exercem atividade profissional já há muitos anos na área do direito civil no Rio de Janeiro. A utilização de trabalho de campo, com entrevistas realizadas com Magistrados e operadores do Direito foi efetivada como método de pesquisa para a elaboração do presente *paper*.

Desta forma, a análise partirá da constatada desconexão encontrada nas decisões de caráter indenizatório, as quais consubstanciam o recorte escolhido do presente trabalho, discutindo seu fundamento no atual ordenamento sob a égide do direito constitucional e do código de defesa do consumidor, cujo texto concede caráter protetivo aos chamados “vulneráveis”.

Ainda nesse cenário jurídico de reconhecimento de uma chamada hipossuficiência, discutir-se-á as diferentes posturas adotadas pelo judiciário, que ora atua como protetor direto dos direitos sociais promovendo a chamada justiça distributiva por meio da tutela dos direitos imateriais, o que consolidou-se com a criação dos Juizados Especiais Cíveis, que permitem inclusive que a parte pleiteie diretamente seus direitos dispensando a figura do advogado, e ora posiciona-se em prol da consolidação de privilégios hierárquicos, fundamentados na ideia de um tratamento igualitário independente das heterogeneidades sociais.

É nesse contexto que surge a questão central do presente estudo, cujo foco concentra-se na influência da empatia nas decisões judiciais, que dentro do atual ordenamento possuem grande autonomia dada a vasta gama de dispositivos legais com fluidez suficiente para ensejar tanto uma abordagem social-protetiva quanto posicionamentos hierarquizados de cunho individualista.

1. O CONTEXTO LEGAL E A INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS NO BRASIL: A CONSTRUÇÃO DA PROBLEMÁTICA

É por certo que a partir da Constituição Federal de 1988 as ações indenizatórias assumiram um caráter diferenciado, principalmente pelo fato de a referida Constituição abranger, em esfera normativa, o ser humano como centro de toda e qualquer relação jurídica (artigo 1º, inciso III), (des)coisificando as relações cíveis ao estabelecer a dignidade do ser humano como ponto basilar e fundamental, construindo, por assim dizer, um novo paradigma norteador de toda interpretação em sede de responsabilidade jurídica.

Na realidade, o princípio da dignidade da pessoa humana se revelou muito mais do que um elemento de hermenêutica jurídica a ser aplicado *a posteriori*. Seu caráter deve ser contido, originariamente, como ponto de partida e gênese de qualquer relação jurídica. Construiu-se também uma conexão protetiva entre os chamados direitos da personalidade tutelados no artigo 5º, consagrando 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, a segurança e à propriedade”.

Nessa mesma ordem, avalizou, também no artigo 5º (que trata dos direitos individuais, alçados à categoria de garantias fundamentais), o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem, considerando invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

Nota-se que, apesar do reconhecimento, em sede jurisdicional, de dano moral em ações indenizatórias, subordinava-se tal dano à esfera econômica, implicando um reconhecimento dependente e claudicante, na medida em que se o restringia a uma espécie de dano patrimonial objetivo.

Nesta ordem, consolidou-se uma concepção mais elástica de direito subjetivo, mostrando, inclusive, a inconsistência da teoria da negação dos direitos subjetivos (FACHIN, 2003, p. 104), haja vista que não existem, no ordenamento, apenas situações jurídicas em que as pessoas se amoldam, sob pena de o indivíduo estar fora de qualquer aparato tutelar jurídico em situações efetivamente violadoras.

Os novos ventos constitucionais revelaram, por fim, que o sujeito extrapola e precede a previsão normativa, principalmente quando se trata de direitos personalíssimos, alicerçados sob dupla égide: de um lado, a feição privada, por dizer respeito a um particular, e, de outro lado, a garantia da ordem pública, como ocorre, por exemplo, no Direito à liberdade, que é direito individual, mas condicionado à tutela da ordem pública, havendo restrições a este

direito, impostas pela pena de prisão, sob fundamento de proteção à ordem pública (FACHIN, 2003, p.107). Até porque, em regra, os direitos personalíssimos nascem e se desenvolvem no âmbito das relações privadas.

Dessa concepção, portanto, nasce a não valoração pecuniária de tais direitos, sendo, assim, extrapatrimoniais, não mensuráveis. Nesse contexto, o Código Civil brasileiro de 2002 corroborou acentuadamente na compreensão que privilegia os valores não patrimoniais em detrimento de uma concepção individualista característica das codificações liberais, concedendo lugar à tutela da pessoa humana de acordo com suas necessidades existenciais, partindo de uma releitura do direito civil à luz da Constituição (TEPEDINO, 2004).

Sendo assim, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva devem ser o foco principal da economia privada e das situações jurídicas patrimoniais (TEPEDINO, 2004).

Em suma, a partir da Constituição de 1988 e com o advento do Código Civil de 2002, que positivou os direitos da personalidade, inclinou-se o ordenamento jurídico privado brasileiro para questões mais abstratamente consideradas, assegurando-se concretamente princípios constitucionais a nuances mais complexas e subjetivas do cotidiano da pessoa nos aspectos de suas relações, compreendendo como relação jurídica toda relação da vida relevante para tais concepções abarcadoras e contempladoras de tutelas de direitos materiais e imateriais (DE ANDRADE, 1974).

Nesse contexto, a “nova ordem” instalou um panorama criador de uma cultura¹ de pleitos indenizatórios sobre integridade física, direito à liberdade, à intimidade, à honra e à integridade intelectual, ou seja, direitos imateriais que são tuteláveis através de mecanismos judiciais como cautelares, ações cominatórias e a indenização propriamente dita, podendo se exigir que cesse a ameaça ou a lesão e ainda reclamar perdas e danos sem prejuízo de outras sanções previstas (FACHIN, 2003, p.107).

