



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD

GUILHERME CREPALDI FORMANSKI

**O DANO MORAL COLETIVO E A CRÍTICA A UM REGIME DE
RESPONSABILIDADE CIVIL POR MERA CONDUTA**

Florianópolis

2023

GUILHERME CREPALDI FORMANSKI

**O DANO MORAL COLETIVO E A CRÍTICA A UM REGIME DE
RESPONSABILIDADE CIVIL POR MERA CONDUTA**

Dissertação submetida ao Programa de
Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina
como requisito parcial para a obtenção do
título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Rafael Peteffi da Silva,
Dr.

Florianópolis

2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Formanski, Guilherme Crepaldi

O dano moral coletivo e a crítica a um regime de
responsabilidade civil por mera conduta / Guilherme
Crepaldi Formanski ; orientador, Rafael Peteffi da Silva,
2023.

159 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós
Graduação em Direito, Florianópolis, 2023.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Dano moral coletivo. 3. Lesão a
interesse. 4. Antijuridicidade. 5. Responsabilidade civil.
I. Peteffi da Silva, Rafael . II. Universidade Federal de
Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III.
Titulo.

GUILHERME CREPALDI FORMANSKI

**O DANO MORAL COLETIVO E A CRÍTICA A UM REGIME DE
RESPONSABILIDADE CIVIL POR MERA CONDUTA**

O presente trabalho em nível de Mestrado foi avaliado e aprovado, em 16/03/2023, por
banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Rafael Peteffi da Silva, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Guilherme Henrique Lima Reinig, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Felipe Teixeira Neto, Dr.
Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul

Certificamos que esta é a versão original e final do trabalho de conclusão que foi
julgado adequado para obtenção do título de Mestre em Direito.

Coordenação do Programa de Pós-Graduação

**Prof. Rafael Peteffi da Silva, Dr.
Orientador**

Florianópolis-SC, 2023.

Dedico este trabalho aos meus pais, Jorge e Silvana.

AGRADECIMENTOS

Como verdadeiro ciclo que é, a vida sempre nos convida, ao final de cada etapa, a refletir sobre o início da jornada. A condição humana frágil e repleta de dúvidas, incertezas, medos, encontra nos companheiros de caminhada o consolo e a força necessários para manter a chama da esperança acesa e superar os desafios. Por isso, lembramos de agradecer àqueles que, na hora mais difícil, nos estenderam a mão, ajudando, por gestos ou palavras, a seguir em frente.

Em primeiro lugar, agradeço a Deus pelo dom da vida.

Agradeço aos meus pais, Rosa Silvana Crepaldi Formanski e Jorge Luiz Formanski, pelo apoio incondicional ao longo de todos esses anos. Seus inúmeros sacrifícios tornaram possível a realização de minha graduação e agora pós-graduação em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina, e jamais serão esquecidos. Dizem que se conhece a árvore pelo seu fruto. Espero ter conseguido produzir o bom fruto da excelente árvore que me gerou e sustentou. Pai e mãe, tenho muito orgulho de vocês!

Agradeço a minha namorada, Maria Eduarda Piacentini Silvestre, parceira de todas as horas. Mulher forte e inteligente, ela apoiou todos os meus passos nesta caminhada sem nunca perder o carinho e a doçura. Não tenho dúvida de que esse percurso teria sido mais difícil sem a inspiradora companhia da minha amada Madu.

Agradeço a meu orientador, Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva, por toda ajuda e atenção despendidas na construção desta pesquisa. Professor Peteffi é, certamente, um dos maiores nomes da responsabilidade civil no Brasil e referência obrigatória no tema. Tê-lo como orientador foi, para mim, uma grande honra e verdadeiro privilégio. Levarei sempre comigo todas as importantes lições aprendidas durante o mestrado, especialmente, no desenvolvimento desta dissertação e no estágio de docência.

Agradeço a minhas colegas de pós-graduação Beatriz Luiza Goedert de Campos, Vanessa Moritz Luz e Sabrina Jiukoski da Silva, por toda ajuda recebida no mestrado e no grupo de estudos Direito Civil na Contemporaneidade.

Agradeço à Lara Quevedo Ostrowski pelo auxílio na obtenção de alguns livros utilizados nesta pesquisa.

RESUMO

O presente trabalho busca examinar a figura do dano moral coletivo no Brasil, a partir de uma problemática ligada a tentativas de imputar, na esfera cível, responsabilidade em face de simples conduta antijurídica, atribuindo caráter eminentemente punitivo ao referido instituto. Trata-se de dissertação de mestrado cujo objetivo geral consiste em demonstrar que o direito brasileiro não admite hipóteses de responsabilização civil pela mera antijuridicidade da conduta do agente. Embora a recepção do paradigma solidarista tenha produzido certo abrandamento dos requisitos tradicionais da responsabilidade civil, influenciando, inclusive, um movimento de ampliação quantitativa e qualitativa dos danos ressarcíveis, a existência de um “dano” em concreto ainda se apresenta como pressuposto inafastável para imposição do dever de indenizar. Nesse sentido, a pesquisa trabalha, em um primeiro momento, a construção de um conceito normativo de dano e os modos de sua reparação. Adota-se um conceito normativo de dano como lesão a interesse, porém, compreendendo “interesse”, nesse contexto, como a idoneidade de um bem satisfazer uma necessidade humana. Dentre os modos de reparação, verifica-se a primazia da indenização pecuniária, a qual assume, nos casos de dano moral, uma dupla função: compensatória para a vítima e punitivo-pedagógica para o ofensor. Na segunda parte do trabalho, explora-se a tutela coletiva no ordenamento brasileiro, oportunidade na qual são apresentados os conceitos e características dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Com amparo no arcabouço teórico estabelecido na primeira parte, analisam-se, na sequência, os diferentes posicionamentos acerca do dano moral coletivo na doutrina nacional, buscando delinear como a lesão a determinados interesses transindividuais pode configurar um dano em sentido normativo. Como resultado, tem-se que o dano moral coletivo consubstancia uma lesão a interesses difusos ou coletivos (em sentido estrito) titularizados por uma dada comunidade de pessoas, que, sem apresentar repercussão patrimonial, tem o condão de ofender a dignidade humana, comprometendo o pleno desenvolvimento da personalidade. Sua verificação, em concreto, decorre comumente de uma presunção judicial, tratando-se, pois, de uma modalidade de dano *in re ipsa*. O trabalho encerra realçando o dever de motivação das decisões judiciais pelo magistrado na apreciação de casos de dano moral coletivo, haja vista a necessidade de concretização de conceitos jurídicos indeterminados e de construção do raciocínio presuntivo com base nas regras de experiência. Isso para permitir maior controle da atividade jurisdicional, e evitar que, sob o rótulo de um falso “dano moral coletivo”, se puna a mera conduta antijurídica. Neste trabalho, utilizam-se os métodos de abordagem dedutivo e de procedimento monográfico, valendo-se das técnicas de investigação bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: Dano moral coletivo. Lesão a interesse. Antijuridicidade. Responsabilidade civil.

ABSTRACT

The present work seeks to examine the figure of collective moral damage in Brazil, from a problem linked to attempts to impute, in the civil sphere, responsibility in the face of simple wrongfulness conduct, attributing an eminently punitive character to that institute. This is a master's thesis whose general objective is to demonstrate that Brazilian law does not admit hypotheses of civil liability for the mere wrongfulness of the agent's conduct. Although the reception of the solidarity paradigm has produced a certain softening of the traditional requirements of civil liability, even influencing a movement of quantitative and qualitative expansion of compensable damages, the existence of a concrete "damage" still presents itself as an unavoidable assumption for the imposition of the duty to indemnify. In this sense, the research works, at first, the construction of a normative concept of damage and the ways of its repair. A normative concept of damage is adopted as an injury to interest, however, understanding "interest", in this context, as the suitability of a good to satisfy a human need. Among the types of reparation, the primacy of pecuniary compensation is verified, which assumes, in cases of moral damage, a double function: compensatory for the victim and punitive-pedagogical for the offender. In the second part of the work, collective guardianship in the Brazilian legal system is explored, an opportunity in which the concepts and characteristics of diffuse, collective and homogeneous individual interests are presented. Supported by the theoretical framework established in the first part, the different positions on collective moral damage in the national doctrine are analyzed, seeking to outline how the damage to certain transindividual interests can configure damage in a normative sense. As a result, collective moral damage constitutes an injury to diffuse or collective interests (in the strict sense) held by a given community of people, which, without presenting patrimonial repercussions, has the power to offend human dignity, compromising the full development of the personality. Its verification, in concrete terms, commonly results from a judicial presumption, thus being a type of damage *in re ipsa*. The work ends by highlighting the duty of motivation of judicial decisions by the magistrate in the assessment of cases of collective moral damage, given the need to implement indeterminate legal concepts and to build presumptive reasoning based on the rules of experience. This is to allow greater control of the jurisdictional activity, and to avoid that, under the false label of a false "collective moral damage", mere wrongfulness conduct is punished. In this work, the methods of deductive approach and monographic procedure are used, making use of bibliographical and jurisprudential research techniques.

Keywords: Collective moral damage. Injury to interest. Wrongfulness. Tort law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 OS PRESSUPOSTOS DO DANO MORAL COLETIVO	16
2.1 O paradigma solidarista e a erosão dos filtros tradicionais do dever de indenizar	16
2.1.1 Imprescindibilidade do dano e crítica a uma responsabilidade civil por mera conduta.....	24
2.2 A construção de um conceito jurídico de dano	34
2.2.1. Da noção vulgar a uma concepção científica	35
2.2.2 As diferentes correntes normativas de dano.....	38
2.2.3 O conceito de dano no ordenamento brasileiro: consequência prejudicial ou lesão a interesse?	44
2.3 Os modos de reparação do dano.....	60
2.3.1 O princípio da reparação integral.....	64
2.3.2 A função satisfativa da reparação pecuniária por danos morais.....	67
2.3.3 O “método bifásico” de arbitramento	76
3 O DANO MORAL COLETIVO.....	79
3.1 Interesses transindividuais e tutela coletiva	79
3.1.1 Tutela de interesses transindividuais como exigência de acesso à justiça	83
3.1.2 Tutela coletiva no Brasil	87
3.1.3 Interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos	90
3.2 O dano moral coletivo como verdadeiro dano em sentido normativo.....	102
3.2.1 Dignidade humana, dano moral e proteção a interesses transindividuais	102
3.2.2 O dano moral coletivo no direito brasileiro.....	106
3.2.2.1 A questão dos interesses individuais homogêneos	106
3.2.2.2 Os fundamentos legais	107

3.2.2.3 As diferentes posições doutrinárias	108
3.2.3 Uma posição alinhada com o conceito jurídico de dano.....	124
3.2.4 A quantificação do dano moral coletivo	127
3.3 Presunção do dano e reforço do dever de fundamentação do magistrado.....	135
4 CONCLUSÃO.....	146
REFERÊNCIAS.....	150

1 INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea alcançou um desenvolvimento tecnológico sem precedentes na história. Em diversos aspectos, esses avanços proporcionaram uma melhora sensível na qualidade de vida das pessoas. No entanto, o progresso trouxe consigo uma inevitável dose de riscos. Novas formas de produzir e de se relacionar geraram novas situações lesivas, que vieram a desafiar, não raro, as noções tradicionais da responsabilidade civil.

Se fosse possível colocar em palavras simples, talvez poder-se-ia dizer que o tratamento jurídico dado ao fenômeno do dano – depois de verificada sua existência – é estabelecer quem deve suportá-lo: a vítima lesionada ou o agente lesante. Nesse sentido, a disciplina da responsabilidade civil buscava identificar o dano, bem como determinar os requisitos normativos necessários para impor o dever de indenizar, a fim de, legitimamente, transferir o prejuízo experimentado pela vítima para seu ofensor.

O ideário liberal das Revoluções Burguesas do século XVIII, ainda candente quando da elaboração do Código Civil francês de 1804 (Código Napoleônico), estabeleceu uma base individualista bastante forte no direito privado, que, como resultado, deu maior importância à tutela do patrimônio e das liberdades individuais.

Naquele momento, a figura do indivíduo perfeitamente identificável e de seu patrimônio material precisavam ser protegidos pelo Direito, de forma a conter o ímpeto intervencionista do Estado na esfera privada. Assim, a imposição do dever de indenizar pelo Estado-juiz, sendo uma ingerência estatal sobre o patrimônio do indivíduo, só se legitimaria com a demonstração pela vítima, no caso concreto, dos requisitos clássicos da responsabilidade civil, quais sejam: culpa, nexo causal e dano.

No entanto, a massificação da sociedade ocorrida nos séculos seguintes tensionou essas noções tradicionais da responsabilidade civil, a exigir desta disciplina uma resposta adequada a danos cada vez mais frequentes e maiores, por vezes, com consequências capazes de ultrapassar fronteiras e de repercutir por longo período.

Diante de tal realidade, a responsabilidade civil evoluiu com intuito de oferecer soluções jurídicas mais apropriadas aos desafios apresentados pelos “novos tempos”. O advento da responsabilidade objetiva que prescinde da demonstração da culpa

do agente, a causalidade alternativa na responsabilidade civil dos grupos, o aumento dos interesses merecedores de tutela, notadamente, daqueles relacionados à pessoa humana, são exemplos dessas respostas forjadas para enfrentamento mais eficiente dos danos diante do incremento do potencial lesivo gerado pelas novas tecnologias na sociedade contemporânea.

