

DIÁLOGOS DA FILOSOFIA EXPERIMENTAL COM A TEORIA JURÍDICA: TEORIA DE ATRIBUIÇÃO DE MENTES E CAPACIDADE MORAL NA APLICAÇÃO DO DANO MORAL ÀS PESSOAS FÍSICAS E JURÍDICAS

Aluno: Igor de Moraes Lenzi

Orientador: Noel Struchiner

Introdução

O objetivo deste trabalho é trazer à tona discussões que tem ocorrido no campo da filosofia experimental para o campo do direito. Este é um novo movimento que vem sacudindo as bases de campos mais tradicionais da filosofia ao lançar mão de técnicas advindas da psicologia experimental para por à prova dilemas filosóficos diante de pessoas comuns. Através deste tipo de técnica, os filósofos experimentais buscam uma melhor compreensão da natureza humana e de seus processos, porém não mais na distância e conforto de suas poltronas, e sim indo a campo e coletando dados de como estas respondem a problemas filosóficos.

Nomes como os de Joshua Knobe, Paul Bloom, Justin Sytsma, Edouard Machery e Sinnott-Armstrong tem despontado no cenário mundial, na medida que estes vem descobrindo importantes diferenças entre as fórmulas tradicionalmente debatidas por filósofos e aquelas que estudos parecem apontar como sendo o modo de pensar de pessoas comuns.

Pode-se assim, enriquecer a doutrina jurídica ao se estabelecer um diálogo com a filosofia experimental. Diversas descobertas deste campo estão diretamente ligadas com os processos de tomadas de decisão, tema fundamental no campo jurídico, onde o peso de decidir recai rotineiramente sobre homens que, embora treinados e versados nas técnicas jurídicas, são falhos e, muitas vezes, estão sujeitos às mesmas assimetrias nas tomadas de decisão que qualquer cidadão comum. Muitos destes trabalhos no campo da filosofia experimental vem para trazer à tona essas pequenas e, muitas vezes, imperceptíveis “parcialidades” na hora de decidir, que pode ter um peso tão trágico quanto privar um homem de sua liberdade.

Propomos esse diálogo partindo de um tema central do direito civil que é o dano moral. Focamos nosso estudo na possibilidade de concessão de dano moral às pessoas jurídicas, tema de extrema relevância e que vem sendo muito discutido. Com o advento das promulgações da Constituição Federal e do Código Civil de 2002 intensificaram-se os debates a respeito da possibilidade do instituto do dano moral ser

estendido às pessoas jurídicas quando há uma violação a honra objetiva¹ destas. Observamos aí, uma enorme divisão doutrinária com grandes nomes em ambos os lados do debate. Enquanto autores como Rui Stocco e Alexandre Alves, dentre outros, se colocam a favor da concessão, Gustavo Tepedino e Maria Celina Bodin de Moraes defendem um uso mais moderado do instituto.

Com a edição da súmula 227 do STJ, a discussão parece ter se solidificado em sentido favorável à aplicação do instituto. É importante ressaltar, que é amplamente majoritário o entendimento, tanto doutrinário quando jurisprudencial, de que o instituto do dano moral é extensível às pessoas jurídicas.

Observamos, no entanto, através de uma pesquisa jurisprudencial em processos julgados pelo STJ, que há uma assimetria na aplicação do instituto, variando quando a vítima do dano é uma pessoa física ou jurídica. A assimetria se apresenta quando comparamos o valor do dano concedido, bem como sua variabilidade perante casos semelhantes. Buscamos, assim, lançar nova luz sobre a discussão, analisando o problema sob o prisma das teorias de atribuição de mente e capacidade moral, desenvolvidas no campo da filosofia experimental, para dar uma explicação à assimetria identificada.

Para ajudar na compreensão, dividimos o trabalho em três partes. Na primeira, procuramos resumir e apresentar as principais discussões do campo da filosofia experimental a respeito de atribuição de mente e capacidade moral. Para tanto, nos apoiamos nos trabalhos dos professores Justin Sytsma e Edouard Machery; Kurt Gray, Joshua Knobe, Mark Sheskin, Paul Bloom, Lisa Feldman Barrett; Jesse Prinz que através dos trabalhos *The Two Sources of Moral Standing*, *More Than a Body: Mind Perception and the Nature of Objectification* e *Intuitions about Consciousness: Experimental Studies*, respectivamente, nos apresentam propostas de explicação para as fontes da atribuição de mente e capacidade moral.

Neste campo, parece que os filósofos se dividem em dois grandes grupos no momento de explicar as formas de atribuição de capacidade moral. Enquanto uns enfatizam a capacidade de um ente sentir dor e prazer, concedendo, portanto, a capacidade moral a entes sensíveis, outros enfatizam formas mais sofisticadas de cognição, como racionalidade e complexidade de estilos de vida. Buscamos explicar em maiores detalhes essa diferença bem como apresentar a proposta dos professores Justin Sytsma e Edouard Machery que sugerem que a atribuição de capacidade moral, na verdade, leva em conta as duas dimensões conjuntamente. Tentamos, ainda, mostrar através do trabalho dos professores Joshua Knobe e Jesse Prinz que pessoas comuns

¹ A doutrina jurídica faz uma distinção entre a honra objetiva e a honra subjetiva. Enquanto a primeira é a imagem que a sociedade faz daquela pessoa (seja ela física ou jurídica), a segunda é a imagem que a pessoa tem de si própria (sendo, portanto, atribuída somente às pessoas físicas).

só estão dispostas a atribuir uma das dimensões da moralidade a entes que não possuem um corpo físico, como é o caso das corporações.²

Na segunda parte, pretendemos delinear o debate jurídico. Buscamos trazer um pouco dos dois lados da discussão travada em sede doutrinária, trazendo opiniões de autores de peso como Maria Celina. Como o tema do dano moral é um ponto do direito civil de extrema complexidade, com muitos pontos controversos e ainda em disputa, decidimos focar na distinção doutrinária da violação do direito à honra. Essa decisão foi tomada pois é somente nessa modalidade que tanto os tribunais quanto a doutrina estão dispostos a conceder, às pessoas jurídicas, indenizações por danos morais.