Considera-se ainda que, com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) no início da década de 90, no Brasil, os conflitos de relações decorrentes do mercado de consumo assumiram novos contornos e novas demandas, tendo em vista ter a sociedade brasileira, à época, debutado no mercado consumerista, o que acarretou, dentre tantas situações novas, uma complexa litigiosidade em massa. Nessa questão, muito bem esclarece Maria Stela Amorim (2010, p.05):

¹ Aqui utilizado no sentido de estruturas psicológicas por meio das quais os indivíduos ou grupos de indivíduos guiam seu comportamento. (GEERTZ, 1973).

“A criação da Lei 8.078/90 adveio de demanda social para a regulação das relações de consumo no mercado, onde, antes dela, o consumidor era lesado e não tinha como reclamar. Com a vigência da citada lei, é possível admitir diminuição de abusos contra o consumidor, mas os tribunais ainda continuam abarrotados de conflitos decorrentes de relações de consumo e do não cumprimento de contratos celebrados entre as partes, atores sociais, que integram a oferta e a procura. Uma maioria expressiva de consumidores figura como autor de tais ações e, principalmente na atualidade, algumas partes tornaram-se réus habituais. São principalmente empresas de prestação de serviços de utilidade pública e instituições financeiras que hoje mais lesam o consumidor brasileiro na região metropolitana do Rio de Janeiro”.

Além disso, a criação dos Juizados Especiais Cíveis, a partir de 1995, mediante a promulgação da Lei 9.099/95, acolhendo demandas de menor complexidade, também contribuiu para a intensificação dos pedidos indenizatórios perante o Poder Judiciário², principalmente pela possibilidade de litigar sem a presença de um advogado em causas que versem até o limite de 20 salários mínimos e sem pagamento de custas, o que gera consistente desoneração da parte para demandar.

Ainda devemos ressaltar o relevo que assumiu a responsabilidade objetiva, que, tendo suas raízes plantadas em Raymond Saleilles e Louis Josserand, e, no Brasil, as obras de Orozimbo Nonato, Alvino Lima, Aguiar Dias e outros, ganhou robustez na seara da responsabilidade civil, implicando o dever de indenizar independentemente de culpa.

Alia-se nesse contexto, a profícua sistematização da boa-fé objetiva em sua multifuncionalidade nos negócios jurídicos firmados no texto do artigo 113 do Código Civil brasileiro, que dispõe que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração, assumindo-se, portanto, o ordenamento jurídico brasileiro, uma madura estrutura interpretativa favorável à concessão das indenizações.

A inserção, em sede infraconstitucional, da boa-fé objetiva admitiu uma múltipla dimensionalidade que permitiu envolvimento na conduta negocial que suplanta a mera contratualidade (FARIAS e ROSENVALD, 2015). Assim, a boa-fé objetiva produz deveres instrumentais que devem atender a finalidades sociais que se sobrepõem a uma exegese de cunho restrito no campo das obrigações.

Tais inserções de cunho dogmáticos interpretativos e operacionais trouxeram rigorosas alterações no campo judicial que, diga-se, tem sentido concretamente a reverberação de tantas mudanças.

² Os Juizados Especiais implementados pela Lei 9.099/95, na verdade, são consequência natural de uma política anterior, iniciada na década de 80, com o programa nacional de desburocratização e com a criação dos Juizados de Pequenas Causas, através da Lei 7.244/84.

Conjugado ao contexto de uma maior amplitude na esfera normativa de elastecimento na percepção funcional dos negócios jurídicos houve considerável influxo de demandas no judiciário após 1988 também por outros fatores. Levando em consideração o número de demandas judiciais, ao que parece, com a promulgação da Constituição de 1988, o brasileiro passou a ter uma maior consciência de seus direitos, que, aliada à facilitação do acesso à justiça, permitiu a reivindicação dos pleitos de forma mais efetiva.

Segundo dados do anuário de justiça de 2014, do Conselho Nacional de Justiça, o número de ações que trafega pelo Judiciário brasileiro subiu mais de 270 vezes, enquanto a população brasileira aumentou por volta de 30%. Em 1988, eram 350 mil ações em trâmite; 25 anos depois, já eram 92 milhões. Em 2014, foram mais de 100 milhões³.

Não é forçoso considerar que boa parte desse contingente assustador de demandas é de ações inseridas no campo da responsabilidade civil, o que gerou para nós, autoras do presente trabalho, um dos fatores preponderantes de investigação, surgindo, dessa maneira, a inquietação científica com o objetivo de analisar os critérios utilizados nas decisões de tais demandas, levando em consideração sua consistente presença nos tribunais brasileiros.

Nesse aspecto, imprimimos alguns critérios metodológicos, a fim de averiguarmos se haveria ou não raciocínio objetivo nas decisões judiciais, principalmente em questões que versassem sobre danos materiais e morais, considerando o nível de subjetividade para se mensurar violações aos direitos da personalidade, preferencialmente.

Deste modo, também privilegiamos um olhar especial, direcionando nossos questionamentos à tentativa de identificar se haveria, ou não, uma associação clara quanto a critérios de igualdade nas referidas decisões, ou seja, de igualdade como tratamento uniforme à igualdade de direitos em situações idênticas ou semelhantes.

Desejávamos aferir se as decisões prolatadas estariam ou não cindidas de tratamento uniforme ou diferenciado ou qualquer outro princípio que seja a mola propulsora efetiva que se destaca como dínamo gerador da tutela definitiva jurisdicional nos casos analisados.