A doutrina nacional costuma identificar esse movimento como “erosão dos filtros tradicionais” da responsabilidade civil, a partir do qual alguns requisitos do dever de indenizar são flexibilizados em determinadas circunstâncias, com intuito de, fundamentalmente, favorecer a tutela ressarcitória das vítimas de danos. Mais do que punir o agente causador do prejuízo, busca-se, sempre que possível, assegurar a reparação das vítimas, de forma evitar, com fulcro no princípio da solidariedade, que toda a carga negativa do progresso recaia sobre estas.

Ao lado disso, a crescente preocupação com a adequada tutela de direitos e interesses coletivos *lato sensu* por exigências de acesso à justiça, especialmente, relacionadas ao meio ambiente e às relações de consumo, permitiu vislumbrar uma série de situações jurídicas de titularidade transindividual cuja lesão seria capaz de produzir danos patrimoniais e extrapatrimoniais.

Nesse contexto, o presente trabalho tem como tema o estudo da responsabilidade civil por “dano moral coletivo” no ordenamento jurídico brasileiro. Embora aceito por boa parte da doutrina e da jurisprudência nacionais, esse dano extrapatrimonial experimentado por uma dada coletividade de pessoas ainda demanda certo refinamento de seu conteúdo conceitual, com vistas a melhor aplicá-lo aos casos concretos.

A utilização equivocada do dano moral coletivo, somada à presunção acerca de sua ocorrência em face de uma lesão a interesses difusos ou coletivos, tem o potencial de gerar condenações ao ressarcimento de “danos” que, na prática, não existem, convertendo-o, pois, em uma espécie de pena civil a sancionar aqueles que com sua conduta ferem o ordenamento jurídico, mesmo que desse comportamento não resulte um dano efetivo.

Além de representar um desvirtuamento da responsabilidade civil orientada para o ressarcimento de danos, a tentativa de atribuição de um caráter exclusivamente

punitivo ao dano moral coletivo consubstancia também um entendimento *contra legem*, na medida em que o Código Civil exige a presença do dano para imposição do dever de indenizar, e não só isso, o valor da indenização se mede pela extensão desse mesmo dano.

Em vista disso, mostra-se importante o papel da doutrina nacional na depuração do referido instituto, como forma de pavimentar um caminho seguro de aplicação do dano moral coletivo para uma tutela efetiva dos interesses transindividuais, sem cair na tentação de, sob o rótulo de “dano”, estar simplesmente punindo condutas ilícitas. Não que esses comportamentos antijurídicos não precisem ser combatidos firmemente pelo Direito. Longe disso. A questão é que esse combate deve ser travado pelos ramos do Direito vocacionados ao controle de condutas socialmente indesejáveis, como, por exemplo, o direito penal e o administrativo.

Nesse sentido, esta pesquisa tem como problema: À luz do ordenamento jurídico brasileiro, o instituto do dano moral coletivo admite hipóteses de responsabilização civil pela mera antijuridicidade da conduta do agente?

A hipótese formulada responde negativamente à indagação supra, porquanto o artigo 927 do Código Civil exige a presença do dano, ao lado dos demais pressupostos da responsabilidade civil, para imputação do dever de indenizar. Ademais, o artigo 944, *caput*, daquele mesmo diploma legal, estabelece que a indenização será equivalente à extensão do dano, não sendo possível atribuir ao valor da condenação um caráter exclusivamente punitivo como forma de sancionar, na esfera cível, a conduta antijurídica da qual não resulte dano.

O objetivo geral da pesquisa é demonstrar que o instituto do dano moral coletivo não comporta responsabilização civil por simples conduta no direito brasileiro. Tal objetivo se desdobra em seis outros objetivos específicos que, em linhas gerais, pretendem resgatar as razões históricas que introjetaram o paradigma solidarista na responsabilidade civil; analisar os diferentes conceitos normativos de “dano”; examinar as funções da indenização, especialmente, o caráter punitivo-pedagógico da compensação por danos morais; estudar os interesses transindividuais e sua relação com a dignidade humana; apresentar o conceito de dano moral coletivo e as principais objeções a uma responsabilidade civil por mera conduta; e, por fim, sopesar o uso de presunções no

contexto dos danos morais coletivos, reforçando o dever de fundamentação do magistrado.

O presente trabalho se encontra estruturado em dois capítulos, os quais buscam articular os objetivos acima delineados.

No primeiro capítulo, estudar-se-á como o paradigma solidarista contribuiu para mover a atenção da responsabilidade civil, diminuindo a ênfase na punição do agente em favor de uma compreensão mais atenta ao ressarcimento da vítima. As implicações dessa mudança paradigmática serão estudadas no âmbito da erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil, com destaque para ampliação quantitativa e qualitativa da figura do dano. Nesse contexto, serão apresentadas, ainda, críticas à corrente doutrinária denominada de “responsabilidade civil sem danos”, defendendo-se, com referência às funções tradicionais da referida disciplina, a imprescindibilidade da presença do dano para caracterização do dever de indenizar.

Na sequência, examinar-se-ão os diferentes conceitos de “dano”, partindo de uma noção vulgar ou naturalística para culminar na construção de uma acepção normativa (científica) relevante para o Direito. Serão abordadas diferentes concepções normativas de dano, com especial atenção para aquelas acepções que o consideram como consequência negativa e como lesão a interesse. Para fins deste trabalho, adotar-se-á o conceito de dano, em sentido normativo, como lesão a interesse juridicamente tutelado, entendendo, porém, “interesse” como a idoneidade de um bem jurídico satisfazer uma necessidade humana. Com isso, buscar-se-á delimitar com maior clareza o âmbito de análise do dano e da antijuridicidade enquanto pressupostos distintos da responsabilidade civil.

O final do primeiro capítulo será dedicado ao estudo dos modos de reparação do dano e das funções da indenização pecuniária, notadamente, na seara da compensação por danos morais. Discorrer-se-á sobre a diferença existente entre as noções de indenização e pena civil, reconhecendo, contudo, a possibilidade de a indenização assumir uma dupla função nos danos extrapatrimoniais, sendo, ao mesmo tempo, compensatória para a vítima e punitivo-pedagógica para o ofensor.

A construção desse arcabouço teórico no primeiro capítulo visa apresentar os caminhos teóricos e normativos que permitiram o reconhecimento da existência de um dano extrapatrimonial titularizado por uma dada coletividade no direito brasileiro, sem,

por outro lado, descuidar da imprescindibilidade da presença de um dano em sentido normativo para caracterização do dever de indenizar. A adequada compreensão da ideia de lesão a interesse, bem como das funções da indenização por danos extrapatrimoniais auxiliarão o exame no capítulo seguinte dos diferentes posicionamentos doutrinários acerca do dano moral coletivo, e, de igual modo, do caráter atribuído ao montante pecuniário oriundo de sua condenação.

O segundo capítulo, por sua vez, iniciará tratando da tutela coletiva dos interesses de titularidade transindividual, com enfoque no direito brasileiro. Destacar-se-á a importância da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor na estruturação de um microssistema de tutela coletiva no País. Serão apresentados os conceitos e as características dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Ato contínuo, analisar-se-á o princípio da dignidade humana e sua relação com os interesses transindividuais, notadamente, no que toca ao pleno desenvolvimento da personalidade, estabelecendo uma intercomunicação para posterior exposição dogmática do dano extrapatrimonial de titularidade coletiva.

Além disso, delimitar-se-á o campo de estudo do dano moral coletivo como decorrência da lesão a interesses difusos e coletivos, excluindo os individuais homogêneos, haja vista que estes últimos, muito embora decorram de uma origem comum, mantêm sua natureza individual. Apresentar-se-á a base legal que sustenta o dano moral coletivo na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor. A partir disso, serão expostas as correntes doutrinárias contrárias e favoráveis ao dano moral coletivo, analisando os diferentes posicionamentos sobre a matéria com recurso do arcabouço teórico estabelecido no capítulo primeiro. Uma vez exposto o que se pode compreender acerca do dano extrapatrimonial experimentado por uma coletividade de pessoas, apontar-se-ão alguns critérios de quantificação da indenização e sua destinação a fundos públicos.

O segundo capítulo encerrará tratando da possibilidade do uso de presunções judiciais para estabelecer a existência do dano moral coletivo. Abordar-se-á a diferença de perspectiva entre a técnica do dano *in re ipsa* e a responsabilidade civil sem danos. Por fim, reforçar-se-á o dever de motivação das decisões judiciais pelo magistrado em casos de dano moral coletivo, notadamente, na concretização de conceitos jurídicos indeterminados e na construção de presunções a partir das regras de experiência.

Neste trabalho, utilizam-se os métodos de abordagem dedutivo e de procedimento monográfico, valendo-se das técnicas de investigação bibliográfica e jurisprudencial.

2 OS PRESSUPOSTOS DO DANO MORAL COLETIVO

Neste primeiro capítulo, iniciar-se-á tratando dos requisitos tradicionais do dever de indenizar. Serão tecidas considerações sobre o advento do paradigma solidarista e sua influência na responsabilidade civil, com destaque ao que a doutrina costuma denominar de “erosão dos filtros tradicionais” das pretensões ressarcitórias. Falar-se-á da ampliação quantitativa e qualitativa dos danos na contemporaneidade, fato que culminou no reconhecimento de uma ampla gama de “novos” danos, dentre eles, o dano moral coletivo. Defender-se-á, ainda, o dano como elemento central e indispensável do dever de indenizar, tecendo-se crítica à responsabilidade civil por mera conduta.

Na sequência, abordar-se-á o conceito de dano. Serão apresentadas as principais correntes doutrinárias que buscam lhe atribuir uma definição normativa capaz de aparta-lo de uma noção estritamente naturalística e/ou vulgar. O conceito jurídico de dano para este trabalho se mostra de especial importância, tendo em vista que ele norteará a abordagem que se fará do dano moral coletivo no segundo capítulo.

Por fim, e uma vez definido dano em sentido normativo, discorrer-se-á sobre as formas de seu ressarcimento à luz do princípio da reparação integral. Especificamente no que concerne aos danos morais, também será objeto de investigação a natureza da contraprestação pecuniária paga à vítima em resposta a dano sofrido, e, ainda, as funções assumidas pela indenização em dinheiro nesse contexto.

2.1 O paradigma solidarista e a erosão dos filtros tradicionais do dever de indenizar

O desenvolvimento tecnológico impulsionado pela Revolução Industrial iniciada no século XVIII transformou radicalmente os meios de produção e as relações humanas. A sociedade, antes agrária e movida à tração animal, experimentou a radical transformação operada pela máquina a vapor. De lá para cá, o avanço tecnológico veloz e sem precedentes trouxe inúmeros benefícios para humanidade, o que não veio desacompanhado de alguns ônus.

Para Fernando Noronha, a Revolução Industrial, de um lado, promoveu um significativo agravamento dos riscos aos quais a sociedade estava exposta, e, por outro, possibilitou uma maior valorização do ser humano pela melhora das condições de vida e

cultura oferecidas à população, impulsionando a ideia de que todo e qualquer dano merecia ressarcimento¹.

O sociólogo alemão Ulrich Beck explica que os riscos não são uma criação moderna. Antes da era industrial, também existiam riscos, porém, eles eram de natureza pessoal e se associavam às ideias de ousadia e aventura, isto é, não possuíam um caráter de ameaça global, que pode ser encontrado hoje, por exemplo, em atividades como fissão nuclear ou acúmulo de lixo radioativo. Logo, os riscos contemporâneos se diferenciam daqueles antigos pela globalidade de seu alcance (envolvendo todas as formas de vida) e pelas suas causas modernas². Nas palavras do autor: “São riscos da modernização. São um *produto de série* do maquinário industrial do progresso, sendo *sistematicamente* agravados com seu desenvolvimento ulterior”³.

Na transição da sociedade de classes para a de risco, Ulrich Beck elucida que a qualidade da solidariedade passa a se diferenciar. Em outras palavras, deixa-se a “solidariedade da carência” em favor de uma “solidariedade do medo”. O sistema axiológico da sociedade de risco se funda, pois, em um ideal de “segurança”, e não de “igualdade” como acontecia na sociedade de classes. Nesta, a força motriz da sociedade podia ser expressa por: “tenho fome!”; e sua meta era que todos quisessem e devessem compartilhar do bolo. Naquela, a expressão agora muda para: “tenho medo!”; e sua meta é que todos devam ser poupados do prejuízo⁴.

Naturalmente, o Direito não ficou alheio a essas transformações sociais. No âmbito da responsabilidade civil, a ocorrência de danos acidentais mais frequentes e com maior potencial lesivo demandou certa adaptação dessa disciplina para dar respostas mais adequadas aos desafios apresentados pela sociedade de risco. O modelo de imputação civil centrado na culpa do agente, mais voltado à punição deste do que ao ressarcimento do lesado, parecia ter dificuldades para impor o dever de indenizar, em casos nos quais a origem acidental do dano proveniente de uma atividade de risco dificultava (ou mesmo

¹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. Edição Kindle. Posições 10078-10082.

² BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 25.

³ BECK, 2010, p. 26, grifo do autor.

⁴ BECK, 2010, p. 59-60.

inviabilizava) a prova da existência de conduta culposa do autor do dano, frustrando, por vezes, as pretensões indenizatórias dos vitimados.

Pensar que o avanço técnico-científico, nos mais variados setores da sociedade, distribuiu benefícios a uma ampla coletividade de pessoas, mas fez recair sobre os ombros de alguns poucos escolhidos ao acaso todos os ônus desse progresso, não parece, de fato, uma resposta condizente com os valores mais elevados de justiça.

Frente a essa realidade, a responsabilidade civil precisou revisitar seus requisitos tradicionais do dever de indenizar (culpa, nexo causal e dano), para encontrar soluções que, essencialmente, pudessem garantir às vítimas de danos o adequado ressarcimento de seus prejuízos, diluindo, sempre que possível, esses encargos em uma coletividade e dissuadindo novas condutas lesivas.