Na terceira parte, trazemos alguns julgados demonstrativos do STJ que pretendemos analisar para estabelecer o diálogo entre as duas primeiras partes do trabalho. Procuramos analisar a argumentação empregada para a concessão, bem como o valor das concessões de danos morais quando a vítima varia, sendo pessoa física ou jurídica.

Primeira Parte: Filosofia Experimental e Seus estudos:

Nesta parte, pretendemos delinear o problema filosófico das duas dimensões de moralidade e apresentar as discussões que vem sendo tratadas sobre este tema no campo da filosofia experimental. Para tanto, partiremos do artigo *The Two Sources Of Moral Standing*, dos pesquisadores Justin Sytsma e Edouard Machery, buscando mostrar a divergência existente, bem como a teoria proposta por eles. Logo após, comentaremos rapidamente os artigos *More than a Body: Mind Perception and the Nature of Objectification* e *Intuitions about Consciousness: Experimental Studies*, onde são apresentados pesquisas demonstrando que pessoas comuns atribuem ambas as dimensões da moralidade a pessoas humanas, porém não estão dispostas a atribuir a dimensão de experiência a entes sem um corpo físico, atribuindo a estes somente a dimensão de agenciamento.

1 - Entendendo o dilema filosófico:

1.1 A capacidade moral:

A primeira consideração que devemos fazer é sobre o significado de capacidade moral. Para este trabalho, a consideraremos como aquela que é atribuída a um ente quando ele próprio ou algum de seus interesses contam, em algum grau, para seu

² Muito embora as corporações são entes formados por diversas pessoas físicas individuais, elas carecem de um corpo físico, e, portanto, são caracterizadas como entes descorporizados.

próprio bem. Assim, um ente que possui capacidade moral, é um ente que tem importância por sua própria existência, não devendo seus interesses ou necessidades serem violadas. É criada uma obrigação direta de consideração entre agentes morais³ e este ente, pois que as ações tomadas contra ele importam independentemente das conseqüências que estas possam gerar a outros entes.

Como bem observam os professores Justin Sytsma e Edouard Machery, um ente só pode ter capacidade moral se este pode ser moralmente injustiçado⁴. Assim, quando esta é atribuída ao ente, os efeitos resultantes das ações infligidas a ele importam diretamente na avaliação moral destas ações.

Quando discutimos seres humanos, por exemplo, temos a clara noção de que não podemos tomar qualquer atitude para com estes, sem que esta possa ser moralmente condenável. Por outro lado, não temos a mesma clareza quando discutimos sobre cadeiras. Enquanto seres humanos podem ser violados de diversas maneiras, uma cadeira não é passível de violação. Há aí uma obrigação direta de respeito aos primeiros, pois estes podem ser injustiçados. Porém, a mesma não existe em relação aos segundos pois, nesse caso, seu detentor pode usá-la da melhor forma que entender, podendo, inclusive, destruí-la. A única consideração que fazemos a uma cadeira é indireta, na medida em que sua violação, na verdade, implica em uma atitude moralmente condenável tomada contra um ser humano, que é privá-lo de seu pertence. O foco de importância não está na cadeira, porém no ser humano e em seus interesses que devem ser protegidos.

É de suma importância entender, no entanto, que a atribuição de capacidade moral não gera automaticamente direitos⁵, sendo, porém necessária sua atribuição para a criação e obtenção destes. O que ocorre é uma obrigação, em maior ou menor grau, de respeito ao ente considerado moral. Assim, uma atitude tomada contra este ente seria errada, independentemente das conseqüências geradas a outros. O que importa tão somente na apreciação moral das ações é que este ente está sendo injustiçado de alguma forma. Há uma obrigação direta criada para com o ente moral, aonde uma violação não pode ser justificada meramente pela obtenção de um objetivo do agente violador.

Por fim, cabe ressaltar que a capacidade moral pode ser quantificável ou inquantificável. No primeiro caso, entre os entes possuidores de capacidade moral,

³ Quando fala-se aqui em agentes morais, lê-se agentes capazes de realizar ações morais. Por outro lado, quando falamos em entes com capacidade moral, conceituamos aqueles entes capazes de sofrer uma ação moral. Esta nomenclatura está longe de ser definitiva e está sendo utilizada somente com o intuito de facilitar a compreensão do trabalho.

⁴ SYTSMA, Justin and EDOUARD, Machery, *The Two Sources of Moral Standing*; *Review of Philosophy and Psychology* 3, 2011, p. 2

⁵ Direitos entendidos aqui não como um bem jurídico, mas como privilégios que não podem ser violados tão somente sob a justificativa de atingir os interesses de outro agente.

alguns poderiam possuí-la em maior grau do que outros, enquanto, no segundo caso, todos os entes morais, independente de sua condição, a teriam na mesma extensão.

1.2 Duas formas de atribuição de Capacidade Moral:

Após conceituarmos o que é capacidade moral, devemos buscar como se dá sua atribuição. Muito embora diversas teorias, com suas nuances próprias, foram elaboradas ao longo dos anos, as discussões filosóficas a esse respeito podem ser resumidas em duas tradições distintas que enfocam diferentes dimensões de moralidade: Experiência e Agenciamento.

Aquelas teorias que focam no agenciamento, fazendo dele sua base, entendem que um ente merece ter capacidade moral quando este possui capacidades de racionalidade⁶, poder de ação e um estilo de vida complexo. Porém, é importante ressaltar que é dentro deste grupo que as nuances entre seus distintos autores apresentam uma maior variabilidade. As características elencadas nem sempre se limitam às apresentadas aqui. Além disso, aquelas que aparecem recorrentemente, como racionalidade, normalmente possuem conceitos extremamente disputados.

Como representantes desta tradição, podemos citar Aristoteles, Tomás de Aquino e Kant. Embora não tenha sido o primeiro a apresentar ideias sobre agenciamento na atribuição de capacidade moral, Kant talvez seja aquele que melhor representa o grupo. Segundo o autor, seres racionais possuem capacidade moral pois somente estes tomam atitudes de forma independente. Os seres racionais podem refletir sobre seus impulsos e desejos, e decidir se devem ou não agir sobre eles. Enquanto isso, aqueles entes não racionais, não seriam merecedores de capacidade moral exatamente por estarem presos a seus instintos.