Na qualidade de advogadas cíveis, atuantes no foro do Rio de Janeiro, sempre estranhamos o fato de situações fáticas semelhantes serem julgadas de forma distinta e, no que

³ Dados informados pelo site do anuário da justiça Brasil de 2014 – Conselho Nacional de Justiça (Instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual). O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi criado pela Emenda Constitucional 45, de 2004 (a chamada Reforma do Judiciário) para exercer a função de controle externo do Judiciário Brasileiro. É presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, a mais alta corte do país, e tem seu funcionamento previsto no art. 103-B da Constituição da República Federativa de 1988. Detém duas atribuições principais: uma, de planejamento estratégico e gestão administrativa dos tribunais; e outra, de controle disciplinar e correccional das atividades dos magistrados.

se refere aos pedidos de indenização por dano moral, percebíamos uma notória variação de valores concedidos nesse tipo de ação, ainda que os fatos que subsidiassem os pedidos fossem similares. A distribuição desigual dos valores concedidos em ações de indenizações por danos morais semelhantes sempre despertou o nosso interesse e foi, a partir dessa inquietude, que decidimos tentar entender os mecanismos, critérios e fatores que influenciam na prestação jurisdicional e que resultam em desigualdade na aplicação da justiça.

Também aos Tribunais, sempre foi objeto de preocupação a tentativa de uniformizar valores de danos morais. A tal ponto, que o desconforto decorrente da ausência de parâmetros e das disparidades no arbitramento das indenizações levou o Superior Tribunal de Justiça a elaborar uma tabela referencial, em 2009, na tentativa de resumir alguns precedentes sobre casos que geraram dano moral, bem como os valores arbitrados na segunda instância e no STJ. Tratou-se de material, que, segundo o próprio STJ, tinha pretensão exclusivamente jornalística, de caráter ilustrativo, com o objetivo de facilitar o acesso dos leitores à ampla jurisprudência da Corte.⁴

Em 2009, estes eram os valores expressos na referida tabela:

Evento	2º grau	STJ	Processo
Recusa em cobrir tratamento médico-hospitalar (sem danos à saúde)	R\$ 5 mil	R\$ 20 mil	Resp. 986947
Recusa em fornecer medicamento (sem danos à saúde)	R\$ 100 mil	10 SM	Resp. 801181
Cancelamento injustificado de voo	100 SM	R\$ 8 mil	Resp. 740968
Compra de veículo com defeito de fabricação; problema resolvido dentro da garantia	R\$ 15 mil	Não há dano	Resp. 750735
Inscrição indevida em cadastro de inadimplente	500 SM	R\$ 10 mil	Resp. 1105974
Revista íntima abusiva	Não há dano	50 SM	Resp. 856360
Omissão da esposa ao marido sobre a verdadeira paternidade biológica das filhas	R\$ 200 mil	Mantida	Resp. 742137
Morte após cirurgia de amígdalas	R\$ 400 mil	R\$ 200 mil	Resp. 1074251
Paciente em estado vegetativo por erro médico	R\$ 360 mil	Mantida	Resp. 853854
Estupro em prédio público	R\$ 52 mil	Mantida	Resp. 1060856
Publicação de notícia inverídica	R\$ 90 mil	R\$ 22.500	Resp. 401358
Preso erroneamente	Não há dano	R\$ 100 mil	Resp. 872630

⁴Tabela retirada do site do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679 Acesso em: 13 de maio de 2015.

A preocupação de uniformizar sempre esteve no horizonte dos operadores do direito brasileiro, mas nem por isso, segundo nossa experiência, a vontade de igualar levou à efetiva igualdade no plano da vida real, na aplicação da Lei aos casos concretos.

Na verdade, o discurso da uniformização nunca teve correspondência empírica, porque, até hoje, as disparidades na concessão das indenizações se perdura e a desigualdade é reproduzida.

Isto se deve a alguns fatores, dentre os quais, destacamos para este *paper*, a “empatia” como variável e critério fundamental na apreciação dos casos pelos julgadores.

Do mesmo modo, a partir de outra perspectiva, Badaró (2012, p. 8) empreendeu o mesmo esforço e explicitou, em seu trabalho empírico, conclusões similares às que nos motivaram a pesquisar, verificando, em seu campo de investigação, que a tentativa de uniformizar não se concretizou:

[...] dados colhidos mostraram que há tentativas de uniformização dos valores concedidos ao dano moral. Desse modo, alguns magistrados utilizam categorias como ‘dano moral leve’, ‘dano moral médio’ e ‘dano moral grave’, cada uma delas aplicada segundo a avaliação de cada julgador. Essa classificação, entretanto, não define cada um dos três tipos de indenização. Além disso, a referida tabela parece conceder ao julgador a falsa ideia de estar praticando a igualdade na distribuição da justiça. Contudo, ela resulta em desigualdade, uma vez que cada julgador faz juízo diferente da gravidade ou leveza do dano sofrido pela parte ofendida, levando à caracterização, dentro de um conjunto de casos, de decisões desiguais dos julgadores, em ações semelhantes nas quais valores distintos são concedidos aos pedidos de indenizações por dano moral [...].

Na mesma linha, Soto (2014, p. 420), a partir da análise do pensamento social brasileiro, estudou casos de indenizações por danos morais decorrentes da morte de filho e verificou discrepâncias significativas na concessão dos pleitos. Segundo ele, tal fato se deve à cultura autoritária brasileira, que, em suas palavras, “desigual os ‘de baixo’”, concluindo que o viés de “classe” seria importante na avaliação dos casos.

De nossa parte, a problemática principal de nossa investigação fita, então, primordialmente perceber se há algum critério ou influência da “empatia” que resvale o princípio da igualdade jurídica em decisões judiciais preferencialmente que versem sobre responsabilidade civil fazendo com que situações idênticas ou semelhantes tenham decisões absolutamente diferentes.

Para tanto, analisamos julgados dos Tribunais Brasileiros e realizamos entrevistas com magistrados, sendo este o recorte do nosso trabalho.