Nas origens desse movimento, a doutrina costuma lembrar do advento do paradigma solidarista em contraposição ao modelo individualista-liberal do século XIX, que moveu a atenção da responsabilidade civil, diminuindo sua ênfase na análise da conduta culposa do agente para uma maior preocupação com o ressarcimento da vítima⁵. É aquilo que o autor argentino Carlos A. Calvo Costa identifica como uma imputação que se torna mais patrimonial do que pessoal, aplacando na indenização o caráter sancionatório ou punitivo da conduta do agente⁶.

O processo de industrialização e o desenvolvimento dos transportes implicaram um novo olhar sobre os danos provocados por acidentes, de forma que estes deixaram de ser considerados como fatalidades resultantes do acaso ou da providência, para passarem a ser encarados como fenômenos “normais”, estatisticamente mensuráveis e, em certa medida, “inevitáveis” no âmbito da sociedade de risco. Em outras palavras, é reconhecer que as atividades perigosas, mais cedo ou mais tarde, sempre acabam por produzir danos, independentemente, do grau de diligência adotado pelo agente causador⁷.

Segundo Alvino Lima, o acidente, nesse novo contexto, se converteu em uma quase condição da atividade, a ponto de as empresas passarem a considerar, na coluna do

⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 95, n. 854, p. 11-37, dez. 2006. p. 18-19.

⁶ CALVO COSTA, Carlos A. Las nuevas fronteras del daño resarcible, *La Ley*, 2005-D, p. 1413-1430. Disponível em: < <http://www.calvocosta.com.ar/articulos.php>>. Acesso em: 30 jun. 2020. p. 1-2.

⁷ MORAES, 2006, p. 17-18.

passivo de seus balanços, os recursos necessários ao pagamento das indenizações. Isso se já não tiverem transferido esse encargo a uma seguradora por meio de contrato de seguro⁸.

Diante dessa realidade, um sistema de responsabilidade civil fundado exclusivamente na culpa do ofensor, por exemplo, acabaria por relegar ao abismo do não ressarcimento os eventos danosos provocados por acidentes, os quais, como visto, se tornaram cada vez mais frequentes na sociedade de risco. Por isso, a necessidade de se superar a ideia de que a responsabilidade civil só poderia ser evocada como sanção a uma falta cometida pelo agente⁹.

Muito mais do que retribuir ao autor do dano um mal pela aplicação de uma pena, a responsabilidade civil deveria dar maior atenção à pessoa da vítima, a fim de lhe assegurar o ressarcimento pelo prejuízo sofrido. Sobre esse tema, Alvino Lina chega a afirmar o seguinte: “Os problemas da responsabilidade são tão-somente os problemas de reparação de perdas”¹⁰.

Ademais, é importante destacar que o modelo individualista-liberal, que realçava a culpa como fator de atribuição de responsabilidade, terminava por criar uma espécie de imunidade para a burguesia empresarial, favorecendo o acúmulo de capital em desfavor das vítimas. Até para afastar qualquer ameaça ao progresso técnico, defendia-se, essencialmente, que as perdas deveriam ficar onde caíssem, salvo se houvesse alguma razão forte o suficiente para justificar a transferência desse prejuízo a outrem. Como razão forte, tinha-se a prova de existência da culpa do agente. Entretanto, a produção dessa prova pelas vítimas era muito difícil em casos envolvendo danos acidentais, circunstância tal que, frequentemente, conduzia ao insucesso das pretensões ressarcitórias¹¹.

O paradigma solidarista, dessa forma, emergiu como uma resposta para superação dessa realidade. Mudou-se o foco de atenção da responsabilidade civil. Hoje, ao invés de se indagar se existem razões para responsabilizar o autor do dano, busca-se determinar se será negado à vítima seu direito de ressarcimento¹². Não é mero jogo de palavras, mas sim uma mudança substancial da perspectiva de análise do problema. De

⁸ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. rev. e atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 197.

⁹ MORAES, 2006, p. 17-18.

¹⁰ LIMA, 1998, p. 115-116.

¹¹ MORAES, 2006, p. 18-19.

¹² MORAES, 2006, p. 19.

um lado, tem-se uma abordagem que centra seu exame no comportamento culposos do causador do dano, de forma a puni-lo por meio da imposição do dever de indenizar a vítima. Noutro, o foco é o ressarcimento da parte lesada, que se converte em um norteador de toda a análise dos requisitos de responsabilização civil do lesante à luz do caso concreto.

Embora não abandone por completo, a responsabilidade civil se distancia de uma ideia de punição dos culpados, para dar maior importância à reparação vítima injustamente lesada, com fundamento em princípios como equilíbrio, igualdade e, especialmente, solidariedade¹³.

No Brasil, a construção de uma sociedade solidária se encontra alicerçada no artigo 3º, I, da Constituição Federal, como um dos objetivos fundamentais da República, favorecendo, nesse sentido, o olhar mais atento às possibilidades de reparação da vítima diante dos danos experimentados na sociedade contemporânea. O princípio da solidariedade social consubstancia um dever para com todas as pessoas, reconhecendo que estas estabelecem uma relação de interdependência humana. Sem depender de reciprocidade, esse princípio expressa a responsabilidade de um para com o outro¹⁴.

A esse respeito, cita-se Maria Celina Bodin de Moraes¹⁵:

No contexto atual, a Constituição determina – ou melhor, exige – que nos ajudemos, mutuamente, a conservar nossa humanidade porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe a todos nós e a cada um de nós. Este é o fundamento da reparação dos danos pessoais injustamente sofridos, não mais ignorados ou, antes, suportados solitariamente pela vítima, mas, na lógica da justiça social distributiva, transferidos sempre que possível, à comunidade. Com efeito, subordinando-se o conceito de responsabilidade à efetiva reparação dos danos (injustos) sofridos pela vítima, independentemente da identificação de um culpado, ressalta-se a relação de solidariedade entre a coletividade (na qual se inclui o autor do dano) e a vítima, evidenciando-se desta forma a opção, pelo ordenamento jurídico, da valorização da pessoa humana, a qual terá o seu prejuízo ressarcido.

Depreende-se da lição supracitada que Constituição Federal brasileira fez uma clara opção pela solidariedade, a partir do reconhecimento da interdependência entre todos os membros da sociedade, de modo a não deixar que a vítima de um evento danoso suporte sozinha todo o peso dos ônus do progresso econômico e do avanço tecnológico,

¹³ MORAES, 2006, p. 19.

¹⁴ MORAES, 2006, p. 25.

¹⁵ MORAES, 2006, p. 27.

cujos benefícios são capturados e usufruídos, diretamente, por aquele que cria o risco, e, indiretamente, por toda a coletividade.

O paradigma solidarista vai indicar, portanto, uma necessária relativização dos requisitos tradicionais da responsabilidade civil (culpa, causalidade e dano), como forma de tutelar mais adequadamente os interesses cuja lesão não foi possível evitar¹⁶.

Trata-se de um processo que Anderson Schreiber denominou de “erosão dos filtros tradicionais” da responsabilidade civil¹⁷, no qual, em linhas gerais, as noções de culpa e nexo causal são abrandadas, a fim de facilitar o sucesso das pretensões ressarcitórias das vítimas.

Antes disso, os requisitos da culpa e do nexo causal se apresentavam como verdadeiras barreiras das pretensões indenizatórias, na medida em que competia à vítima demonstrar a presença dos mesmos para ser ressarcida do dano experimentado. Contudo, não era raro que, em determinadas circunstâncias, a prova da culpa ou mesmo do liame causal pela vítima se mostrasse extremamente difícil, resultando no fracasso de sua tentativa de impor ao agente o dever de indenizar.

O processo de erosão da culpa como filtro de reparação culminou na responsabilidade objetiva fundada em especial na teoria do risco, na qual a imputação do dever de indenizar prescinde da análise da conduta culposa do agente para se justificar no risco de sua atividade¹⁸. Em linhas gerais, o ofensor responde pelos danos produzidos no curso de determinadas atividades, as quais são realizadas no seu interesse ou sob seu controle. No ordenamento jurídico brasileiro, a cláusula geral de responsabilidade civil objetiva está prevista no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil.

Além do risco, existem outros fatores de atribuição na responsabilidade objetiva. Como demonstra Daniel Deggau Bastos, o fator de atribuição adotado pelo Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, é o “defeito” do produto ou serviço, e não o risco, pois, caso contrário, bastaria a comercialização do produto ou serviço para ensejar a responsabilidade do fornecedor com base no risco de sua atividade, prescindido

¹⁶ PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 05-06.

¹⁷ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. VitalBook file. p 11-12.

¹⁸ SCHREIBER, 2015, p. 19.

da demonstração do defeito. Portanto, nas relações de consumo, o que se busca é o estabelecimento do nexo de causalidade entre o dano e o defeito¹⁹.

Como se sabe, a responsabilidade objetiva não implicou a substituição ou a extinção da responsabilidade subjetiva fundada na culpa do agente. Os dois regimes convivem no ordenamento jurídico brasileiro, cada qual com seu campo próprio de aplicação.

Maria Celina Bodin de Moraes enumera as vantagens da responsabilidade objetiva sobre o sistema da culpa: (i) não impor prova diabólica à vítima; (ii) tornar os processos mais céleres e menos custosos, pela dispensabilidade da prova da culpa; e (iii) induzir os agentes de forma mais eficaz a níveis de atividade socialmente desejáveis, forçando-os a internalizar os custos de suas atividades, de modo que optem pelo “[...] nível de atividades que acarreta a maior diferença entre a utilidade resultante da atividade e os danos por ela produzidos”²⁰.

No que concerne ao nexo causal, a erosão pode ser observada, por exemplo, na relativização de seus tradicionais excludentes (caso fortuito e força maior, fato exclusivo da vítima e fato de terceiro) pelos Tribunais²¹ e na aplicação da causalidade alternativa na responsabilidade civil dos grupos²².

À semelhança do ocorrido com a flexibilização da culpa e a admissão de novos fatores de atribuição na responsabilidade objetiva, a constatação de que alguns danos se originam de causas incertas e/ou múltiplas também viabilizou usos alternativos do nexo de causalidade, haja vista que suas teorias tradicionais já não se mostravam suficientemente adequadas para lidar com essas situações. A causalidade alternativa, pois, também pretendeu dar real efetividade ao princípio solidarista²³.

Via de regra, a causalidade alternativa trabalha com presunções causais, relativizando o princípio geral de que compete ao autor da ação indenizatória provar o

¹⁹ BASTOS, Daniel Deggau. *A responsabilidade pelos riscos e o defeito do produto: uma análise comparada com o direito norte-americano*. 2020. 356 p. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2020. p. 251-253.

²⁰ MORAES, 2006, p. 19.

²¹ SCHREIBER, 2015, p. 68-70.

²² SCHREIBER, 2015, p. 74-75.

²³ PETEFFI DA SILVA, 2013, p. 46.

nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano, cuja aplicação mais frequente se encontra na mencionada responsabilidade civil dos grupos, ou seja, quando o dano é provocado por um membro anônimo de um grupo identificado ou identificável de pessoas²⁴. Na impossibilidade de se determinar com absoluta certeza qual dos membros foi o autor do dano, mas se conhecendo o grupo ao qual pertencia, condenam-se todos os integrantes ao pagamento do valor integral da indenização.

Como resultado desse processo de erosão dos filtros tradicionais da culpa e do nexo de causalidade, o dano passou a ocupar um importante lugar na discussão em torno da existência do dever de indenizar. Talvez, a última barreira a refrear o ímpeto de demandas reparatorias “frívolas”. Mas, como observa Anderson Schreiber²⁵, a própria noção de dano sofreu um alargamento, quantitativo e qualitativo, como resultado da facilitação do acesso à justiça e do reconhecimento de novos interesses merecedores de tutela, especialmente, os existenciais e os coletivos²⁶.

No plano individual, podem-se citar, como exemplo dos chamados “novos” danos, os danos patrimoniais e morais nas hipóteses de casais que fizeram uso de métodos contraceptivos, mas, por falha no procedimento cirúrgico (vasectomia ou laqueadura) ou na pílula anticoncepcional, acabaram concebendo filhos não planejados ou indesejados (*wrongful conception*)²⁷.

Outro exemplo, e não necessariamente ligado aos danos de cunho extrapatrimonial, são os danos oriundos da perda de uma chance. Aqui importante esclarecer que as hipóteses de perda de uma chance podem assumir naturezas jurídicas distintas conforme o processo aleatório tenha sido interrompido ou não pela conduta lesiva.

Como ensina Rafael Peteffi da Silva, na modalidade clássica de perda de uma chance, ou seja, quando a conduta lesiva interrompe o processo aleatório no qual se insere a vítima, a chance perdida possui natureza jurídica de dano autônomo. Ao contrário,

²⁴ PETEFFI DA SILVA, 2013, p. 47-48.

²⁵ SCHREIBER, 2015, p. 84-85.

²⁶ Ainda neste capítulo, ao abordar as diferentes correntes normativas do “dano” como pressuposto da responsabilidade civil, aprofundar-se-á o tema da seleção dos interesses merecedores de tutela, com intuito de examinar os limites conceituais entre dano e antijuridicidade.

²⁷ PETEFFI DA SILVA, Rafael. Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life: possibilidade de recepção de novas modalidades de danos pelo ordenamento brasileiro. *Revista Ajuris*, n. 117, p. 311-341, mar. 2010.

quando o processo aleatório segue seu curso normal até o fim e resulta em dano para vítima, a perda de uma chance assume um caráter de causalidade parcial, a partir da qual se verifica a contribuição da conduta do agente na causação do dano final²⁸.