Assim, para Kant, somente seres humanos teriam capacidade moral, pois somente estes entes possuiriam a capacidade de racionalidade. Todas as outras entidades, como não sendo possuidoras de capacidade moral, seriam apenas coisas à disposição dos seres humanos, para serem usadas da forma como estes desejarem a fim de atingir seus objetivos e desejos.

Como dito anteriormente, Kant não foi o único filósofo a ressaltar a importância da racionalidade na atribuição de capacidade moral, devendo aqui ser frisada a participação de Tomás de Aquino. Segundo este filósofo, só deveríamos nos preocupar com aqueles seres que podem racionalmente determinar suas ações, incluindo-se todos os seres humanos e excluindo-se aqueles seres não humanos.

⁶ O conceito de racionalidade aqui não segue uma corrente específica, pelo contrário, engloba os conceitos individuais atribuídos por cada autor. Ressalta-se aqui que o importante é a ênfase na característica “racional”, muito mais do que um conceito fechado de racionalidade.

Na filosofia contemporânea, devemos ressaltar a importante participação de Peter Carruthers. Este professor americano argumenta contra a atribuição de capacidade moral a animais em seu livro *The Animals Issue*⁷ apresentando seu argumento em duas partes. Filiado a uma corrente contratualista⁸, primeiro ele define que o que é moralmente permissível depende unicamente do que seres racionais com interesses pessoais permitiriam sob o véu da ignorância.⁹ Depois, o filósofo afirma que esses agentes só levariam em conta os interesses das outras partes que também estão debatendo o que é permissível, ou seja, os interesses de outros seres humanos.

Em contraste com a dimensão de agenciamento, temos a dimensão da experiência. Os filósofos que enfocam esta dimensão enfatizam a capacidade de experimentar estados afetivos positivos e negativos, como dor e prazer. Neste grupo, a questão sobre a autonomia e a capacidade de raciocínio perde a importância, sendo a questão central destes filósofos a possibilidade de um ente sofrer. É a partir desta capacidade que será atribuída capacidade moral a um determinado ente.

Como expoente deste grupo, temos o filósofo Jeremy Bentham que constrói sua teoria utilitarista tendo como o objetivo da moral a busca de maximizar a felicidade garantindo a hegemonia do prazer sobre a dor.¹⁰ Assim, o próprio Bentham busca mudança de foco em sua proposta, o que pode ser muito bem ilustrado por esse pequeno trecho: “A pergunta não é, Podem eles raciocinar?, nem, Podem eles falar?, porém, Podem eles sofrer?”¹¹ A capacidade de experimentar estes estados, então, se coloca como ator central deste grupo de filósofos, para que a atribuição de capacidade moral possa ser feita.

Na filosofia contemporânea, podemos encontrar o exemplo do filósofo Peter Singer que sustenta que no momento que um agente moral deve determinar uma ação

⁷ Carruthers, Peter; *The Animals Issue*, Cambridge University Press, 1992

⁸ De forma geral, os contratualistas endossam uma posição de que nossa sociedade é formada por contratos implícitos entre seus integrantes. Assim, abriríamos mão de uma liberdade total para que a vida em sociedade fosse possível, devendo os termos deste contrato determinar as obrigações e direitos de cada indivíduo.

⁹ O conceito moderno de “véu da ignorância” foi formulado por John Rawls em seu livro *A Theory of Justice*, sendo utilizado para a determinação da permissibilidade moral de um determinado assunto. O conceito é baseado em um experimento mental que consiste em imaginar fundadores de uma sociedade que não sabem nada sobre suas características ou posição social. Em teoria, este conceito facilitaria encontrar o que é moralmente permissível pois não haveria nenhum tipo de conflito de interesses.

¹⁰ SANDEL, Michael J.; *Justiça, O que é fazer a coisa certa*; Civilização Brasileira, 4 edição, Rio de Janeiro 2011

¹¹ Tradução livre de trecho presente na página 6 "SYTSMA, Justin and EDOUARD, Machery, The Two Sources of Moral Standing; *Review of Philosophy and Psychology* 3, 2011" citando BENTHAM, Jeremy, in *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*; 1789/2011; London, British Library, pp. 235-236

a ser tomada, este deve levar em conta todas as conseqüências que podem ser geradas por esta ação, não havendo distinção se seus efeitos se desdobrarão em seres humanos ou seres não humanos. Isso se dá, pois, como Bentham já havia colocado, o interesse de se viver uma vida sem dor e com a máxima felicidade, deve ser sobreposto a qualquer outro interesse envolvido, devendo ser levado em conta, para a decisão ser tomada, todos aqueles agentes capazes de experimentar qualquer destas sensações.

Resumidas, assim, as discussões entre estas duas correntes, passamos a apresentar a nova proposta defendida pelos pesquisadores Justin Sytsma, Edouard Machery, que se coloca com uma terceira e inovadora corrente.

1.3 Uma nova proposta:

Diferentemente dos outros filósofos citados aqui, Justin Sytsma e Edouard Machery trabalham com a proposta da filosofia experimental. Com isso, a teoria proposta pelos dois baseia-se em dados obtidos por meio de experimentos em pessoas comuns. É a partir destes dados, que os dois professores buscam uma explicação para a forma como se dá a atribuição de capacidade moral.

Não se filiando a nenhum dos dois grupos de filósofos, a tese apresentada no artigo *The Two Sources of Moral Standing*, é de que as pessoas comuns possuem impulsos em ambas as dimensões da moralidade. Dependendo do cenário, uma das duas engatilharia o processo de atribuição de capacidade moral, se sobrepondo à outra. Embora as pessoas comuns tenham uma pré-disposição para ambos os impulsos, estes agem de forma independente. Assim, quando engatilhados, não há interação significativa entre as duas dimensões da moralidade, tendo somente a prevalência de um sobre o outro.

É importante ressaltar, porém, que os autores não argumentam que estes seriam os únicos fatores que levariam a atribuição final de moralidade. É plausível que uma grande quantidade de fatores atuem aqui, porém, segundo a tese apresentada, a capacidade de sentir dor ou prazer ou a capacidade de raciocinar e a complexidade da vida se sobreporiam aos outros fatores.