2. A QUESTÃO DA (DES)IGUALDADE NO BRASIL

[...] Continuamos pensando exatamente como os velhos escravocratas que nos inventaram e que, com teorias sociológicas da pior qualidade, nutriram nossos códigos administrativos e jurídicos ‘democráticos’. Republicanos, sem deixar de ser aristocratas, adotamos tudo, menos a possibilidade de praticar a igualdade [...] ideais republicanos que adotamos no papel, mas que resistimos a pôr em prática e a inscrever nos nossos corações. (DAMATTA, 2009:10).

A análise que pretendemos enfrentar no presente trabalho, nos permite refletir como a questão da igualdade jurídica no Brasil é absorvida no campo judicial, ainda que contextualmente.

Não é incerto ponderarmos que no sistema judiciário brasileiro, a igualdade se destaca com concepções diferenciadas, o que pode ser o pano de fundo para as dicotomias encontradas em diversas situações jurídicas idênticas ou semelhantes, mas que se revelam com resultados diferenciados.

No Brasil, o direito reconhece duas formas distintas de igualdade: 1) a da isonomia jurídica, que incorpora a concepção constitucional de que todos são iguais perante a lei, sendo que os iguais, neste caso, são os semelhantes, ou seja, aqueles identificados entre si; 2) e a do tratamento diferenciado, que enseja, por um lado, privilégios hierárquicos e, por outro, assistencialismo. A diferença provoca nos Tribunais dois tipos de comportamento: ou o do privilégio hierárquico advindo das relações de pessoalidade e de empatia ou o da piedade, provocado por critérios de assistencialismo e de superproteção ao fraco, ao oprimido, ao hipossuficiente.

Diversos autores que estudamos identificam que a igualdade assume duas concepções discrepantes: a igualdade pela diferença e a igualdade pela semelhança. Uma, que Dumont (2008) trataria como típica de sociedades estratificadas e outra, de sociedades hierárquicas.

Oliveira (2010 e 2011) associa a concepção de igualdade como tratamento uniforme à igualdade de direitos e a concepção de igualdade como tratamento diferenciado à justificação de privilégios. No Brasil, o tratamento diferenciado vai além da justificação dos privilégios da hierarquia e da pessoalidade, sustentando também o discurso da hipossuficiência, tratado por Amorim (2010) de forma primorosa.

O Professor Luís Roberto (OLIVEIRA, 2010 e 2011) destaca que a singularidade brasileira está na arbitrariedade da definição entre os campos de vigência das duas concepções de igualdade ou mesmo de certa indistinção entre o exercício de direitos e de privilégios.

A pesquisa empírica que subsidiou a construção deste trabalho foi realizada, principalmente, através da análise de casos concretos julgados por Tribunais brasileiros, nos quais verificamos que os discursos de alguns magistrados e operadores, expressos nos dados etnográficos, estão cindidos de forma muito explícita entre aqueles que entendem a igualdade como tratamento diferenciado e os que a veem como tratamento uniforme.

Porém, mais do que isso, nos interessa destacar aqui os dados empíricos que demonstraram que a “empatia” figura como mola propulsora no acesso a direitos e que esta categoria se confunde (ou talvez, compromete) a concepção de igualdade.

3. A EMPATIA COMO VARIÁVEL NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Começamos com o destaque da fala de dois juízes entrevistados:

“Somos seres humanos [...] Por exemplo, quando o juiz tem que julgar uma coisa que já aconteceu igual com ele. É lógico que o juiz vai se colocar no lugar daquela pessoa. Outro dia, eu julguei um caso aqui. A pessoa ia para o México e a mala extraviou [...] um caos. Eu adoro viajar. Me imagino muito no lugar da pessoa. A pessoa programou a viagem, estava toda feliz. Olha o transtorno. Eu já vivi isso e acho isso um desgaste muito grande. Tem juiz que não vai achar. Mas eu já vivi isso e sei o que a pessoa passou. Então, acho que a companhia aérea tem que ser condenada e numa importância bem alta. Isso é experiência do ser humano”.

“[...] O que o juiz devia fazer como exercício era se colocar sempre no lugar das pessoas mesmo quando ele não vivenciou exatamente aquela situação idêntica. Acho que esse exercício de se colocar no lugar do outro é um exercício muito importante para o juiz, não necessariamente porque ele vivenciou aquela situação, mas ele tem que tentar pensar como aquela pessoa se sentiu naquela situação na hora de julgar”.

Outra magistrada entrevistada foi muito elucidativa e didática em sua explicação sobre o que pensa ser o seu papel na magistratura e como exercita a alteridade. Relatou-nos dois casos muito interessantes. Em um deles, ela exercita a empatia ao contrário:

“Como é que eu faço, né? Porque o nosso trabalho é, o tempo todo, se colocar no lugar do outro. Somos resolvedores de problemas. Mas, somos resolvedores de problemas dos outros. Isso é muito complicado. Então, o que eu faço no meu dia-a-dia aqui. Por exemplo, vou te contar dois casos que eu me lembro que foram muito curiosos pra mim e eu nunca esqueci. Teve um ação indenizatória que eu fui julgar que a pessoa dizia que tinha sofrido um transtorno num hotel cinco estrelas em Nova Iorque. Bom, eu não tenho essa regra de experiência comum pra mim, porque eu nunca estive num hotel 5 estrelas em Nova Iorque. Então, eu não vou poder avaliar da mesma forma. Agora, se essa pessoa me disser que ela teve um problema na fila do