No plano transindividual, por seu turno, tem-se o chamado “dano moral coletivo”, como resultado de uma lesão extrapatrimonial a interesses titularizados por uma coletividade composta de um número determinado ou indeterminado de pessoas. No segundo capítulo deste trabalho, voltar-se-á no presente assunto para melhor exposição dessa espécie de dano moral, que transcende a figura de uma vítima individual perfeitamente identificável e titular da pretensão reparatória.

Embora até se possa reconhecer certa elasticidade da noção de dano, sua verificação, em concreto, é condição inafastável para imposição do dever de indenizar, haja vista ser a reparação umas principais funções contemporâneas da responsabilidade civil.

2.1.1 Imprescindibilidade do dano e crítica a uma responsabilidade civil por mera conduta

No contexto de alargamento da noção de “dano”, suscita-se por parte da doutrina, inclusive, uma reflexão sobre a prescindibilidade desse requisito para responsabilidade civil²⁹. Trata-se da corrente doutrinária chamada de “responsabilidade civil sem danos” ou “por mera conduta”. Esta discussão tem relação com o tema do dano moral coletivo, na medida em que a dificuldade de visualização de um menoscabo nos casos concretos pode gerar uma falsa percepção no intérprete de que tal modalidade de dano, na prática, não existe, sendo a condenação ao pagamento de um montante em dinheiro uma pena civil. Não se concorda com essa visão. A atribuição do dever de indenizar em casos de dano moral coletivo sempre demandará a verificação de um dano em sentido normativo.

Por isso, torna-se pertinente discorrer sobre essa corrente doutrinária que dispensa, em certas hipóteses, a figura do dano para responsabilização do agente na esfera

²⁸ PETEFFI DA SILVA, 2013, p. 103-110.

²⁹ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 39.

cível, expondo sua incompatibilidade com as funções contemporâneas da responsabilidade civil.

Em linhas gerais, argumenta-se, na responsabilidade civil sem danos, que o advento do um “paradigma preventivo” – novo paradigma jurídico gestado no direito ambiental com base nos princípios da prevenção e da precaução, e irradiado para as demais áreas do conhecimento jurídico – fortaleceu a ideia de que é melhor se antecipar ao dano do que repará-lo, especialmente, diante situações lesivas cada vez mais graves e irreversíveis enfrentadas pela sociedade pós-moderna, cujos riscos de sua realização autorizariam a adoção de medidas de caráter antecipatório com intuito de evitar a ocorrência danosa³⁰. E não apenas isso, como também justificaria a imposição de penas civis, fundadas em uma função preventiva/punitiva da responsabilidade civil, com vistas a desestimular o ofensor à prática de condutas indesejáveis pela sociedade, bem como inibir a atuação de todos os demais potenciais ofensores em igual situação³¹.

Não que a responsabilidade civil já não contivesse em si mesma uma função preventiva. Para Catherine Thibierge, citada por Bruno Leonardo Câmara Carrá, a diferença é que essa função preventiva passaria agora a ser manifestada de duas formas: a primeira em uma “função clássica de prevenção”, que, através da dissuasão, preveniria condutas antissociais pela ameaça de uma sanção; e a segunda em uma “função de antecipação”, a qual, justificada na ameaça de danos graves e irreversíveis, buscaria prevenir a concretização do dano³².

Por seu turno, Giselda Hironaka sustenta “o direito de alguém de não mais ser vítima de danos”³³. Ao advogar a tese de uma “responsabilidade pressuposta”, a referida autora argumenta que, em paralelo à noção tradicional de reparação dos danos, ergue-se uma preocupação cada vez maior com a necessidade de evitar a ocorrência dessas lesões, visando a redução do custo social que o dano representa.

³⁰ CARRÁ, 2015, p. 61-62.

³¹ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 119-127.

³² CARRÁ, 2015, p. 77.

³³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, v. 31, n. 1, p. 33-59, 2007. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/revfd/issue/view/935>>. Acesso em: 15 mai. 2020. p. 34.

A responsabilidade pressuposta seria, para Flávio Tartuce, uma espécie de otimização da regra constante do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, por meio da qual se prioriza o ressarcimento da vítima, pressupondo-se a responsabilidade daquele que, por sua atividade, gerou a situação de risco ou perigo³⁴.

Acerca do tema, Pablo Malheiros da Cunha Frota vai concluir, a partir dos ensinamentos de Giselda Hironaka, que não há necessidade de se valer da expressão “responsabilidade sem danos”, isso porque a responsabilidade seria pressuposta, e, portanto, anterior ao próprio dano, noção essa que abarcaria toda forma de lesão, concreta ou mesmo potencial, de modo a autorizar, conforme o caso, tutelas específicas de precaução, prevenção ou reparação³⁵.

Segundo Teresa Ancona Lopez, a recepção dos princípios da prevenção e da precaução, autorizaria uma bipartição da responsabilidade civil: a primeira, “responsabilidade reparadora ou clássica”, se ocuparia das situações em que o dano não pôde ser evitado e deve ser reparado; e a segunda, “responsabilidade preventiva”, fundada na precaução e prevenção, buscaria evitar a ocorrência dos danos na atual sociedade de risco³⁶.

O que se percebe desses posicionamentos é que, no fundo, há uma clara tentativa de reestabelecer na responsabilidade civil sua função punitiva, voltando-se, novamente, a atenção para a conduta do agente com objetivo de puni-lo por seu comportamento, ou seja, na contramão do movimento que se observou nos últimos séculos de uma responsabilidade que se funda mais em uma ideia de “crédito” da vítima, do que de “dívida” do ofensor; que tem seu foco na reparação, e não no castigo³⁷.

Sabe-se que a responsabilidade civil não é uma disciplina estática, mas acompanha o incessante avanço tecnológico e científico da humanidade³⁸. Ao longo da

³⁴ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. 2 v. p. 227-228.

³⁵ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *A imputação sem nexo causal e a responsabilidade por danos*. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. p. 210-211.

³⁶ LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. *Revista da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 105, p. 1223-1234, jan./dez. 2010. p. 1230.

³⁷ CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. Funciones y fines de la responsabilidad civil. In: ESPANÉS, Luis Moisset de et al. *Homenaje a los congresos de derecho civil*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009. Tomo III. p. 1287-1330. p. 1303.

³⁸ CARLUCCI, 2009, p. 1297.

história, é possível identificar cinco funções fundamentais que foram assumidas pela responsabilidade civil, quais sejam: punir o culpado; vingar e indenizar a vítima; reestabelecer a ordem social; e prevenir comportamentos antissociais³⁹.

Embora essas funções permaneçam ainda hoje nas mentes dos juristas e influenciem o Direito de algum modo, o autor francês André Tunc aponta para três fatores que abalaram tal estrutura de objetivos da responsabilidade civil. E, por consequência, mitigaram as funções de punição do culpado e de vingança da vítima.

O primeiro deles remete aos estudos dos criminologistas positivistas do século XIX, através dos quais se verificou a incapacidade de o ser humano julgar e punir seu semelhante, constatação essa que enfraqueceu as funções voltadas à punição do agente e à restauração da ordem social, representando também uma perda de justificação para vingança da vítima⁴⁰.

Alvino Lima, ao comentar a influência do positivismo jurídico no desenvolvimento da responsabilidade sem culpa, destaca a busca por esse distanciamento da interferência dos elementos morais ou psicológicos na responsabilidade extracontratual, rumo a uma maior materialização do direito civil, a ponto de os defensores de uma vertente mais radical dessa doutrina apregoarem que “[...] no conflito de direitos só há patrimônios em presença, eliminando-se o elemento pessoal”⁴¹.

O segundo fator se refere ao aumento na ocorrência de danos acidentais e na ampliação da contratação de seguros de responsabilidade civil. Isso porque não parece legítimo falar em punição do agente e restauração da ordem social, em situações nas quais a identificação da figura de um culpado é muito difícil – quando não impossível. Além disso, o caráter punitivo também é relativizado na medida em que a existência de um contrato de seguro transfere o pagamento da indenização para uma seguradora⁴².

Nesse contexto, mostra-se oportuno esclarecer que também as funções de prevenir e de indenizar danos são influenciadas por essa nova realidade. Apesar de manterem sua importância na contemporaneidade, essas funções passam a exigir uma forma de realização distinta. Por exemplo, não pode a prevenção ser obtida pelo simples

³⁹ TUNC, André. *La responsabilité civile*. 2. ed. Paris: Economica, 1989. p. 133.

⁴⁰ TUNC, 1989, p. 133.

⁴¹ LIMA, 1998, p. 117.

⁴² TUNC, 1989, p. 133-134.

temor de imputação da responsabilidade ao autor do dano acidental, porque, em última instância, dificilmente será ele quem pagará o valor da indenização. Na prática, ou o agente repassará o custo da indenização no preço a ser pago por todos os seus consumidores, ou ele transferirá o risco de dano a uma seguradora que diluirá o encargo no valor do prêmio pago por todos os segurados – respectivamente, distribuição *ex post* e *ex ante* dos encargos do dano⁴³. Aliás, torna-se até desejável, nesses casos de danos acidentais, que o pagamento da indenização não recaia, exclusivamente, na pessoa do agente causador do dano, mas que seja diluído em uma coletividade⁴⁴.

Além de facilitar o ressarcimento dos prejuízos suportados pela vítima, a possibilidade de diluição dos danos viabiliza atividades que trazem também consigo benefícios coletivos para sociedade, estando associada, pois, à criação lícita de riscos⁴⁵. Ora, se o exercício de atividades que facilitem o transporte de pessoas e mercadorias, aumentem a produção industrial, ofereçam maior disponibilidade de energia e de matérias-primas, é algo que notoriamente contribui para o desenvolvimento econômico e social, parece razoável que os ônus advindos dessas mesmas atividades possam ser compartilhados, de algum modo, no seio da coletividade – o que, naturalmente, não exclui a responsabilidade dos causadores dos danos.

Como terceiro e último fator, destaca-se a maior atenção dada ao desejo das pessoas por segurança, possivelmente, fruto da maior valorização do ser humano e da constatação de que o indivíduo nunca esteve tão ameaçado pelas atividades desenvolvidas pelo seu próximo. Em consequência, a garantia dos direitos dos cidadãos emerge como uma função da responsabilidade civil, servindo, para alguns autores, até como teoria que fundamenta essa disciplina⁴⁶.

Para André Tunc, portanto, quatro são as funções contemporâneas da responsabilidade civil: (i) prevenir comportamentos antissociais (por dissuasão); (ii) indenizar a vítima; (iii) diluir a carga dos danos; e (iv) garantir os direitos dos cidadãos⁴⁷.

Essas quatro funções supracitadas, na maioria das vezes, estão em conflito entre si. Como visto, há certa contraposição entre a prevenção de comportamentos

⁴³ CARLUCCI, 2009, p. 1327.

⁴⁴ TUNC, 1989, p. 133-134.

⁴⁵ CARLUCCI, 2009, p. 1327.

⁴⁶ TUNC, 1989, p. 134.

⁴⁷ TUNC, 1989, p. 134.

antissociais e a diluição dos danos, porque a dissuasão pretendida pelo temor do pagamento da indenização é mitigada na medida em que se viabiliza o repasse desse encargo para uma coletividade. A implementação de cada uma dessas funções depende, portanto, da escolha de diferentes técnicas, cada qual com vantagens e desvantagens, sendo improvável encontrar uma capaz de se adequar a todas as circunstâncias. O melhor caminho aqui é determinar as áreas em que devam se enquadrar cada uma delas⁴⁸.

Com posição semelhante, Flavia Portella Püschel argumenta que a aptidão para a responsabilidade civil realizar suas funções varia conforme o caso e como o Direito a regula. Em verdade, essa disciplina é apenas um dos instrumentos por meio dos quais a sociedade previne, indeniza ou distribui danos, e nem sempre a responsabilidade civil se apresentará como o melhor instrumento na busca por esses fins⁴⁹.

Isso significa dizer que outros institutos jurídicos (seguro, previdência social, saúde pública, fiscalização administrativa) poderão oferecer soluções mais adequadas aos casos concretos, a depender da finalidade pretendida. Por exemplo, a contratação de seguro facilita a reparação da vítima, porquanto distribui entre os segurados os custos de ressarcimento do dano, afastando o risco de insolvência do ofensor. Risco este presente quando a vítima busca sua reparação exclusivamente no patrimônio do agente causador do dano, por meio de uma ação judicial com fundamento na responsabilidade civil⁵⁰.

Longe de pretender diminuir o relevante e indispensável papel da responsabilidade civil no enfrentamento dos danos na sociedade de risco, reconhecer os limites de suas funções permite, por outro lado, trabalhar adequadamente suas possibilidades enquanto disciplina vocacionada a reestabelecer, na medida possível, a situação da vítima tal como estaria se o dano não tivesse ocorrido. E nisso não há demérito nenhum. Ao contrário, admitir a existência de outros institutos jurídicos mais eficientes no combate às condutas antijurídicas (desprovidas de qualquer dano), ou, até mesmo, no próprio ressarcimento das vítimas, só enaltece a riqueza do ordenamento jurídico, que se

⁴⁸ TUNC, 1989, p. 157-158.

⁴⁹ PÜSCHEL, Flavia Portella. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único do código civil. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 91-107, mai. 2005. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35266/34060>>. Acesso em: 01 mai. 2022. p. 92-93.

⁵⁰ PÜSCHEL, 2005, p. 93-94.

vale de um verdadeiro arsenal para assegurar respostas satisfatórias às demandas de uma sociedade em constante transformação.