Quanto aos diferentes cenários que engatilhariam uma ou outra forma de atribuição de capacidade moral, os autores argumentam, tendo como base os resultados obtidos em experimentos independentes, que quando há um alto grau de empatia presente no cenário, a dimensão da experiência se sobrepõe à da moralidade. Por outro lado, quando o ente em questão é um grupo e não um indivíduo, a dimensão de agenciamento entra em jogo, tendo uma participação fundamental na atribuição de capacidade moral.

Os filósofos pertencentes a uma das duas tradições estariam sujeitos ao mesmo fenômeno, porém, por ter seu treinamento filosófico, e ainda, dependendo da

quantidade de tipos de exemplos concretos utilizados por estes e a extensão de sua capacidade de empatia, essa atribuição espontânea de moralidade seria mais influenciada para a dimensão da experiência ou de agenciamento. A construção de uma teoria filosófica que explicasse a atribuição de capacidade moral, estaria assim enviesada por este treinamento em filosofia, fazendo com que a construção de suas teorias se desse em torno de uma das dimensões.

Para fundamentar a tese proposta, os autores propõem uma discussão sobre evidências experimentais e não experimentais. Tendo em foco as segundas, são enumerados alguns debates históricos como aquele presente quando alguns grupos humanos foram oprimidos, e a discussão, tão atual, sobre os direitos dos animais. O que se evidencia é que nestes debates, são propostos argumentos que enfatizam uma ou outra dimensão da moralidade, muito recorrentemente de forma contraposta.¹²

O debate sobre direitos dos animais é uma boa forma de exemplificar a discussão. Em termos filosóficos, dois autores já citados aqui tem opiniões diversas sobre o assunto, baseando sua argumentação em uma ou outra dimensão da moralidade. Peter Singer, defende os direitos dos animais baseando-se em seus traços de experiência. Por outro lado, Peter Carruthers nega atribuição de capacidade moral aos animais por sua falta de capacidade de raciocínio. Esses dois autores ilustram bem o problema que vivemos atualmente, tendo as pesquisas médicas como meio de uma discussão filosófica muito antiga.

Quanto a parte dos estudos experimentais, os autores relatam dois estudos que parecerem confirmar a tese apresentada. No primeiro deles, foi feita uma pesquisa com 487 participantes com 18 anos ou mais, que não haviam participado previamente no estudo, cuja língua materna era o inglês e que não possuíam mais do que treinamento mínimo em filosofia. A eles, foi posta uma vinheta aonde era relatado que, para um estudo de uma grande universidade, pesquisadores deveriam selecionar, dentre cinco espécies de macacos, uma para conduzir os estudos. O estudo consistia em cortar os macacos escolhidos sem anestesia, infectar as feridas com uma bactéria e observar os efeitos de diferentes antídotos. Após isso, os macacos seriam sacrificados e uma autópsia completa seria realizada. A vinheta relatava ainda que, em estudos posteriores, os cientistas haviam determinado que todos as espécies serviriam igualmente bem aos estudos. A diferenciação entre estas espécies de macacos se dava somente em dois âmbitos: o grau de dor ou prazer que uma espécie sentia e o grau de inteligência da espécie. Assim, os dois graus de diferenciação buscavam manipular o nível relativo de agenciamento e o nível relativo de experiência. Foi pedido aos participantes então que estes avaliassem em uma escala de 1 a 7 sobre o quão errado era fazer experiências com uma determinada espécie e não com outra.

¹² Para uma discussão mais detalhada sobre o tema ver SYTSMA, Justin and EDOUARD, Machery, *The Two Sources of Moral Standing*; *Review of Philosophy and Psychology* 3, 2011, pp.12-15

Os resultados foram surpreendentes, pois a dimensão da moralidade ligada a experiência pareceu prevalecer sobre qualquer outra, não tendo sido a dimensão de agenciamento relevante. Os autores especularam que isso ocorreu devido ao forte efeito da empatia dos participantes tendo em vista a descrição dolorosa do experimento a ser realizado com os macacos. Assim, este efeito poderia ter mascarado a dimensão da experiência.

No segundo experimento, participaram 435 pessoas mantendo as mesmas restrições do primeiro estudo relatado. Para que o grau de empatia não representasse uma máscara sobre os efeitos da dimensão de moralidade, os experimentadores fizeram quatro vinhetas contando a descoberta de uma forma de vida alienígena, da espécie fictícia *Atlan*, por exploradores humanos, em um planeta muito distante. As vinhetas variavam de forma semelhante a do primeiro estudo. Foram mantidas as características básicas, e a única variação era o enquadramento dos alienígenas dentro das duas dimensões da moralidade. Após a descrição, lia-se um enunciado aonde os exploradores humanos percebiam que, com seu poder militar, eles poderiam dominar os *Atlans*, não só para fins de experimentação científica, porém já pensando em uma colonização humana em um futuro próximo. Porém, estas ações resultariam em uma grande quantidade de *Atlans* mortos, além de seu estilo de vida ser destruído. Após a vinheta, era pedido que os participantes respondessem quatro perguntas que mediam os efeitos das duas dimensões de moralidade sobre eles.

Os resultados da pesquisa foram novamente surpreendentes. Como era esperado, a dimensão de agenciamento teve um efeito significativo sobre os participantes. Surpreendentemente, porém, a dimensão de experiência não demonstrou o mesmo.

Como dito anteriormente, os pesquisadores elaboraram a hipótese de que, a depender do cenário, uma das duas dimensões da moralidade seria engatilhada de forma independente, sobrepondo-se à outra. Para controlar de forma mais precisa, foram conduzidos mais dois experimentos em forma de variação dos dois primeiros, visando o controle das dimensões da moralidade voltadas para alto grau de empatia/ baixo grau de empatia e entes individuais/ entes coletivos.

Na variação do experimento da vinheta dos macacos, foi controlada a forma como seria feita a cirurgia. Em uma, foi posta que essa seria realizada com anestesia, enquanto na outra foi narrado que não haveria anestesia. Como esperado, notou-se que a dimensão da experiência teve ação mais significativa naqueles casos em que a dor do ente, no caso o macaco, era maior.