supermercado, ah, essa eu conheço, já estive lá...mas, então, essas coisinhas do dia-a-dia, muitas vezes a gente vivenciou, outras vezes, não...então, o que que eu faço se o problema for um problema num hotel 5 estrelas em Nova Iorque? Eu fico imaginando como é que alguém que se hospeda num hotel de 5 estrelas, o que essa pessoa espera encontrar? Eu fico imaginando o que que pode ser, para ela, uma frustração. E tento decidir com base nisso. O outro caso foi melhor ainda. Nós tivemos uma vez um negócio muito interessante aqui. Um troço que era até meio ridículo, mas acabou sendo interessante. Umas pessoas reclamavam uma promoção de queijo *camembert* no supermercado. E aí você olhava os autores da ação e eles eram pessoas assim: empregada doméstica, servente, cozinheira. E aí, o juiz - algum juiz - teve o bom senso de perguntar se a pessoa já tinha comido ou sabia o que era queijo *camembert* antes? E a pessoa dizia: não, nunca comi, não sei o que é. Então, qual era a importância para ela de ter uma promoção frustrada de um queijo que ela nem sabia o que era? Até se ela tivesse dito assim: ‘poxa, eu nunca tinha comido e queria muito experimentar, porque é um queijo muito caro e eu tinha muita vontade de comer’, tudo bem. Então, várias pessoas entraram com ação com base naquilo. E qual era a importância de não encontrar a promoção se ela nem sabia o que era? Então, é isso. Você tem que exercitar essas posições”.

Em outra situação, uma das coautoras deste trabalho assistiu a um julgamento no Tribunal em que se discutia um pedido de indenização por acidente na linha do trem. O relator estava negando o pedido e produzindo juízos de valor bastante pejorativos no sentido de culpar o próprio passageiro, acusando-o de ficar na porta do trem em vez de ir para o meio do vagão, onde correria menos riscos. O vogal disse assim, em público e bastante raivoso com o colega:

“Ah, desembargador...vê-se que Vossa Excelência nunca pegou um trem em sua vida, não é? Só andou de carro de passeio...sorte a sua. Quem pegou trem sabe como é. O Senhor não tem como julgar...Vossa Excelência não tem a menor ideia do que se passa dentro de um trem na central do Brasil no horário de trabalho...aliás, Vossa Excelência conhece a Central do Brasil?⁵”.

O clima ficou tenso, mas o relator manteve a sua decisão, desprovendo o pedido. O revisor e o vogal julgaram em favor do autor do pedido indenizatório (LUPETTI BAPTISTA, 2013).

Em outra ocasião, também em um julgamento no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, um desembargador, antigo membro do Ministério Público, “linha dura do Ministério Público”, segundo seu próprio colega de câmara, disse o seguinte em uma votação similar a anterior: ‘Os usuários do trem, diferentemente dos usuários do metrô, são conhecidos por seu vandalismo no trato do bem público’. O seu colega, desembargador, se dirigiu a ele dizendo: ‘*Data vênia*, Vossa Excelência não sabe o que é pegar trem nem metrô. Há anos anda de carro

⁵ Estação Central da SuperVia, sendo a estação para a qual convergem as composições das diversas linhas de trens suburbanos da Região Metropolitana do Rio de Janeiro.

oficial e já esqueceu o que é estar no meio do povão, que, para o senhor, é ralé'. O colega pediu respeito e o clima ficou bastante pesado, inclusive assim perdurou até o final da sessão.

Outro juiz entrevistado narrou uma história interessante. Ele contava que, em sua opinião, o magistrado ideal seria aquele que tivesse vivido tudo; todas as situações impostas pela vida. Em sendo impossível, acreditava que o seu objetivo era exercitar a empatia para tentar julgar melhor e, ao mesmo tempo, 'se policiar', para não deixar que a interferência das suas vivências, levasse-o a ter opiniões preconceituosas.

“Por que me policiar? Porque julgo situações que aconteceram comigo e, apesar disso, só posso decidir com o que está no processo. A imparcialidade está em julgar com a lei e com o processo. Não posso julgar com o que está fora dos autos. Então, outro dia me vi nessa situação. Eu comprei um eletrodoméstico em uma dessas lojas grandes. O vendedor queria me empurrar o seguro, que, segundo ele, estaria agregado. Eu não queria o seguro. Aí, ele ficou com aquela insistência que eu acho até agressiva. Aí eu fui fazer uma audiência que discutia isso. E o preposto da loja disse que a autora não está falando a verdade, porque a loja apenas oferece o seguro, não insiste nem nada. Eu sou neutro? Claro que não. Eu não vou prejudicar a loja, nem julgar com sentimento de raiva ou prejudicar. Mas eu sei que eles não só oferecem o seguro. Eles oferecem acintosamente”.

Uma advogada também falou sobre o tema:

“Ontem mesmo, eu estava no Tribunal, esperando para sustentar num processo meu e vi uma situação [...] uma desembargadora, muito boa, honesta, eu a conheço há muito tempo, deixou que ideias dela, pré-concebidas, interferissem naquele julgamento. Ela deu uma indenização maior do que daria porque, segundo ela mesma disse, está passando por uma situação idêntica em sua vida pessoal. Era uma ação de uma pessoa contra uma construtora e eles discutiam algumas irregularidades da obra. Isso é ser parcial? Acho que é. Mas, por outro lado, a desembargadora é só um ser humano, né? Ela não vem de marte para julgar. A experiência dela afetou a visão de mundo dela. Claro, que é elementar a preservação da imparcialidade, mas, por outro lado, eu sempre penso isso: essas pessoas são humanas. Como advogada, a parcialidade deles me afeta, mas o que faz parte da vida deles, lógico que vai afetar a maneira deles de agir e reagir. Ela julgou com a experiência de vida dela. Ela julgaria completamente diferente se não tivesse vivendo isso? Teria. Eu acho que ela teria sido objetiva e julgado só com o que estava nos autos. Ela deixou entrar no julgamento uma coisa pessoal dela, subjetiva...isso é parcialidade? Não sei. O que eu sei é que já vi e vivi situações idênticas. Ela não é a primeira nem será a última. Isso é uma situação corriqueira. Eles deixam essas coisas interferirem. Mas, eles não são máquinas. Eu também acho que o juiz que não tem experiência nenhuma também não consegue julgar...ou vai julgar mal. Não consegue se colocar no lugar do outro...então, é difícil mesmo. O problema é quando extrapola isso. Se o envolvimento é pessoal, aí acho que impede o julgamento. Mas essas coisas, de empatia, acho que interferem, mas não tem como ser diferente”.