Crítico à chamada “responsabilidade civil sem danos”, Bruno Leonardo Câmara Carrá argumenta que a gestão dos danos em uma sociedade de risco demanda o enfrentamento coordenado e conjunto de vários ramos do Direito, cabendo à responsabilidade civil se ocupar, fundamentalmente, das situações em que o prejuízo não pôde ser evitado. O dano, assim, é requisito indispensável para acionar a tutela ressarcitória impondo ao ofensor a obrigação de reparar a lesão experimentada pela vítima⁵¹.

Nesse sentido, pode-se sustentar que a disciplina da responsabilidade civil apresenta, como uma de suas principais funções contemporâneas, o ressarcimento da vítima, e, sob esse aspecto, o dano se torna pressuposto fundamental para imposição do dever de indenizar, haja vista não ser logicamente possível reparar um prejuízo que ainda não se realizou. Para responder a condutas antijurídicas em si consideradas (e que, portanto, não geraram dano), o Direito já dispõe de outras formas de tutela (como a inibitória⁵², por exemplo) que se realizam através de seus diferentes ramos (penal, administrativo, processual), sem que para isso haja necessidade de invocar a responsabilidade civil.

Rui Stoco também defende que o dano é pressuposto inafastável para responsabilização do agente no direito civil. Esclarece o mencionado autor que, ao contrário do direito penal, que nem sempre exige um resultado para punir o transgressor, a imputação de responsabilidade na esfera cível só se torna possível diante da existência de um prejuízo para vítima. A conduta antijurídica do agente, em si mesma, não autoriza a imposição do dever de indenizar⁵³.

⁵¹ CARRÁ, 2015, p. 104-106.

⁵² A tutela inibitória corresponde a uma tutela preventiva que objetiva prevenir a prática do ilícito, que se coloca, portanto, anterior a sua realização, diferente de uma tutela voltada para o passado como a ressarcitória. Refere-se, pois, à prevenção da prática, continuação ou repetição do ilícito, e não envolve a reparação de danos. A esse respeito, vide: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 36.

⁵³ STOCO, Rui. Responsabilidade civil sem dano: falácia e contradição. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 975, jan. 2017. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_Biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.975.09.PDF>. Acesso em: 15 mai. 2020. p. 04.

A título de exemplo, Fernando Noronha lembra do veículo que trafega na contramão em estrada deserta. Embora represente uma conduta antijurídica, dirigir veículo em desacordo com a legislação de trânsito, por si só, não é suficiente para gerar o dever de indenizar, o qual exige, além dos demais pressupostos da responsabilidade civil, a presença do dano a outrem, a teor do artigo 927 do Código Civil⁵⁴.

Bruno Leonardo Câmara Carrá, entretanto, não deixa de estar atento à elasticidade da própria noção de dano, admitindo, por exemplo, que determinadas circunstâncias de exposição a risco possam gerar por si mesmas lesões a interesses juridicamente tutelados passíveis de ressarcimento. Nessa hipótese, não se trataria de prevenir/punir a conduta antijurídica do agente com fundamento nos princípios da prevenção e da precaução, mas sim de reconhecer que o risco foi capaz de repercutir negativamente no patrimônio jurídico da vítima, produzindo dano material ou moral⁵⁵.

Também Rafael Peteffi da Silva observa a possibilidade de a criação de um risco gerar dano indenizável. A esse respeito, cita-se: “Todo risco criado corresponde ao aumento ou à criação da probabilidade de ocorrência de um dano futuro. Essa probabilidade, criada ou majorada, possibilita a geração de reflexos que, em determinadas situações, podem ser caracterizados como danos reparáveis”⁵⁶.

O autor apresenta, como exemplo, a falha médica que aumenta sobremaneira a probabilidade de o paciente desenvolver um câncer no futuro, gerando, de um lado, tamanha angústia e sofrimento que resulta em um dano moral (atual) para vítima, e, de outro, a eventual necessidade de custear tratamento de saúde para evitar que aquele risco (criado ou aumentado) se realize, ou seja, dano material (futuro)⁵⁷.

No entanto, Rafael Peteffi da Silva, ao refinar a análise da responsabilidade civil pela exposição a risco, propõe uma separação entre a pura probabilidade de um dano futuro ocorrer, dos outros efeitos, presentes ou futuros, que essa mesma probabilidade pode gerar para vítima. No primeiro caso, tem-se aquilo que o autor denomina de “criação de riscos propriamente dita”, e, no segundo, “consequências marginais da criação de riscos”⁵⁸.

⁵⁴ NORONHA, 2013, posições 8864-8868.

⁵⁵ CARRÁ, 2015, p. 251-253.

⁵⁶ PETEFFI DA SILVA, 2013, p. 118.

⁵⁷ PETEFFI DA SILVA, 2013, p. 118.

⁵⁸ PETEFFI DA SILVA, 2013, p. 118.

O exemplo acima da falha médica, que aumenta a chance de um paciente desenvolver câncer no futuro, é um caso de consequência marginal resultante do incremento de um risco. Outro exemplo mencionado pelo autor, é o dano material consubstanciado na desvalorização imobiliária de uma residência vizinha a uma falésia, cujo risco de desmoronamento tenha sido de algum modo majorado⁵⁹. Todas essas consequências marginais oriundas do incremento de um risco são danos independentes, e não se confundem com a criação do risco em si.

Seja como for, pode-se perceber que a noção tradicional de dano para responsabilidade civil é capaz de ser ampliada para abarcar novas situações lesivas, nunca, porém, a ponto de ser prescindida ou mesmo confundida com a própria antijuridicidade.

A partir de um resgate histórico que remonta ao direito romano, Bruno Leonardo Câmara Carrá demonstra que a distinção conceitual entre dano e antijuridicidade não se deu por acaso, mas foi fruto do desenvolvimento do pensamento jurídico ocidental. E conclui: “[...] Portanto, por mais amigável que possa parecer o paradigma preventivo, sua introdução acrítica promoveria o regresso da Responsabilidade Civil àquele estágio em que ela se ocupava da ilicitude como um todo”⁶⁰.

Por isso, entende-se que a responsabilidade civil deve continuar se ocupando, fundamentalmente, da reparação do dano, isto é, das situações em que o Direito não foi capaz de evitar o acontecimento de uma lesão a interesse tutelado. O paradigma preventivo, em consequência, viria a ser realizado por outros ramos do Direito, os quais já possuem mecanismos de ordem material ou processual para lidar com a conduta antijurídica a fim de evitar a ocorrência de danos.

Karinne Ansiliero Angelin argumenta que, embora o princípio do *neminem laedere* possa ser fundamento tanto da prevenção/precaução quanto da reparação, os pressupostos dessas formas de tutela são distintos. Isto é, a resposta dada pelo ordenamento jurídico em face de um dano é a imposição do dever de indenizar no âmbito da responsabilidade civil, enquanto que a ameaça de dano permite deflagrar mecanismos de antecipação – também existentes no direito brasileiro – com objetivo de evitar a

⁵⁹ PETEFFI DA SILVA, 2013, p. 119-120.

⁶⁰ CARRÁ, 2015, p. 160.

concretização da lesão. Como mecanismos de antecipação, a mencionada autora lembra da multa cominatória e do poder geral de cautela atribuído ao juiz no processo civil⁶¹.

Por outro lado, isso não significa dizer que a responsabilidade civil seja totalmente alheia à ideia de prevenção. Mas, segundo esclarece Bruno Leonardo Câmara Carrá, a forma dessa disciplina desestimular a prática de condutas lesivas nunca prescinde da presença do dano⁶². Em outras palavras, é através da dissuasão promovida pela imposição do dever de indenizar o dano, que a responsabilidade civil tem a capacidade de desestimular as condutas antissociais, realizando, pois, sua função preventiva⁶³.

Então, concorda-se com a posição de Bruno Leonardo Câmara Carrá no sentido de que a gestão dos danos na sociedade de risco não compete única e exclusivamente à responsabilidade civil, mas engloba também outros ramos do Direito, em uma atuação coordenada e conjugada com vistas ao adequado enfrentamento das situações potencialmente danosas e daquelas em que o dano efetivamente se realizou⁶⁴.

Até aqui, viu-se como o advento do paradigma solidarista permitiu certa flexibilização dos requisitos tradicionais do dever de indenizar, suscitando, inclusive, debates em torno do papel do dano para responsabilidade civil contemporânea.

Mas, afinal de contas, o que é “dano”? Essa pergunta pode parecer bastante singela se se ficar adstrito a uma ideia corrente (quase intuitiva) do que seja esse conceito, haja vista que não houve tempo ou lugar onde alguma pessoa viva tenha escapado de sofrer qualquer espécie de consequência prejudicial que frustrasse seus interesses.

No próximo item, discorrer-se-á sobre o dano, buscando apresentar um conceito normativo que sirva para os fins propostos pela responsabilidade civil, em especial, o adequado ressarcimento da vítima. Esse conceito jurídico (científico) de dano é, precisamente, o que permitirá também vislumbrar, ao longo deste trabalho, a ocorrência de um dano moral experimentado por uma dada coletividade de pessoas.

⁶¹ ANGELIN, Karinne Ansiliero. *Dano injusto como pressuposto do dever de indenizar*. Dissertação (mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 136-137.

⁶² CARRÁ, 2015, p. 247.

⁶³ TUNC, 1989, p. 135.

⁶⁴ CARRÁ, 2015, p. 104.

2.2 A construção de um conceito jurídico de dano

De início, mostra-se oportuno recordar a lição de José de Aguiar Dias, que começava suas considerações sobre o dano apontando este como o requisito que menos gerava controvérsia na responsabilidade civil. Para aquele autor, era verdadeiro truísmo sustentar que só poderia haver responsabilidade com a existência de um dano, precisamente, porque não teria lógica defender uma obrigação de ressarcir onde não haveria nada a reparar⁶⁵.

Hoje, porém, a realidade é outra. Como visto anteriormente, existem correntes doutrinárias que defendem a responsabilidade civil não apenas como disciplina que se ocupa da reparação dos danos sofridos pela vítima, mas também da prevenção das ocorrências lesivas, sob argumento de recepção pelo direito civil de um paradigma preventivo.

Não se desconsidera, neste trabalho, a importância de instrumentos jurídicos voltados a evitar a ocorrência de danos, instrumentos que, ao se ocuparem somente das condutas antijurídicas, possam realizar o desejo de segurança de todas as pessoas na medida do possível. A discordância reside no fato de que essa batalha não deve ser travada, exclusivamente, no âmbito da responsabilidade civil.

Sob esse aspecto, concorda-se ainda com lição de José de Aguiar Dias, ou seja, o dano continua sendo requisito indispensável da responsabilidade civil. Aliás, o teor do artigo 927 do Código Civil parece não permitir outra conclusão senão a de que o dever de indenizar só nasce na presença de um dano. Logo, a conduta antijurídica da qual não resulte um dano não permite o manejo da tutela ressarcitória disciplinada pela responsabilidade civil, embora possa autorizar, por exemplo, o uso de medidas inibitórias para afastamento da violação do direito. O enfrentamento das condutas antijurídicas deve ser feito por outros ramos do Direito que se ocupam da mera ilicitude.

Contudo, reconhecer o dano como um dos requisitos da responsabilidade civil é responder apenas a parte do problema. Na sequência, a questão que imediatamente se coloca é qual o conteúdo conceitual do “dano”. E aqui, de fato, os desafios são grandes, porque o Código Civil brasileiro não apresenta uma definição legal, deixando essa tarefa

⁶⁵ AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 714.

à doutrina. Porém, parece não existir uma única resposta doutrinária acerca do conceito normativo de dano.

A esse respeito, Alberto Bueres observa que, embora a ideia de dano possa ser facilmente apreendida de forma intuitiva, as dificuldades aparecem justamente no momento em que se pretende estabelecer as delimitações técnicas desse conceito. Isso porque não é suficiente para o Direito uma noção de dano como simples menoscabo de bens, presa a uma concepção estritamente naturalística. É preciso, pois, que o “dano” se revista de uma qualificação jurídica para interessar ao Direito⁶⁶.

Como bem observa Judith Martins-Costa, a definição do que seja “dano” não é algo “dado”, mas sim “construído” – como tudo no Direito⁶⁷. E é, precisamente, a partir dessa construção, que se permite estabelecer uma divisão fundamental entre os danos em sentido vulgar e aqueles em sentido jurídico.

Para auxiliar na exposição que se iniciará a seguir, antecipa-se que o debate doutrinário sobre o conceito de dano, em regra, girará em torno da seguinte estrutura de ideias: (i) dano em sentido vulgar (ou naturalístico) e (ii) dano em sentido normativo, o qual, por sua vez, subdivide-se em (ii.a) dano como menoscabo de bens jurídicos; (ii.b) dano como lesão a direitos subjetivos; (ii.c) dano como lesão a interesses; e (ii.d) dano como transcendências, repercussões ou resultados.

2.2.1. Da noção vulgar a uma concepção científica

Segundo Hans Albrecht Fischer, a noção vulgar de dano compreende “todo o prejuízo que alguém sofre na sua alma, corpo ou bens, quaisquer que sejam o autor e a causa da lesão”⁶⁸. Percebe-se que, nesse sentido vulgar, a ideia de dano assume uma abrangência tal que passa a compreender, inclusive, aquele prejuízo que a vítima irroga a si mesma.

⁶⁶ BUERES, Alberto J. *Derecho de daños*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001. p. 285.

⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 19, p. 181-207, mar. 2001. p. 182.

⁶⁸ FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. Tradução de António de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva, 1938. p. 7.