Na variação do experimento com vinhetas de alienígenas, foi proposta uma diferenciação aonde em uma situação somente era descoberto um integrante da população *Atlan*, enquanto na outra a população inteira era descoberta. Foi verificado,

como era esperado, que a dimensão de agenciamento exercia efeito maior naquelas vinhetas sobre os grupos do que sobre indivíduos.

1. 4 Atribuição de capacidade moral a indivíduos e a corporações:

Os estudos relatados até agora são muito importantes e relacionam-se diretamente com a segunda parte de nosso trabalho, que é a exposição da doutrina jurídica a respeito da possibilidade de pessoas jurídicas sofrerem danos morais. Podemos perceber, a partir dos estudos finais dos professores Justin Sytsma e Edouard Machery que o grau de empatia voltada a um indivíduo em particular tem efeito de engatilhar a dimensão da experiência, enquanto quando temos a pesquisa direcionada a grupos, vemos claramente que o que entra em jogo é a dimensão de agenciamento.

O trabalho *More Than a Body: Mind Perception and the Nature of Objectification*, publicado em associação de diversos professores americanos¹³, demonstra que, quando estamos falando de pessoas humanas, ao contrário do que se pensava, as duas dimensões da moralidade estão em jogo. Porém, dependendo da forma como esta é apresentada, uma dimensão se sobrepõe à outra.

Estudos demonstraram que, quando uma pessoa é representada somente com a cabeça, há uma maior atribuição de agenciamento. Porém, quando a representarmos com o corpo inteiro, a capacidade moral mais ressaltada é a da experiência.

Em contraste a isso, a publicação do trabalho de Joshua Knobe e Jesse Prinz, *Intuitions about Consciousness: Experimental Studies* parece demonstrar que pessoas comuns não estão dispostas a atribuir a capacidade de experiência a entes descorporizados. Assim, teríamos somente a capacidade de agenciamento em jogo, conclusão semelhante a que chegaram os Professores Sytsma e Machery.

Segunda Parte: Responsabilidade Civil

Agora, passamos à apreciação da parte referente à doutrina jurídica. Aqui, tentamos sistematizar os conceitos mais importantes e as discussões centrais sobre o dano moral, bem como sua aplicação às pessoas físicas e jurídicas. Como há uma forte cisão doutrinária sobre o tema, buscamos, sempre que possível, trazer opiniões contrapostas, indicando, nestes casos, a posição majoritária adotada nos tribunais.

¹³ Participaram da pesquisa Kurt Gray, Joshua Knobe, Mark Sheskin, Paul Bloom e Lisa Feldman Barrett.

2.1 Dano Moral:

Muito debatida em sede doutrinária e jurisprudencial é a conceituação e caracterização do dano moral. Este vem passando por uma revisão ao longo dos últimos anos devido à promulgação da constituição de 1988 e do código civil de 2002. No entanto, a sistematização deste tipo de dano ainda se apresenta envolta de grande dificuldade.

Foi elaborada pela doutrina uma distinção entre o dano moral subjetivo e o dano moral objetivo. O primeiro seria aquele que considera o dano moral como dor, sofrimento, vexame, humilhação, ou seja, como sentimentos que se diferem do mero aborrecimento normal em nosso cotidiano. Essa concepção foi muito criticada por grande parte da doutrina que, com muita propriedade, argumentava ser o sofrimento imensurável, além de sua forma de ocorrência variar em cada pessoa.

O dano moral objetivo seria aquele decorrente da violação de um dos direitos da personalidade, elencados a partir do art. 11 do código civil de 2002. Assim, a mera incidência de um dano à dignidade da pessoa humana, através da incursão na violação dos direitos da personalidade, já ensejaria à reparação por danos morais. Esta parte da doutrina não ficou isenta de críticas, tendo em vista o caráter absoluto com que coloca os direitos da personalidade.

É importante ressaltar, porém, que embora haja grande quantidade de propostas para a conceituação do dano moral, adotou-se na doutrina majoritária uma forma mista, combinando as suas duas facetas apresentadas.

Grande colaboração nesta nova construção, teve a Professora Maria Celina Bodin de Moraes, que revisou o instituto tendo como base os direitos da personalidade e a proteção da dignidade da pessoa humana, que invadiram o debate jurídico após a promulgação dos dois diplomas jurídicos supra citados.

Em suas palavras:

“Assim, no momento atual, doutrina e jurisprudência dominantes têm como adquirido que o dano moral é aquele que, independentemente do prejuízo material, fere direitos personalíssimos, isto é, todo e qualquer atributo que individualiza cada pessoa, tal como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais, entre outros. O dano é ainda considerado moral quando os efeitos da ação, embora não repercutam na órbita de seu patrimônio material, originam angústia, dor, sofrimento, tristeza ou humilhação, à vítima, trazendo-lhe sensações e emoções negativas. Neste último caso, diz-se necessário, outrossim, que o constrangimento, a tristeza e a humilhação, sejam intensos a ponto de poderem facilmente distinguir-se dos aborrecimentos e dissabores do dia-a-

dia, situações comuns a que todos se sujeitam, como aspectos normais da vida cotidiana.”¹⁴

Vemos hoje, que na aplicação jurisprudencial, principalmente no âmbito do STJ, há um foco naqueles danos que ferem os direitos personalíssimos, independentemente do prejuízo material que possa ter ocorrido. A aceitação da sistematização apresentada é muito presente entre os julgadores em nossa pátria. Trecho esclarecedor sobre o tema é a própria experiência do Desembargador do TJRJ, Sergio Cavaliere Filho, apresentada em seu livro “Programa de Responsabilidade Civil”:

“ Como julgador, por quase 40 anos, sempre utilizei como critério aferidor do dano moral se, no caso concreto, houve alguma agressão à dignidade daquele que se diz ofendido (dano moral em sentido estrito e, por isso, o mais grave) ou, pelo menos, se houve alguma agressão, mínima que seja, a um bem integrante da sua personalidade (nome, honra, imagem, reputação etc). Sem que isso tenha ocorrido, não haverá que se falar em dano moral, por mais triste e aborrecido que alega estar aquele que pleiteia a indenização.”¹⁵

2.2 Critérios de Reparação e Liquidação do Dano:

No que compete aos critérios de reparação do dano moral, estes apresentam tanto um caráter reparador quanto um pedagógico. Em construção jurisprudencial e doutrinária foi elaborado uma espécie de balança para se achar o ponto ideal da reparação. Por um lado esta deve ser integral e suficiente para que a conduta do ofensor seja reprimida com eficiência. Por outro, a indenização não pode gerar um enriquecimento sem causa ao ofendido, se transformando em fonte de lucro para este. Assim, o julgador deve apreciar o patrimônio tanto do ofensor quanto do ofendido, para que a indenização se dê na medida certa, evitando tanto que esta seja ínfima, a ponto de gerar humilhação para a vítima, quanto que esta seja exorbitante, a ponto de casuar a ruína do ofensor.