Ou seja, frequentemente, nos defrontamos com situações em que a variável da empatia e a noção de se colocar na situação do outro ou de tê-la vivido concretamente, apareceu como fundante da prestação jurisdicional.

Uma juíza entrevistada contou que, no início de sua carreira de magistrada, ainda na condição de substituta, o primeiro processo que caiu em suas mãos foi uma ação indenizatória contra uma clínica porque a autora havia perdido o seu bebê no local. Ela disse que há pouco tempo tinha perdido o seu bebê também. Preferiu se afastar do processo e esperar que a juíza titular voltasse para conduzir a ação.

Ou seja, a vivência ou a experiência pessoal do julgador, segundo verificamos nos dados coletados, provoca uma importante interferência na decisão.

Um dos casos mais emblemáticos que analisamos, e que foi objeto de estudo mais aprofundado na tese de doutorado de Lupetti Baptista (2013), diz respeito a uma ação indenizatória proposta por um consumidor que havia comprado, pela internet, uma coleção de CDs em uma conhecida loja de departamento. Os CDs não chegaram e o consumidor, após inúmeras e infrutíferas tentativas de resolver a questão extrajudicialmente, não obteve êxito, tendo de ajuizar a ação, cujo objetivo era a devolução do dinheiro gasto e o ressarcimento por danos morais.

O juiz havia julgado o pedido procedente, mas ambas as partes interpuseram recurso. A loja, para reformar a sentença e o pedido ser julgado improcedente; o consumidor, para majorar os danos morais.

A câmara cível que julgou o recurso é conhecida por ser muito rigorosa e pouco pródiga ao conceder indenizações em casos de relação de consumo. O relator, destoando do padrão, queria majorar o valor da indenização em 10 (dez) vezes: de R\$1.000,00 para R\$10.000,00. Os demais julgadores queriam manter o valor arbitrado pelo Juiz em R\$1.000,00, porque, segundo eles, já representava quase 10 (dez) vezes o valor da compra do autor.

Houve uma longa discussão entre os julgadores, principalmente pelo fato de o juiz relator pretender atuar de maneira excepcional ao que comumente ocorria naquela Câmara julgadora ao pretender aumentar o valor da indenização. Os próprios colegas estranhavam a sua intenção. Repentinamente, no meio da discussão, o relator, diante de tamanha insistência dos colegas em questioná-lo, acabou dizendo que estava concedendo uma indenização muito mais alta do que a de costume porque:

“Estou com um tio entrevado. Devido a esse calor de quase 40°, comprei um ar condicionado para colocarmos em seu quarto, a fim de melhorar as suas condições. Isso já faz mais de um mês e essa mesma loja não o entregou até hoje. Além disso, não dá a menor satisfação de como resolverão o problema. Tratam mal quando telefonamos. Ou seja, presta pessimamente o serviço de compra e venda pela internet. Considerando o tamanho e o lucro mensal da loja, imagino que eles vão rir do valor da indenização a que os estamos condenando. Temos de condená-los em importância que eles sintam”.

Um dos julgadores disse logo após a declaração do relator: ‘Mas Vossa Excelência não pode decidir com base nisso. Vossa Excelência tem até um impedimento, a meu ver’. E o relator disse: ‘Eu que decido quando estou impedido. A gente sempre traz para o nosso julgamento o que a gente tem de vivência. Eu estou fazendo isso. A gente julga sempre de acordo com as experiências daquilo que a gente viveu. Isso faz parte’. Outra desembargadora, que sequer integrava a turma julgadora, mas era a presidente da câmara, tentando acalmar os ânimos dos colegas, falou: ‘Tem muito disso em qualquer julgamento. Vossa Excelência nunca se viu no lugar do outro? É assim mesmo’.

Os desembargadores se mantiveram em suas posições e não voltaram atrás. Por maioria, mantiveram a sentença, tendo a loja sido condenada a pagar R\$1.000,00 de indenização. Mas o relator se manteve vencido.

Um renomado advogado, que também exerce o magistério e reconhecido como jurista brasileiro, disse que já vislumbrou este dilema:

“Por exemplo, uma realidade tangível: juízes cíveis são protetivos do consumidor, que entra já com uma grande vantagem no processo. Proteção excessiva, exagerada. Acho que isso tem tudo a ver com a questão da empatia. O Juiz é consumidor também, então cria uma identificação com aquela parte. A mãe dele já teve problemas com o plano de saúde; ele já pagou juros excessivos no cheque especial; já recebeu um cartão que não solicitou em sua residência; já tentou falar com a empresa de telefonia e ficou horas esperando...acho que isso influencia o seu comportamento prévio contra grandes empresas prestadoras desse tipo de serviço. Entram no processo em posição de desvantagem notória. Isso é flagrante. Sensação notória de pré-disposição negativa. Mas, por outro lado, eles não podem orientar a sua atividade pensando assim o tempo todo, porque há momentos em que o consumidor não tem razão. Então, isso que eu acho que é difícil, que é um dilema, problema...porque ele vive aquilo, igual, mas também não pode achar que funciona sempre daquele jeito. Tem que se separar um pouco também da sua experiência”.