No entanto, Hans Albrecht Fischer explica que, para o direito positivo, o dano somente ganha relevância quando se refere a um fato que justifica a aplicação de uma *pena* ou de uma *indenização*. Isso significa dizer que, embora partindo de uma ideia semelhante ao sentido vulgar apresentado, não integrariam a noção de dano em sentido científico (jurídico) aqueles prejuízos ocasionados pela vítima a si própria. Segundo o autor, portanto, o conceito normativo de dano corresponde a: “[...] todo o prejuízo que o sujeito de direitos sofra através da violação dos seus bens jurídicos, com exceção única daquele que a si mesmo tenha inferido o próprio lesado: esse é juridicamente irrelevante”⁶⁹.

Com intuito de ilustrar sua posição, o referido autor cita, no direito penal, o suicídio como um ato praticado pela própria vítima, e que, logicamente, não é punível. No direito privado, de maneira semelhante, argumenta não existir nenhuma regra que proíba o sujeito de direitos de diminuir seu próprio patrimônio, não havendo, em consequência, dever de a vítima (e, menos ainda, de terceiro) reparar o dano que causar a si mesma⁷⁰.

Ao comentar essa argumentação de Hans Albrecht Fischer – e apesar de adotar o conceito normativo de dano desse autor –, José de Aguiar Dias pondera que a não punição do suicídio parece não resultar de um desinteresse do legislador penal em fazê-lo, mas sim de uma impossibilidade de se punir aquele que pratica essa conduta⁷¹.

No campo do direito privado, continua José de Aguiar Dias, a premissa de que não existe nenhuma regra que proíba o sujeito de direitos de diminuir seu próprio patrimônio vale somente para o dano enquanto fonte de uma reparação, pois, neste caso, não haveria interesse em se reestabelecer o estado anterior à lesão, e, para o autor, sem esse interesse não haveria ação. Não sendo esse o caso, o dano ao próprio patrimônio é sim proibido, ao menos, implicitamente, quando o ordenamento jurídico estabelece, por exemplo, que o patrimônio do devedor é garantia comum dos credores, ou, ainda, quando veda a disposição da porção legítima da herança⁷².

⁶⁹ FISCHER, 1938, p. 07.

⁷⁰ FISCHER, 1938, p. 08.

⁷¹ AGUIAR DIAS, 1995, p. 715.

⁷² AGUIAR DIAS, 1995, p. 715-716.

Oportuno ainda esclarecer que não entram na categoria de danos infligidos a si próprio: aqueles que o inimputável causa a si mesmo, sob vigilância de terceiro; e aqueles danos provocados por terceiro com consentimento da vítima. Ou seja, em ambas as situações, há dano em sentido jurídico.

No primeiro caso, a responsabilização da pessoa encarregada da vigilância do inimputável que lesiona a si mesmo pode induzir a uma falsa compreensão de que se estaria diante de uma negação ao princípio de que os danos causados a si próprio não interessam ao direito positivo. Contudo, os atos do inimputável não são ações em sentido jurídico. Nesse contexto, considera-se que o dano foi provocado pelo terceiro incumbido do dever de vigilância, porque foi sua inobservância a esse dever que permitiu que o inimputável praticasse o ato lesivo contra si próprio⁷³.

Já no segundo caso, entende-se que o consentimento da vítima, como regra, não afasta a ilicitude do ato lesivo praticado pelo terceiro, não sendo possível atribuir uma validade universal ao axioma *volenti non fit injuria* – segundo o qual, basicamente, não caberia queixa ao prejuízo consentido⁷⁴.

É preciso realçar, pois, esse primeiro grande recorte ao se trabalhar com a temática do dano. De um lado uma noção vulgar, bastante ampla que abrange toda e qualquer forma de prejuízo, e que, por vezes, se confunde com as consequências fenomênicas negativas de um ato lesivo, e a elas se limitando.

E de outro lado, uma acepção normativa de dano, que permite ao intérprete extrair do mundo dos fatos aquelas ocorrências danosas aptas a produzir efeitos jurídicos, notadamente, de constituição do dever de indenizar, e que, como visto, não engloba as lesões que o sujeito de direitos inflige a si próprio.

Clovis V. do Couto e Silva afirma que, se a noção de dano estivesse adstrita a um conceito puramente naturalista, bastariam as leis da física para se determinar os limites do dano indenizável. No entanto, para além dessa noção física, há que se

⁷³ AGUIAR DIAS, 1995, p. 716; FISCHER, 1938, p. 08, nota de rodapé 2.

⁷⁴ AGUIAR DIAS, 1995, p. 716; FISCHER, 1938, p. 08, nota de rodapé 2.

considerar uma noção jurídica de dano, que permita determinar adequadamente a extensão do dever de indenizar⁷⁵.

2.2.2 As diferentes correntes normativas de dano

Avançando na busca pela qualificação jurídica do dano, Rafael Peteffi da Silva argumenta que a ideia de “dano ressarcível” pode ser tomada em uma acepção ampla e estrita. Será *ampla* quando a análise do dano, em um dado ordenamento jurídico, aparecer conjugada com os demais requisitos para imposição do dever de indenizar (fatores de atribuição, antijuridicidade, nexo causal)⁷⁶. Essa acepção ampla pode ser encontrada, por exemplo, na noção jurídica de dano vista em José de Aguiar Dias (e também em Hans Albrecht Fischer), porquanto, partindo da mesma concepção fundamental de dano em sentido vulgar, vai diferenciar as duas categorias a partir da possibilidade ou não de existir o dever de indenizar⁷⁷.

Por outro lado, a noção de dano ressarcível será *estrita* quando, afastando-se dos demais requisitos da responsabilidade civil, sua análise se circunscrever à teoria do dano propriamente dita, tomando-o como elemento balizador do dever de indenizar dotado de conteúdo eficaz próprio e importante filtro da responsabilidade civil⁷⁸. A investigação a seguir, portanto, procura estabelecer exatamente essa noção estrita, valendo-se do estudo das teorias que abordam o dano em sentido normativo, sem conjugá-lo com outros elementos.

Alberto Bueres identifica quatro posições doutrinárias distintas a esse respeito, quais sejam: (i) dano como menoscabo de bens jurídicos; (ii) dano como lesão a direitos subjetivos; (iii) dano como lesão a interesses; e (iv) dano como transcendências, repercussões ou resultados⁷⁹.

⁷⁵ COUTO E SILVA, Clovis V. do. O Conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 2/2015, p. 333-348, jan.-mar. 2015. p. 335.

⁷⁶ PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Conceito normativo de dano*: em busca de um conteúdo eficaz próprio. No prelo. p. 05-07.

⁷⁷ Apesar disso, em uma acepção estrita, pode-se também identificar em José de Aguiar Dias uma concepção de dano como prejuízo ou consequência negativa oriunda da lesão de bens da vítima. PETEFFI DA SILVA, no prelo, p. 17-18.

⁷⁸ PETEFFI DA SILVA, no prelo, p. 10.

⁷⁹ BUERES, 2001, p. 286, 289.

As duas primeiras posições são objeto de crítica por parte de Alberto Bueres. Segundo o autor, o Direito não tutela bens ou direitos em abstrato, mas apenas quando esses mesmos bens ou direitos satisfazem necessidades humanas⁸⁰. É por essa razão que a degradação de um bem patrimonial, ou mesmo extrapatrimonial, pode gerar tanto dano material quanto moral, a depender do interesse lesionado e não da natureza do bem atingido.

Nesse sentido, a destruição de um relógio de ouro por ação de terceiro poderá gerar danos materiais e morais para vítima, na hipótese desse bem, por exemplo, ser uma herança de família. O mesmo pode ser dito quando terceiro explora, indevidamente, a imagem da vítima para fins comerciais, agredindo as esferas patrimonial e espiritual desta.

Particularmente, no que concerne ao dano enquanto violação à direito subjetivo, Alberto Bueres acrescenta uma segunda crítica. De acordo com o autor, essa noção não abrange situações nas quais existam interesses, que, apesar de não representarem direitos subjetivos para seus titulares, merecem ser tutelados pelo ordenamento jurídico por razões de equidade e solidariedade social. Dito de outra forma, a identificação do dano como lesão a direito subjetivo acabaria por aprisionar o conceito de dano a circunstâncias muito restritas, nas quais a vítima conseguiria demonstrar a titularidade de um direito subjetivo violado pela conduta do agressor – o que nem sempre é possível ou fácil⁸¹.

Com posição semelhante, Clovis V. do Couto e Silva argumenta que, ao lado dos direitos subjetivos, a tutela de certos interesses se apresenta como uma questão de grande importância doutrinária e prática. Como exemplos de interesses tutelados, o autor lembra da proteção conferida à perda de uma chance e aos interesses coletivos. Neste último caso, Clovis V. do Couto e Silva acrescenta que, apesar de não poderem ser qualificados como direitos subjetivos, os interesses coletivos demandam uma proteção jurídica cada vez mais eficaz, por conta da importância que assumem na contemporaneidade⁸².

⁸⁰ BUERES, 2001, p. 286-287.

⁸¹ BUERES, 2001, p. 289.

⁸² COUTO E SILVA, 2015, p. 337.

De uma forma geral, Paulo Mota Pinto identifica quatro elementos ligados à noção, individual ou coletiva, de “interesse”: (i) a titulação por um sujeito, físico ou moral; (ii) a existência de uma necessidade; (iii) o vínculo relacional para satisfação da necessidade com o bem; e (iv) o bem considerado idôneo a satisfazer essa necessidade. Do ponto de vista jurídico, continua o autor, o conceito de interesse importa para verificar em qual medida esse vínculo relacional será tutelado pelo ordenamento, seja através de sua conversão em um direito subjetivo, seja através de sua proteção por outras normas jurídicas⁸³.

Na sequência, Alberto Bueres afirma que as duas outras acepções normativas de dano – como lesão a interesse e como consequência prejudicial – possuem certa razão, desde que colocadas em seus verdadeiros lugares e precisados seus alcances⁸⁴.

De maneira pragmática, Alberto Bueres sustenta que, especificamente acerca do dano moral, mais importante do que identificar o “dano” no interesse ou no resultado, é realizar a reparação da vítima. Assim, ambas as acepções poderiam conviver sem se excluírem mutuamente, em favor de um Direito vivo que atende às exigências da realidade social. Essa posição é possível porque o autor entende existir homogeneidade entre o interesse lesionado e sua consequência – por exemplo, se o interesse lesionado é espiritual, o mesmo ocorre com a seqüela⁸⁵.

De todo modo, Alberto Bueres defende que o conceito normativo de dano deve apontar antes para uma lesão a interesse do que para suas consequências, ao menos como uma acepção primeira ou principal. O autor destaca que, embora possam ocorrer situações com resultados desfavoráveis, só existirá dano ressarcível se for verificado um interesse jurídico lesionado⁸⁶.

Em outras palavras, a qualificação jurídica do dano se daria preferencialmente através da verificação de uma lesão a interesse, que, apesar de decorrer de um menoscabo

⁸³ MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Coimbra: Coimbra, 2008. Vol. I. p. 494.

⁸⁴ BUERES, 2001, p. 289. Com posição semelhante, vide também: CALVO COSTA, Carlos A. *Daño resarcible*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p. 94; e BASTOS, Daniel Deggau. *Responsabilidade civil pela perda do tempo: o dano ressarcível e as categorias jurídicas indenizatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 47.

⁸⁵ BUERES, 2001, p. 307.

⁸⁶ BUERES, 2001, p. 296.

de bens ou direitos, se ajustaria de forma mais adequada a como se deve examinar o dano em sua realidade concreta e subjetiva⁸⁷.

Alberto Bueres explica que esse “interesse” não é abstrato ou desprovido de conteúdo⁸⁸. Cada bem jurídico atende, por diferentes formas e extensões, os interesses de seu titular. Logo, a verificação do dano, no caso concreto, depende do exame do grau de perturbação que sofreu o interesse do lesado por força do menoscabo infligido ao bem fonte desse mesmo interesse⁸⁹.

O referido autor cita, como exemplo, o automóvel: bem jurídico que pode suscitar em torno de si diferentes interesses a depender dos usos almejados pelo seu titular (lazer, trabalho, coleção)⁹⁰. Desse modo, a análise dos danos deve tomar em consideração os interesses nutridos em concreto pelo sujeito lesado.

A posição adotada na obra de Alberto Bueres parece, pois, se alinhar com o conceito proposto por Francesco Carnelutti, segundo o qual a noção mais precisa de dano é: lesão a interesse⁹¹.

Em Francesco Carnelutti, “interesse” não se trata da avaliação que o sujeito faz sobre a aptidão de um bem satisfazer sua necessidade. Essa noção subjetiva de interesse não merece tutela jurídica. O conceito de interesse que o referido autor propõe é de natureza objetiva, ou seja, que está fora do sujeito possuidor da necessidade, e que, ao mesmo tempo, não se confunde com o bem em si. Sob essa acepção objetiva, interesse é uma situação que diz respeito ao sujeito e ao bem, uma relação em virtude da qual o emprego do bem para satisfazer uma necessidade do sujeito é possível, fácil e seguro.

Para ilustrar seu pensamento, Francesco Carnelutti apresenta o exemplo da pessoa que tem fome de pão: a fome é a necessidade; o pão é o bem; e o poder comer o pão é o interesse⁹². Nesse caso hipotético, o dano não reside na destruição do pão (bem jurídico), mas sim na impossibilidade desse pão destruído matar a fome de seu possuidor (lesão a interesse).

⁸⁷ BUERES, 2001, p. 288.

⁸⁸ BUERES, 2001, p. 296.

⁸⁹ BUERES, 2001, p. 302.

⁹⁰ BUERES, 2001, p. 302.

⁹¹ CARNELUTTI, Francesco. *Il danno e il reato*. Padova: Casa Editrice Dott, 1930. p. 14.