Quanto a liquidação do dano, o julgador é completamente livre para arbitrar o *quantum debeatur*. É certo que este deve atentar para os critérios acima apresentados, porém a análise casuística como prevê nosso ordenamento abre portas para que seja tutelada, de uma forma mais integral, a dignidade humana.

¹⁴ BODIN DE MORAES, Maria Celina, Danos à Pessoa Humana, Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p. 157

¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 10ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012

Exemplo clássico de apreciação competente é o caso hipotético da bailarina que perde a perna. Assim, a perda de sua perna incorre em dano muito mais grave do que a perda de uma perna por uma pessoa comum. Isso ocorre porque, diferentemente da pessoa comum, a bailarina estará sendo privada de exercer a sua profissão. Assim, o dano extra-patrimonial sofrido por esta se dá de forma mais intensa do que a “mera” perda de uma perna.

Porém, devemos ressaltar aqui que a análise casuística também abre portas para o fenômeno conhecido como “loteria do dano moral”. Com a possibilidade de se fundamentar a indenização nas particularidades do caso concreto, os julgadores acabam criando indenizações desproporcionais quando comparadas com aquelas concedidas em casos muito semelhantes, julgadas pelo mesmo tribunal. Esse fenômeno será analisado na terceira parte deste trabalho.

2.3 O Dano Moral e as Pessoas Jurídicas:

Após a solidificação na doutrina e na jurisprudência do instituto do dano moral. Uma nova discussão tomou o cenário jurídico brasileiro. Lê-se no artigo 52 do Código Civil de 2002:

“Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.”

Este enunciado normativo gerou grande polêmica na doutrina sobre quais direitos da personalidade poderiam ser aplicados às pessoas jurídicas. Muitos, como Maria Celina Bodin de Moraes e Gustavo Tepedino, questionaram até mesmo se realmente algum direito da personalidade poderia se aplicar ao regime das pessoas jurídicas, tendo em vista que tais direitos visam proteger a pessoa humana. A seguinte passagem da autora exemplifica bem o ponto:

“A pessoa humana se distingue por uma “substância única, uma qualidade própria apenas aos que são humanos: uma ‘dignidade’ inerente à espécie humana”, enquanto as coisas têm preço, e não dignidade. Acontece que este valor moral, interior representado pela dignidade, “se encontra infinitamente acima do valor de mercadoria porque não admite, ao contrário deste, ser substituído por equivalente. Daí a exigência de jamais transformar o homem em meio para alcançar fins particulares ou egoístas (preço)” (Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à Pessoa Humana*, pp.43 e ss.), ao passo que a pessoa jurídica, por seu turno, nunca poderá ser considerada um fim em si

mesma, estando sua legitimidade sempre subordinada à congruência entre os objetivos que ela persegue e os objetivos e fundamentos da República.”¹⁶

Não obstante às críticas feitas por parte da doutrina, o entendimento de que a pessoa jurídica poderia sofrer danos morais vigorou no ordenamento jurídico brasileiro, sendo adotado tanto pela doutrina majoritária quanto em âmbito jurisprudencial. Esta posição pode ser evidenciada pela súmula 227 do STJ na qual se lê:

“Súmula: 227 - A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.”

Foi através da solidificação deste entendimento que a doutrina vem usando a vertente objetiva do dano moral para justificar a aplicação do instituto às pessoas jurídicas. Dessa forma, não seria necessário a esta ter qualquer tipo de dor ou sofrimento, pois que a aplicação do dano moral em sua vertente objetiva se dá em *re ipsa*, ou seja, somente com a comprovação do ato gerador do dano. Assim, através do artigo 52 do código civil de 2002 foi atribuído às pessoas jurídicas o direito à honra.

Faz-se, no entanto, importante distinção, separando este direito em sua faceta subjetiva e objetiva. A primeira seria aquela imagem que a pessoa tem de si mesmo. Dessa forma, este direito só poderia estar ao alcance das pessoas humanas pois que só estas podem fazer um juízo sobre si próprias. As pessoas jurídicas, embora formadas por diversos sócios, tem sua personalidade distinta destes, e, como ficção jurídica, não possuem esta capacidade.

Já a honra objetiva seria aquela imagem que a sociedade faz da pessoa. Neste ponto, estariam sujeitos à violação, e conseqüentemente à reparação por dano moral, tanto as pessoas físicas quanto as pessoas jurídicas. É precisamente aí, que a doutrina e a jurisprudência enquadram a possibilidade das pessoas jurídicas sofrerem danos extra-patrimoniais.

A doutrina minoritária argumenta, no entanto, que a ideia de danos extra-patrimoniais é estranha à pessoa jurídica com fins lucrativos, pois sempre que um dano fosse causado a esta, este repercutiria em sua esfera patrimonial, mesmo que de forma indireta.