Por fim, ressaltamos a fala de uma desembargadora entrevistada, que narrou para uma das autoras deste *paper*, como se autoanalisa na situação de empatia e alteridade e a representação do processo judicial bem como seu papel de magistrada:

“A gente é visto como se fosse até um ser extraterrestre, né, uma pessoa muito distaaaaante...realmente eu acho que a gente não pode estar próximo a ponto de se envolver emocionalmente com a causa, mas no mundo, o juiz tem que estar no mundo, isso é inegável, senão ele não pode julgar aquela causa, ele não pode julgar nada, porque não conhece nada. Agora, isso também é outro questionamento, né: ele [juiz] precisa conhecer e ter vivido tudo o que vai julgar? Não. Por exemplo, eu não sou casada, não tenho filhos. E fiquei um tempo em vara de família. Eu dizia sempre para as pessoas. ‘Vocês devem achar que eu tô argumentando isso porque não tenho essa vivência, né, porque nunca vivi essa experiência...não sei do que estou falando etc...o filho não é meu, né, o marido não é meu...mas, na verdade, você vive e vivencia as histórias que te são contadas pelas partes. É isso. O trabalho do juiz é assim: tinha um programa chamado você decide. Você não deve lembrar, não sei se é do seu tempo. Que era bem isso mesmo. Eles mostravam as duas versões e você escolhia uma, né. E ia pro ar a versão que você escolhia. O trabalho do juiz é exatamente este: ele vê as duas versões da história e ele busca a versão mais verossímil...a verdadeira, essa a gente nunca chega a ela, porque a gente não tava lá! E mesmo que a gente estivesse, qualquer coisa que você faz, qualquer coisa para a qual você olha, você coloca o que tem de seu nela. É impossível não ser assim. Então, isso é o que acontece. Isso é o que a gente vive no trabalho”.

4. REFLETINDO SOBRE A PROBLEMÁTICA: POUCAS RESPOSTAS E COMPLEXAS PERGUNTAS

Os casos analisados nos levam a refletir e levantar a hipótese de que em uma sociedade desigual e hierárquica como a sociedade brasileira, a igualdade e a empatia são variáveis que se confundem para conformar o sistema jurídico e reproduzir a eterna desigualdade social que reverbera no Judiciário.

Em um país de desiguais, a empatia como critério na fixação de indenizações causará e repercutirá necessariamente em desigualdade.

O sistema de desigualdades jurídicas explícitas vigente em nossa sociedade - ilustrado, por um lado, pela prisão especial e pelo foro privilegiado e, por outro, na proteção dos fracos e hipossuficientes - já internalizado e incorporado por nossas instituições, faz com que a nossa tradição jurídica, em vez de desconstruir privilégios em busca de tratamentos uniformes aos sujeitos naturalmente diferentes, estenda esses tratamentos particularizados ao máximo de segmentos sociais possível, criando, com isso, em uma democracia, ou melhor, em um sistema de república federativa, uma ambiguidade incompreensível, que, por sua vez, gera sucessivos e intermináveis mecanismos de desigualdades entre seus cidadãos.

Em palavras objetivas: o nosso problema é que a desigualdade é reproduzida eternamente, em uma lógica infinita ora de privilégios, ora de compensações desses mesmos privilégios, que leva a novos privilégios e assim sucessivamente.

A prática da desigualdade se institui ora em benefício de uns, ora de outros. E, ao final, inexistente qualquer compromisso de quem quer que seja em efetivamente promover a igualdade de todos. Enquanto uns criam privilégios, outros criam mecanismos de compensação desses privilégios (que são igualmente privilégios) e assim a lógica da desigualdade se eterniza.

A lógica predominante no tratamento desigual pode conceder e por certo concederá, uma maneira hierarquizada de distribuição de direitos, lógica anterior ao período das Revoluções Burguesas que antecederam à Revolução Francesa de fins do século XVIII e que marca a era do capitalismo mais avançado na era contemporânea, do qual os mercados atuais descendem.

Sobretudo, cinge-se de atraso que coloca a sociedade brasileira fora da “Era dos Direitos”, como diria Bobbio (1992), e fora dos caminhos trilhados pelas sociedades que alcançaram um desenvolvimento econômico capitalista de primeira linha, associado à construção de seus Estados Democráticos de Direito.

Neste aspecto, ressalta-se o direito a tratamento igualitário sob a ótica inarredável de um Estado republicano que deve conceber a igualdade como princípio motriz de sua estrutura normativa, ainda que valham as diferenças econômicas que inferem diferenças sociais, próprias da posição em que o sujeito se figura no tecido social. Contudo, essas diferenças não podem refletir no modelo jurídico, que deve privilegiar a uniformidade de tratamento ao permitir que todos acessem os direitos disponibilizados na textura da lei.

No patamar da segurança jurídica, as perguntas se instalam como maior insistência, tendo em vista que a falta de critérios objetivos em julgamentos indenitários, com privilégio pelo raciocínio da empatia, constrói-se um ambiente pouco elucidativo aos jurisdicionados, posto que, ainda que o cidadão sinta-se violado em seu direito subjetivo, pode vir a ver sua pretensão sucumbir diante de princípios pessoalizados que podem gerar uma correspondência lógica de descrédito e de afastamento.

Neste aspecto, não podemos olvidar que a falta de critérios uniformes ou a preponderância da empatia podem ser causas de insucesso na administração dos conflitos, por parte dos tribunais, o que seria sua função precípua e indispensável nas sociedades contemporâneas. Entretanto, o afastamento muitas vezes existente entre a atuação julgadora, parâmetros claros e transparentes e igualdade, pode obstaculizar a administração dos conflitos, levando os tribunais a devolvê-los para a sociedade.

Ressaltamos ainda que a desigualdade no tratamento das questões aqui suscitadas podem se consubstanciar em insulto moral ao jurisdicionado, uma vez que surge como uma

(nova) agressão à dignidade da pessoa por ser um desrespeito a direitos que demandam respaldo institucional (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2002), observando que a noção de dignidade se insere na visão coletiva derivativa de igualdade, própria de regimes democráticos e, por conseguinte, oriunda da cidadania, aspecto indissociável do Estado Democrático de Direito, como bem descreve Taylor (2000, p. 250) ao afirmar que com “a passagem da honra à dignidade, veio uma política de universalismo que enfatizou a igual dignidade de todos os cidadãos, política cujo conteúdo tem sido a equalização de direitos e privilégios”

Dessa forma, a dignidade é elemento essencial e caracterizador de expressões de reconhecimento, como reconhecer-se um cidadão inserido no acesso à direitos universalmente. Sua negação pode ser vivida como um insulto e percebido como tal por terceiros (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2002) aliado ao fato de, possivelmente, reverberar na instância da insegurança jurídica.