⁹² CARNELUTTI, 1930. p.12.

Com esse exemplo, Francesco Carnelutti consegue de maneira muito precisa demonstrar que o dano corresponde a inidoneidade (ou a menor idoneidade) do bem transformado satisfazer uma necessidade humana. O dano não está contido, pois, na transformação do bem em si. Como dito, é a situação da pessoa a respeito do bem que guarda relação com o conceito de dano. Por isso, o autor conclui que dano é lesão a interesse⁹³.

Com posição diferente, Paulo Mota Pinto afirma que, mais rigorosamente, o dano se consubstancia numa ofensa a bens, patrimoniais ou não, guardando pertinência com a avaliação das consequências da responsabilidade. Segundo o autor, a lesão a interesse (violação de deveres) é objeto de um juízo que fundamenta a responsabilidade, estando, pois, no campo de análise da ilicitude (antijuridicidade)⁹⁴.

Vale aqui alertar que o vocábulo “interesse” é polissêmico, ganhando significados e usos distintos a depender de onde é empregado. Não sem motivo, Paulo Mota Pinto observa que a noção de “interesse”, longe de apresentar contornos conceituais bem definidos, é antes fluida, ambígua e difusa no âmbito jurídico⁹⁵.

No contexto específico apontado acima, o termo “interesse” assume, para Paulo Mota Pinto, a seguinte conotação⁹⁶:

[...] A noção de interesse é, assim, empregue como elemento da hipótese da norma de responsabilidade, designadamente, como significado de *situação jurídica tutelada* (designadamente, pela norma violada), e serve para fundamentar um juízo de ilicitude da conduta do lesante.

De acordo com o autor português, portanto, a lesão a interesse, enquanto violação de uma situação jurídica tutelada pela norma, não se refere ao dano em si, mas sim se liga ao exame da antijuridicidade da conduta do agente. O dano, por sua vez, se verifica no prejuízo resultante da lesão, e importa para definir as consequências da responsabilidade.

Tentando conciliar as noções de lesão a interesse e de consequência prejudicial, Carlos A. Calvo Costa assevera que essas noções de dano são perfeitamente viáveis e compatíveis entre si, de modo que propõe uma definição que conjuga as duas

⁹³ CARNELUTTI, 1930, p.14.

⁹⁴ MOTA PINTO, 2008, p. 534.

⁹⁵ MOTA PINTO, 2008, p. 491.

⁹⁶ MOTA PINTO, 2008, p. 502, grifo do autor.

ideias, ou seja, o dano ressarcível seria uma lesão a interesse juridicamente tutelado, do qual resulta uma consequência prejudicial para vítima (patrimonial ou extrapatrimonial). De acordo com esse raciocínio, a verificação da existência de um dano ressarcível, no caso concreto, se daria em dois momentos distintos: no primeiro, investigando-se a presença de um interesse merecedor de tutela jurídica, e, no segundo, tomando-se em conta as consequências nocivas da conduta lesiva para determinar o *quantum* indenizatório⁹⁷.

Como posição semelhante, Renata Carlos Steiner argumenta que não existe uma necessária contraposição entre as noções de lesão a interesse e de consequência dessa lesão, desde que compreendidas em dois momentos diversos da responsabilidade civil. No primeiro, a noção de lesão a interesse auxilia na definição do fundamento do dever de indenizar, já, no segundo, a consequência prejudicial delimita o objeto da reparação, isto é, seu *quantum*. A autora adota um conceito de dano como lesão a interesse, mas defendendo que a função da reparação civil é recompor uma diferença, ou seja, a situação hipotética da vítima sem que tivesse ocorrido a lesão⁹⁸.

Em que pesem as considerações acima, não se concorda com essa tentativa de construção de um conceito “híbrido” de dano. Isso porque o que se percebe, à luz dos ensinamentos de Rafael Peteffi da Silva, é que aquele primeiro momento de identificação do interesse merecedor de tutela acaba desaguando, frequentemente, na discussão sobre a antijuridicidade da conduta do agente, e não no dano propriamente dito. Por oportuno, cita-se⁹⁹:

Como a antijuridicidade é fundamental requisito em grande parte das hipóteses de responsabilidade civil, a modelagem de identificação da antijuridicidade suprarreferida coloca-se como importante critério para a identificação dos prejuízos que podem ser considerados danos indenizáveis. O mesmo pode ser dito sobre a legitimação de outras tutelas, como a inibitória. A congruente consideração dos interesses legitimamente tutelados com as causas de pré-exclusão de ilicitude constitui metodologia adequada para guiar o intérprete nesse espinhoso mister.

⁹⁷ CALVO COSTA, Carlos A. El significado y las especies de daño resarcible. *Revista de Derecho de Daños*, Ed. Rubinzal Culzoni: Santa Fé, 2012-3, p. 193-227, dezembro 2012. Disponível em: <<http://www.calvocosta.com.ar/articulos.php>>. Acesso em: 30 jun. 2020. p. 16-17.

⁹⁸ CARLOS STEINER, Renata. *Interesse positivo e interesse negativo: a reparação de danos no Direito Privado brasileiro*. Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016. p. 39-40.

⁹⁹ PETEFFI DA SILVA, Rafael. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 18, p. 169-214, jan.-mar. 2019. p. 186.

Em outras palavras, mostra-se, conceitual e metodologicamente, mais adequado trabalhar a seleção dos interesses merecedores de tutela no campo da antijuridicidade, verificando, diante das circunstâncias do caso concreto, se a conduta lesiva do agente se encontrava ou não amparada pelo ordenamento jurídico, por força da existência de causas de justificação (ou pré-excludentes de antijuridicidade). E, no campo do dano, examinar ou o comprometimento da aptidão do bem jurídico para satisfazer a necessidade da vítima, ou as consequências prejudiciais oriundas da conduta lesiva, a depender do conceito normativo de dano adotado no caso concreto.

Ademais, a discordância com a noção conjugada de dano reside na possibilidade lógica de existirem situações em que há conduta antijurídica, mas que, ante a ausência de qualquer repercussão negativa para vítima, o *quantum debeatur* tenha resultado zero, o que, na prática, fulminaria a pretensão indenizatória mesmo reconhecendo o *an debeatur*. Em última instância, essa teoria híbrida acaba por redundar sempre na investigação das consequências do ato lesivo, com o inconveniente de trazer para dentro da teoria do dano considerações típicas da antijuridicidade.

2.2.3 O conceito de dano no ordenamento brasileiro: consequência prejudicial ou lesão a interesse?

Viu-se até aqui que a construção de uma qualificação normativa de dano perpassa algumas correntes doutrinárias, centrando-se, em especial, nas ideias de lesão a interesse e de consequência prejudicial, as quais, embora guardem certa razão de ser, não permitem a construção de uma noção conjugada. Essas duas acepções de dano em sentido normativo remanescem, pois, com maior prestígio e recepção pela doutrina.

No Brasil, como dito, o Código Civil não apresenta uma definição legal de “dano”¹⁰⁰. O artigo 927 do atual Código se limita a dizer: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar *dano* a outrem, fica obrigado a repará-lo” (grifo nosso). Em certo sentido, mantém-se uma tradição do ordenamento jurídico pátrio, haja vista que também o Código Civil de 1916 não estabelecia esse conceito¹⁰¹.

¹⁰⁰ COUTO E SILVA, 2015, p. 333-334.

¹⁰¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. Tomo LIII. p. 226.

Diante disso, a doutrina nacional continua com sua tarefa de construir um conceito normativo de “dano”, de modo a oferecer ao intérprete da norma, no caso concreto, parâmetros dogmáticos seguros para identificação dos “prejuízos” que serão objeto de reparação.

Levando em conta as limitações conceituais de “dano” como “menoscabo de bens” e como “lesão a direitos subjetivos” já abordadas neste trabalho, a análise que ora se inicia de parte da doutrina brasileira ficará adstrita ao exame das correntes que entendem “dano” como “consequência prejudicial” e como “lesão a interesse”.

Na obra clássica de José de Aguiar Dias, encontra-se uma posição expressa daquele autor no sentido de que o dano, no ordenamento jurídico brasileiro, deve ser entendido como “prejuízo”, isto é, “resultado de uma lesão”. Como dito, o autor opta pelo conceito normativo de dano na acepção dada por Hans Albrecht Fischer, ou seja, dano como prejuízo que alguém sofre em sua alma, seu corpo ou seus bens como consequência da violação destes por fato alheio¹⁰².

A necessidade de demonstração desse prejuízo se verifica tanto na responsabilidade extracontratual quanto na contratual, embora, nesta última, exista um equívoco comum de se pensar que basta o simples inadimplemento da obrigação do devedor para que se gere um “dano” ao credor. Isso não é correto. Em regra, também na responsabilidade contratual, o credor precisa provar o dano sofrido para ter êxito na pretensão reparatória¹⁰³. Como exceção, destaca-se, por exemplo, os casos de cobrança da cláusula penal estipulada pelas partes no contrato (artigo 416 do Código Civil¹⁰⁴).

Ainda em José de Aguiar Dias, o dano se divide em patrimonial e moral¹⁰⁵. O dano patrimonial pressupõe sempre uma redução de certos valores econômicos, sendo, pois, identificado a partir de um “critério diferencial”, isto é, como resultado negativo de

¹⁰² AGUIAR DIAS, 1995, p. 715.

¹⁰³ AGUIAR DIAS, 1995, p. 717.

¹⁰⁴ O *caput* do artigo 416 do Código Civil prescreve: “Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo”.

¹⁰⁵ AGUIAR DIAS, 1995, p. 716. Nesta pesquisa, opta-se por utilizar “dano moral” como sinônimo de “dano extrapatrimonial”, em razão da ampla utilização dessas expressões como equivalentes tanto na doutrina quanto na jurisprudência nacionais. No entanto, sobre a crítica ao uso da expressão “dano moral” em lugar de “dano extrapatrimonial”, vide: NORONHA, 2013, posições 10557-10571, 10601-10612.

uma comparação entre o patrimônio da vítima depois do dano, e tal como estaria sem que esse dano tivesse ocorrido¹⁰⁶.

No cálculo dessa diferença, Hans Albrecht Fischer esclarece que não há necessidade de se considerar o patrimônio da vítima por inteiro, ou seja, massas patrimoniais não atingidas pelo dano não são consideradas na operação. Se um dos hóspedes de determinado hotel – argumenta o autor – quebrar uma cadeira, não se exigirá que, para a apreciação completa do dano, o hoteleiro avalie todo seu patrimônio, com prédios, títulos de crédito, todos os valores que o integram, e, nem mesmo, o valor do próprio hotel. Defende que basta um simples raciocínio matemático para compreender essa afirmação: “[...] Se o patrimônio do lesado se compõe dos valores $a - f$ e foi destruído somente o objeto d , é evidente que todos os valores compreendidos entre a e c , e e f podem eliminar-se nos dois termos da equação”¹⁰⁷.

O dano patrimonial se subdivide, ainda, em dano emergente e lucros cessantes. José de Aguiar Dias lembra que o prejuízo deve ser certo, haja vista que não se indenizam danos hipotéticos¹⁰⁸. Por isso, especificamente no que toca aos lucros cessantes, o autor adverte que compete ao Direito diferenciar o dano das simples “miragens de lucro” – utilizando uma expressão de Dernburg¹⁰⁹.

Contudo, José de Aguiar Dias destaca também o seguinte¹¹⁰:

Para, autorizadamente, se computar o lucro cessante, a mera possibilidade não basta, mas também não se exige a certeza absoluta. O critério acertado está em condicionar o lucro cessante a uma *probabilidade objetiva* resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos conjugados às circunstâncias peculiares ao caso concreto.

Em outras palavras, ainda que trabalhando com um critério diferencial para identificação dos danos patrimoniais, o citado autor tem clareza de que a determinação dos lucros cessantes não está presa a uma certeza absoluta dos ganhos perdidos, a partir do exame equivocado do patrimônio da vítima antes do evento lesivo. Na realidade, a comparação deve ocorrer entre o patrimônio atual e tal como estaria sem o dano (uma

¹⁰⁶ AGUIAR DIAS, 1995, p. 718.

¹⁰⁷ FISCHER, 1938, p. 28.

¹⁰⁸ AGUIAR DIAS, 1995, p. 719.

¹⁰⁹ AGUIAR DIAS, 1995, p. 720.

¹¹⁰ AGUIAR DIAS, 1995, p. 720-721, grifo do autor.

construção hipotética), e, portanto, admitindo nessa operação a probabilidade objetiva de ganho à luz das circunstâncias do caso concreto.

Esse conceito de dano presente em José de Aguiar Dias é, ainda, eminentemente subjetivo. Isto é, a avaliação do dano, como regra, leva em conta exclusivamente a pessoa do credor. O autor ressalva, porém, que podem existir situações em que a extensão do prejuízo é determinada pelo interesse exclusivo de terceiro, por exemplo, na hipótese de existir uma relação de natureza contratual entre o terceiro e o credor da indenização¹¹¹.

Sobre o dano moral, José de Aguiar Dias assim o define: “Dano moral, digamos, talvez escusadamente, mais uma vez, é a reação psicológica à injúria, são as dores físicas e morais que o homem experimenta em face da lesão”¹¹². O autor refuta o argumento da impossibilidade de se estabelecer a existência do dano moral, explicando que essa espécie de dano é consequência irrecusável do fato danoso, que o prova *per se*. Nesse contexto, defende que admitir a existência do dano moral diante da morte de um filho, por exemplo, é nada mais que natural, sendo estranho supor, ao contrário, que um pai nada sinta em face dessa perda¹¹³. Por fim, sustenta que o método de quantificação da indenização por dano moral, como regra, é o arbitramento pelo juiz, haja vista a impossibilidade de se realizar uma avaliação matemática do quantitativo pecuniário que satisfaça o abalo sofrido pela vítima¹¹⁴.