É importante, no entanto, frisar aqui que, em algumas situações, a doutrina minoritária já vem admitindo a possibilidade de uma pessoa jurídica sofrer um dano extra-patrimonial. São aqueles aqueles casos em que há uma pessoa jurídica sem fins lucrativos sofrendo diretamente uma agressão à sua imagem perante a sociedade. Os autores desta corrente, no entanto, não admitem que este seja reparado pelo instituto

¹⁶ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de, Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República, vol. I, 2ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 134

do dano moral, pois que consideram este como um novo tipo de dano. A passagem a seguir ilustra bem o argumento:

“As pessoas jurídicas poderão sofrer danos não-patrimoniais quando, por exemplo, a instituição não visar lucro ou quando estiver sendo atacada em aspectos não avaliáveis, direta e imediatamente, em dinheiro; mas se tratará, talvez, de um “dano institucional” – conceito a ser ainda devidamente delineado – o qual se distinguirá do dano moral em razão da necessidade de uma comprovação potencial do prejuízo, não se podendo aplicar a tese *in re ipsa*.”¹⁷

A aplicação jurisprudencial, porém, segue a interpretação da doutrina majoritária, estendendo o instituto do dano moral às pessoas jurídicas sem discriminação quanto aos fins destas.

Terceira Parte: Discussão dos casos do STJ

3.1 Metodologia:

A metodologia utilizada para a averiguação da assimetria apresentada foi a análise de 25 julgados do STJ, através de sua ferramenta de pesquisa de jurisprudência on-line. Dos 25 casos analisados, 8 foram concernentes a indenizações por danos morais por violação do direito à honra de pessoas físicas e 17 julgados concernentes às indenizações por dano moral às pessoas jurídicas. Foram analisadas as formas de argumentação utilizadas, bem como os valores concedidos em forma de indenização.

Foi averiguado que a argumentação jurídica utilizada pelos ministros seguia a mesma base utilizada pela doutrina para justificar tanto as indenizações dadas às pessoas físicas quanto às pessoas jurídicas. Nesse sentido, naqueles casos em que a indenização era concedida a uma pessoa jurídica, sua justificativa sempre passava pela possibilidade desta sofrer dano a sua honra objetiva.

Porém, é interessante observar que, em alguns casos onde foi concedida indenização a pessoas físicas por violação ao direito a honra, fez-se uma ponderação de valores entre liberdade de expressão e o direito à honra em questão. Embora seja interessantíssima a discussão da ponderação entre estes dois valores, não iremos nos aprofundar neste tema.

As indenizações dadas às pessoas jurídicas seguiam um padrão estável, variando entre 10 e 30 mil reais. A razão mais comum apresentada como fonte ensejadora de indenização moral foi a inscrição indevida em cadastros de créditos. As variações eram quase sempre

¹⁷ BODIN DE MORAES, Maria Celina, Danos à Pessoa Humana, Rio de Janeiro, Renovar, 2009, pp. 191

explicadas devido a extensão do dano, tendo em vista o patrimônio do ofendido, bem como os fatos que resultaram da ofensa.

Um julgado recente, porém, saltou aos olhos pelo valor da indenização. O REsp 1316149 (2012/0059884-0 - 27/06/2014), caso notório envolvendo o cantor Zeca Pagodinho e duas cervejarias, destoou muito dos valores usuais concedidos, tendo sido arbitrado 500 mil reais como valor de reparação. No caso em questão, o cantor foi contratado para fazer parte de campanha publicitária de uma das litigantes. Porém, teve seu contrato rescindido, sendo inclusive a multa contratual paga pela ré da ação, para que este viesse a participar de sua própria campanha. Vale ressaltar aqui que as litigantes são adversárias comerciais, e o caso foi interpretado como de concorrência desleal. O valor destoante pode ser explicado pela profunda extensão do dano à imagem causado, bem como ao patrimônio, tanto do ofensor quanto do ofendido.

Casos mais interessantes ocorreram quando analisamos as indenizações por violação do direito à honra de pessoas físicas. Aqui, as variações foram muito maiores, flutuando entre 5 e 60 mil reais.

De forma ilustrativa, contrapomos aqui dois casos muito semelhantes, aonde ocorreram publicações de matérias negativas concernentes à pessoas físicas. O primeiro deles é o REsp 1328914 / DF RECURSO ESPECIAL 2012/0058065-7 UE que relata o caso de uma publicação em blog, de matéria jornalística negativa concernente a um senador da república. No julgamento, houve uma discussão “acerca da potencialidade ofensiva de publicações em blog de jornalista, que aponta envolvimento de ex-senador da República com atividades ilícitas, além de atribuir-lhe as qualificações de mentiroso, patife, corrupto, pervertido, depravado, velhaco, pusilânime, covarde”. Pela matéria, foi concedida a indenização de 50 mil reais ao senador.

Por outro lado, temos o Recurso Especial Nº 1.420.285 - MA (2013/0372638-8), onde ocorreu “a exposição indevida da intimidade da pessoa, notadamente explicitando detalhes de processo que tramita sob sigilo de justiça”. A indenização concedida ficou na casa de 30 mil reais.

Podemos observar, assim, que as indenizações por danos morais em casos de violação de direito à honra não seguem um padrão tão estável quanto aquelas concedidas a pessoas jurídicas. Temos, muitas vezes, casos como estes, em que a reparação apresentou aproximadamente o dobro em casos muito semelhantes. Passamos, agora, à proposta de explicação da assimetria aqui apresentada.

3.2 Explicando a assimetria:

O primeiro ponto com o qual nos deparamos é como se dá uma condenação por dano moral. Podemos observar na pesquisa jurisprudencial que a maior parte dos casos em que há uma violação à honra da pessoa física, é atribuída ao ofensor uma condenação a ser paga em

dinheiro. Essa quantia, em teoria, visa amenizar a dor e o sofrimento passados pela vítima, tentando ser o mais próximo de uma volta ao *status quo*. Ocorre que, como relatado neste trabalho, o julgador, embora devendo respeitar os limites jurídicos de uma condenação razoável, muitas vezes não tem qualquer parâmetro para basear sua decisão, o que ocasiona em uma “loteria do dano moral”.

Em pesquisa realizada pelo americano Cass R. Sunstein e relatado em seu livro *Going to Extremes: How Like Minds Unite and Divide*, o autor mostra que muitas vezes, quando pessoas comuns analisam um determinado cenário onde há um dano desta natureza, ou seja, não patrimonial, se perguntadas quanto a gravidade do dano em uma escala fixa, elas tendem a não apresentar grande variação em sua compreensão. O mesmo ocorre quando o pedido é que indiquem, na mesma escala, a gravidade da punição a ser infringida ao ofensor. Porém, quando estas devem prescrever um punição em dinheiro, as variações entre os integrantes da pesquisa são exorbitantes, não apresentando qualquer tipo de padronização.