CONCLUSÃO

Diante da complexidade dos fatos narrados, acreditamos que não seria possível traçar um paralelo que relacione de maneira exaustiva os estereótipos observados nos casos concretos, no universo das ações indenizatórias, e as decisões proferidas pelos tribunais brasileiros, nem tampouco este foi o propósito do presente estudo, que objetivou problematizar o conteúdo subjetivo das decisões judiciais, que nas últimas décadas, com a constituição de 1988, o código de defesa do consumidor e o Código Civil de 2002, expandiu-se, encontrando fundamento nos princípios protetivos dos chamados “vulneráveis” e no princípio constitucional da isonomia, que acabam por servir de embasamento para decisões que, muitas vezes, escondem valores subjetivos, transparecendo experiências pessoais de determinados julgadores.

A grande relevância do imbróglio narrado, reside na insegurança jurídica gerada pela discrepância observada entre as decisões proferidas em casos similares, principalmente se considerarmos o fato de tais decisões encontrarem respaldo no ordenamento jurídico atual, que permite que os julgadores, através do livre convencimento, optem por posturas desiguais a fim de alcançar a isonomia constitucional ou por decisões equivalentes e coerentes entre si, independente das diferenças individuais e sociais observadas nos casos concretos.

A análise em esfera macro de tais decisões revela um cenário de grande instabilidade, haja vista não haver qualquer tipo de comprometimento com a equidade em relação a tutela jurídica oferecida, sendo bastante comum o mesmo dano gerar indenizações

muito dispares, em diferentes ações. Desta forma, tem-se que a credibilidade do judiciário fica bastante comprometida, à medida que os indivíduos veem-se submetidos ao livre convencimento de um julgador, a quem caberá a valoração do dano sofrido, cujos padrões podem variar de forma imprevisível, fundamentando-se muitas vezes, em questões de foro íntimo, conforme extrai-se das entrevistas supra narradas.

O grande desafio que surge a partir dos fatos analisados, diz respeito a como garantir a proteção a dignidade humana, flexibilizando a aplicação das normas através de princípios basilares, permitindo que o judiciário analise cada caso concreto na extensão de sua complexidade, mas ao mesmo tempo não deixar que esta autonomia, fundamentada justamente no princípio da isonomia, que permite inclusive que o juiz decida acerca de sua própria suspeição ou impedimento⁶, promova um estado de insegurança jurídica gerado por decisões contraditórias, eivadas de percepções individuais aptas a gerar estereótipos estigmatizados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Maria Stella de. **Administração de conflitos judiciais em mercados metropolitanos brasileiros: Consequências e dissonâncias na atualização de modelos avançados de estado e de mercado.** In LIMA, Roberto Kant, EILBAUM, Lucía e PIRES, Lênin (orgs). *Conflitos, direitos e moralidades em perspectiva comparada.* Rio de Janeiro: Garamond, 2010, pp. 193-220.

ANDRADE, Manuel Antônio Domingos de. **Teoria geral da relação jurídica.** Coimbra: Almedina, 1974 v.1

BADARÓ, Henrique Nery. **Representações sobre o valor atribuído nas condenações por dano moral nos Juizados Especiais Cíveis do TJRJ: um estudo empírico.** 2012. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** 14^a ed. Rio de Janeiro: Editora Campos, 1992.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís Roberto. **Direito Legal e insulto moral: dilemas da cidadania no Brasil, Quebec e EUA.** Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

DAMATTA, Roberto. Entre muros e passagens. **O GLOBO**, Rio de Janeiro, 29 abr. 2009. Caderno Opinião, p. 10

DUMONT, Louis. **Homo hierarchicus: o sistema das castas e suas implicações.** 2. ed. São Paulo: EDUSP, 2008.

⁶ A esta prerrogativa dos magistrados decidirem acerca de sua própria suspeição dá-se o nome de Competência Residual.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil 4: Contratos – Teoria geral e contratos em espécie**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

KANT DE LIMA, Roberto. **Carnavais, malandros e heróis: o dilema brasileiro do espaço público**. In: GOMES, Laura Graziela; BARBOSA Livia; DRUMMOND, José Augusto (Orgs.). *O Brasil não é para principiantes*. Rio de Janeiro: FGV, p. 105-123, 2000.

_____. **Ensaio de Antropologia e de Direito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

_____. **Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada**. Anuário Antropológico, Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, v. 2009-2, pp. 25-51, 2010.

LUPETTI, Bárbara Gomes. **Paradoxos e Ambiguidades da imparcialidade judicial: Entre querer e poderes**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2013.

OLIVEIRA, Luís Roberto Cardoso de. **Concepções de igualdade e (des)igualdades no Brasil (uma proposta de pesquisa)**. In: LIMA, Roberto Kant; EILBAUM, Lucía; e PIRES, Lênin (orgs). *Conflitos, direitos e moralidades em perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010, pp. 19-36.

_____. **Concepções de igualdade e cidadania. Contemporânea** – Revista de Sociologia da UFSCar. Dossiê Diferenças e (Des) Igualdades. São Carlos. n. 1, jan-jun. 2011, pp. 35-48.

SOTO, Paulo Neves. **A tradição cultural autoritária brasileira e o ato judicial: a dimensão humana na avaliação do dano pela morte de filho**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro.

TAYLOR, C. **A política do reconhecimento**. In: TAYLOR, C. *Argumentos filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**- vol. I, Rio de Janeiro: Renovar, 2004.