Acreditamos que o mesmo efeito percebido por Sunstein possa ocorrer no âmbito de nosso judiciário. O fenômeno da “loteria do dano moral” é um dos pontos que enfraquecem o instituto e que vem sendo combatido pelo STJ. A medida mais recente que o tribunal adotou foi a publicação de um tabela padronizando algumas indenizações, como a perda de um braço ou um caso de morte.

O segundo ponto a ser endereçado compete às pesquisas no campo da filosofia experimental aqui apresentadas. Como foi relatado, pessoas comuns tendem a não atribuir a dimensão de experiência a pessoas jurídicas, concedendo a estas somente a capacidade de agenciamento. Ocorre que, como demonstrado pelos professores Justin Sytsma e Edouard Machery, a capacidade de experiência é muitas vezes engatilhada por um sentimento empático com o ente analisado. Como este sentimento pode variar em menor ou maior grau, a depender do sofrimento sentido pelo ente avaliado, a percepção da extensão do dano também pode variar na mesma medida. Dessa forma, assim como foi percebido no experimento com as vinhetas de macacos que sofreram cirurgias com e sem anestesia, o sentimento empático dos julgadores poderia estar engatilhando uma capacidade moral de experiência mais forte ou mais fraca.

O mesmo não ocorreria com as pessoas jurídicas, pois que a capacidade de agenciamento não tem uma influência tão forte do sentimento empático. Embora, os estudos apresentados (aonde foram formuladas vinhetas com povos alienígenas) pelos pesquisadores proponham que a capacidade de agenciamento é mais fortemente engatilhada quando dirigida a grupos, o que poderia ser o caso das pessoas jurídicas, não acreditamos que isso esteja ocorrendo. Não estamos contestando aqui que uma reação ocorre devido a percepção de pessoas jurídicas como puros agentes, porém, defendemos a tese de que a gradação desta percepção não apresenta grande variação.

Isso fica primeiramente evidenciado pelo baixo grau de variação nas indenizações concedidas às pessoas jurídicas e secundamente nas pesquisas apresentadas por Joshua Knobe

e Jesse Prinz. Os parâmetros para o arbitramento de uma indenização por dano moral, na realidade, funcionariam melhor para as pessoas jurídicas do que para as pessoas físicas. Isso porque os critérios, como extensão do dano e patrimônio do ofendido x patrimônio do ofensor, quando apreciados em casos de pessoas jurídica não apresentam tanta margem a um sentimento empático que o julgador pode ter perante o caso apresentado. Assim, naqueles cenários em que há baixo grau de empatia, pelo ente ser percebido somente na dimensão da moralidade de agenciamento, os critérios seriam mais bem empregados.

Conclusão:

A conclusão a que chegamos em nosso trabalho é que a empatia gerada a pessoas físicas, engatilha fortemente a dimensão de experiência, podendo resultar em algumas concessões de danos morais acima de um padrão mantido pelo STJ. Em certos cenários, estas podem ultrapassar em muito aquelas concedidas em casos com características semelhantes julgados pelo mesmo tribunal.

Podemos perceber que as pesquisas realizadas no campo da filosofia experimental se relacionam diretamente com as doutrinas jurídicas na medida em que temos uma separação, adotada integralmente pela doutrina, entre honra subjetiva e honra objetiva. A honra subjetiva, estaria ligada a dimensão da experiência, pois que a pessoa física sofre um dano na imagem que esta tem de si mesmo, causando, muitas vezes frustrações muito maiores do que o mero dissabor e, por tanto, cabíveis de indenização.

Por outro lado, temos a dimensão de agenciamento sendo ligada diretamente a honra objetiva, qual seja a imagem que a sociedade tem daquela pessoa. É claro que quando é elaborada uma imagem social de uma determinada pessoa física, a dimensão de experiência também está em jogo, porém, como muitos dos casos relatados no STJ, em danos à honra de um pessoa física, a capacidade de ação desta é o bem que foi mais ofendido. É importante ressaltar, porém, que quando da concessão de danos morais a pessoas físicas, nos casos em que há danos à honra, fala-se mais em seu sentido lato, abrangendo tanto o aspecto subjetivo, quanto o objetivo.

De forma semelhante, temos as atribuições por danos morais das pessoas jurídicas. Aqui, claramente só está em jogo a dimensão de agenciamento, pois devemos ter em vista que esta somente pode ser lesada em sua honra objetiva. A percepção destes entes como puros agentes faz com que a variação das concessões seja menor do que aquela apresentada nos casos de pessoas físicas.

Referencias:

1 - GRAY, Kurt; KNOBE Joshua; SHESKIN, Mark; BLOOM, Paul; BARRETT, Lisa Feldman. More Than a Body: Mind Perception and the Nature of Objectification;

Journal of Personality and Social Psychology; American Psychology Association; 2011.

2 - BODIN DE MORAES, Maria Celina, Danos à Pessoa Humana, Rio de Janeiro, Renovar, 2009.

3 - TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina, Código Civil Interpretado, Conforme a Constituição da República; Vol I (Parte Geral de Obrigações); Renovar, 2º edição; 2007.

4 - MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui, Doutrinas Essenciais de Direito Civil, vol III, RT, 2011.

5 - SYTSMA, Justin; EDOUARD, Machery, The Two Sources of Moral Standing; Review of Philosophy and Psychology 3, 2011

6 - KNOBE, Joshua; PRINZ, Jesse; Intuitions about consciousness: Experimental studies; Phenomenology and the Cognitive Sciences; vol. 7, issue 1, pp 67-83; Springer Netherlands

7 - SANDEL, Michael J.; Justiça, O que é fazer a coisa certa; Civilização Brasileira, 4 edição, Rio de Janeiro 2011

8 - Carruthers, P. (1992). The animals issue. Cambridge: Cambridge University Press

9 - ALVES, Alexandre F. de Assumpção. A pessoa jurídica e os direitos da personalidade. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

10 - TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de, Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República, vol. I, 2ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

11 - CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 10ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012.