Na doutrina de Fernando Noronha, “dano” também é definido como consequência prejudicial decorrente de uma lesão antijurídica de bem alheio. Por oportuno, cita-se seu ensinamento¹¹⁵:

[...] Numa noção mais esclarecedora, poderá dizer-se que é o prejuízo, econômico ou não econômico, de natureza individual ou coletiva, resultante de ato ou fato antijurídico que viole qualquer valor inerente à pessoa humana, ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada.

A partir desse conceito, Fernando Noronha elucida que o dano não é a violação do bem em si, mas sim a consequência prejudicial decorrente dessa mesma violação. A violação do bem, propriamente dita, é fato antijurídico, ou seja, fato que se

¹¹¹ AGUIAR DIAS, 1995, p. 721.

¹¹² AGUIAR DIAS, 1995, p. 740-741.

¹¹³ AGUIAR DIAS, 1995, p. 738.

¹¹⁴ AGUIAR DIAS, 1995, p. 754.

¹¹⁵ NORONHA, 2013, posições 10352 e 10358.

coloca contrário ao ordenamento, afetando negativamente situações juridicamente tuteladas¹¹⁶.

Nesse ponto, é possível traçar um paralelo entre a posição de Fernando Noronha e Paulo Mota Pinto, as quais parecem se alinhar acerca do conceito de dano. Em ambos, como visto, o dano é uma consequência prejudicial resultante da ofensa a um bem jurídico, patrimonial ou não. O exame da lesão a uma situação juridicamente tutelada, por sua vez, é parte do juízo da antijuridicidade da conduta do agente, e não integra, portanto, a noção de dano.

Há, no entanto, uma tendência recente na doutrina brasileira de abandonar o conceito de dano como consequência prejudicial, em favor da adoção de uma definição fundada na ideia de lesão a interesse. A princípio, não se vislumbra óbice em se fazer essa escolha, porque ambos os conceitos podem ser trabalhados dentro de uma acepção normativa de dano nos moldes expostos anteriormente. E, como aponta o Alberto Bueres¹¹⁷, existe, de fato, uma inclinação doutrinária para que a ideia de “lesão a interesse” seja vista como uma acepção primeira ou preferencial de dano, desde que, naturalmente, se tenha claro que “lesão a interesse”, no presente contexto, tem o sentido de inidoneidade (ou menor idoneidade) concreta de um bem transformado pela conduta lesiva satisfazer uma necessidade humana específica da vítima.

O próprio José de Aguiar Dias, apesar de optar expressamente pela definição normativa de dano de Hans Albrecht Fischer, não deixa, por outro lado, de reconhecer a exatidão da definição de Francesco Carnelutti, ou seja, de dano como lesão a interesse¹¹⁸.

A questão se torna controversa quando a ideia de lesão a interesse cruza a fronteira conceitual do dano e ingressa em considerações sobre a antijuridicidade da conduta do agente, como se fossem conceitos equivalentes.

Um dos autores brasileiros que capitania essa corrente é Anderson Schreiber, para quem a aferição do dano, no caso concreto, é determinada pela antijuridicidade da conduta do agente lesivo. A partir de um conceito de dano como lesão a interesse, o autor defende que qualquer pedido de reparação deve implicar a análise do ordenamento

¹¹⁶ NORONHA, 2013, posições 10363 e 10368.

¹¹⁷ BUERES, 2001, p. 296.

¹¹⁸ AGUIAR DIAS, 1995, p. 715, nota de rodapé 11.

jurídico como um todo, de forma a identificar: “(i) se o interesse alegadamente lesado é merecedor de tutela em abstrato; e (ii) se o interesse é concretamente merecedor de tutela diante da interferência representada pelo interesse lesivo”¹¹⁹.

Para fins de verificação do dano ressarcível, Anderson Schreiber propõe uma metodologia dividida em duas fases: na primeira, examina-se a antijuridicidade da conduta do agente, com intuito de identificar a existência ou não de uma relação de prevalência entre os interesses lesivo e lesado preestabelecida pelo legislador em abstrato. A segunda fase, por sua vez, só acontecerá se não for possível extrair do ordenamento jurídico essa relação de prevalência (ou seja, os dois interesses são igualmente tutelados pelo ordenamento em abstrato). Nesse caso, caberá ao magistrado apontar qual dos interesses deve prevalecer em concreto, valendo-se, para tanto, da técnica de ponderação¹²⁰. Se, ao final desse procedimento, prevalecer o interesse lesado da vítima, então, há dano ressarcível.

De acordo com Anderson Schreiber, a vantagem dessa definição reside no fato de ela se ocupar do interesse lesado, independentemente da discussão acerca das consequências nocivas para vítima, sejam elas de ordem econômica ou emocional. Algo relevante quando se trabalha com danos morais, cuja repercussão da lesão varia de pessoa para pessoa, não existindo um critério objetivo para mensurá-los¹²¹.

Ainda segundo aquele autor, a verificação do dano moral a partir das consequências prejudiciais geradas na vítima (dor, sofrimento, angústia) lançaria o instituto em um “limbo inacessível de sensações pessoais, íntimas e eventuais”¹²². O autor acrescenta também que a definição de dano moral pela via negativa – como todo prejuízo que não é patrimonial ou que é economicamente imensurável – ampliaria demasiadamente o conceito, cuja imensidão técnica tornaria essa espécie de dano destinatária de todos os anseios¹²³.

Em defesa do conceito de dano moral como lesão a interesse extrapatrimonial, Anderson Schreiber afirma: “[...] A toda evidência, a dor não representa elemento ontológico do dano moral, mas puro reflexo consequencialístico, que pode se manifestar

¹¹⁹ SCHREIBER, 2015, p. 162.

¹²⁰ SCHREIBER, 2015, p. 162-164.

¹²¹ SCHREIBER, 2015, p. 108-109.

¹²² SCHREIBER, 2015, p. 109.

¹²³ SCHREIBER, 2015, p. 109.

ou não, sem que isto elimine o fato da lesão a um interesse extrapatrimonial”¹²⁴. Para o autor, portanto, “o masoquista, o insensível e o que padece de hipoalgesia também fazem jus à reparação do dano moral”¹²⁵.

Fica claro, portanto, que Anderson Schreiber adota uma posição segundo a qual a existência do dano sempre decorre da antijuridicidade da conduta do agente. Para o referido autor, a tradicional divisão entre dano e antijuridicidade equivale a uma “fragmentação artificial e histórica” entre os interesses lesado e lesivo ¹²⁶. Em consequência, Anderson Schreiber defende que: “A identificação do dano com a lesão não abstrata, mas concreta, a um interesse tutelado resulta, sob o ponto de vista dogmático, em uma reunificação, ao menos parcial, entre dano e antijuridicidade. [...]”¹²⁷.

Em que pese a posição do mencionado autor, não se concorda com a reunificação – ainda que parcial – entre dano e antijuridicidade, muito embora se reconheça que o dano entendido apenas como lesão a interesse juridicamente tutelado possa, em algumas circunstâncias, induzir aparente confusão com a antijuridicidade¹²⁸.

Isso porque se a noção de “interesse” se liga, estritamente, com uma ideia de “situação jurídica tutelada”, distanciando-se do exame concreto da inidoneidade (ou menor idoneidade) de um bem transformado pela conduta lesiva satisfazer uma necessidade humana (material ou espiritual) da vítima, fica conceitualmente difícil diferenciar os pressupostos do dano e da antijuridicidade na responsabilidade civil.

Contudo, é preciso dizer que nem toda lesão a interesse tutelado (situação jurídica) é capaz de comprometer a idoneidade do bem jurídico atingido em satisfazer a necessidade da vítima, e, portanto, de gerar dano em sua acepção normativa. Em outras palavras, é justamente esse exame do comprometimento da capacidade do bem jurídico satisfazer uma necessidade da vítima em concreto, que permite identificar o “dano”. E este, por sua vez, poderá ser dano ressarcível ou não, a depender da presença dos demais

¹²⁴ SCHREIBER, 2015, p. 133.

¹²⁵ SCHREIBER, 2015, p. 133.

¹²⁶ SCHREIBER, 2015, p. 189-190.

¹²⁷ SCHREIBER, 2015, p. 190, nota de rodapé 2.

¹²⁸ PUPP, Karin Anneliese. *O conceito de dano ressarcível como elemento essencial da responsabilidade civil: uma abordagem à luz do credit scoring como caso paradigma para melhorias ao acesso à justiça*. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2018. p. 84.

requisitos do dever de indenizar, dentre os quais se pode citar a própria antijuridicidade da conduta do agente.

Pensar o contrário, resultaria em que a mera conduta antijurídica, por si só, permitiria o sucesso da tutela ressarcitória independente do exame (por prova ou presunção) do comprometimento do bem jurídico subjacente em atender a necessidade da vítima.

Ademais, a existência, no ordenamento jurídico brasileiro, de condutas lícitas capazes de gerar danos ressarcíveis – tais como, a desapropriação (art. 5º, XXIV, da Constituição Federal), o estado de necessidade (art. 929 do Código Civil) e a passagem forçada (art. 1.285 do Código Civil) – também dificulta a inteira concordância com a identidade, ainda que parcial, entre dano e antijuridicidade proposta por Anderson Schreiber.

Como ensina Rafael Peteffi da Silva, a maior parte da doutrina considera a antijuridicidade como um requisito autônomo do dever de indenizar, tanto na responsabilidade civil objetiva quanto subjetiva, com exceção apenas daquelas poucas hipóteses em que o ordenamento jurídico, expressa e excepcionalmente, prevê atos lícitos indenizáveis¹²⁹. Nesse sentido, não se mostra recomendável englobar o estudo da antijuridicidade às teorias do dano, por se tratarem, precisamente, de pressupostos distintos da responsabilidade civil.

Reforça esse entendimento, o *locus* operacional da antijuridicidade. Sobre esse tema, Rafael Peteffi da Silva argumenta que, com exceção dos debates desenvolvidos sobre o *danno ingiusto* na Itália, as doutrinas nacional e estrangeira tendem a posicionar a antijuridicidade na conduta ou fato lesivo, e não no resultado (dano)¹³⁰. Caso contrário, o dano provocado teria de ser considerado independentemente da conduta do agente. Para ilustrar, uma lesão contra a vida de outrem deveria ser sempre considerada antijurídica.

¹²⁹ PETEFFI DA SILVA, 2019, p. 206-207.

¹³⁰ PETEFFI DA SILVA, 2019, p. 188-189. No Código Civil italiano, o conceito de “dano injusto” é tratado tanto como exigência do ato ilícito quanto como objeto da obrigação indenizatória dele derivada. A doutrina italiana, entretanto, costuma identificar e distinguir duas noções de dano, quais sejam: *dano-evento*, que corresponde ao evento lesivo e constitui um requisito do ato ilícito como tal; e o *dano-consequência*, que consubstancia a perda patrimonial ou não patrimonial sofrida pela vítima, ou por sujeitos próximos a ela (exemplo, familiares). A esse respeito, vide: SIRENA, Pietro. O conceito de dano na disciplina italiana e francesa da responsabilidade civil. Tradução de Fábio Siebeneichler de Andrade e Lucas Girardello Faccio. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 47, n. 149, p. 391-416, dez. 2020. Disponível em: <<https://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/1170>>. Acesso em: 03/02/2023 p. 395.

No caso concreto, porém, a análise da conduta do causador do dano pelo julgador se mostra necessária, justamente, para determinar a presença de alguma das pré-excludentes de antijuridicidade (por exemplo, a legítima defesa). Assim, Rafael Peteffi da Silva afirma¹³¹:

[...] Nesse caso, o ato que resulta na morte de alguém, ou seja, produz o dano gravíssimo, não seria considerado antijurídico, pois justificado pela legítima defesa. A análise circunscrita ao dano, portanto, fixa-se sempre em uma abordagem *prima facie* do interesse juridicamente tutelado da vítima, dependendo da análise do fato gerador para determinar a existência de antijuridicidade em determinado caso concreto.

Logo, é possível perceber que o dano e a antijuridicidade não pertencem ao mesmo campo de análise, reforçando o entendimento de que representam pressupostos distintos da responsabilidade civil. A abordagem do dano se volta para o interesse lesado da vítima, enquanto comprometimento da aptidão de um bem jurídico satisfazer a necessidade daquela. Já a antijuridicidade, por sua vez, focaliza seu exame na conduta do agente violador do referido interesse, com intuito de verificar se o ato lesivo contraria ou não o ordenamento jurídico.

Além disso, percebe-se que a parcela da doutrina brasileira que adota a noção de dano como lesão a interesse, normalmente, associa a concepção de dano como consequência prejudicial – cuja extensão do dever de indenizar é, nos danos patrimoniais, determinada pela construção de uma hipótese diferencial (Teoria da Diferença) – a uma ideia vulgar ou naturalista de dano. Circunstância essa que, para seus defensores, evidenciaria as limitações teóricas desse conceito de dano, especialmente, no que concerne à reparabilidade dos danos de natureza extrapatrimonial, e, inclusive, patrimonial em alguns casos de lucros cessantes¹³².

Entretanto, o que se percebe é que o fato de se considerar o dano moral como “dor”, “sofrimento”, “angústia”, não era, ao menos para a melhor doutrina¹³³, um impedimento teórico para a reparabilidade desses danos no direito civil brasileiro.

¹³¹ PETEFFI DA SILVA, 2019, p. 191.

¹³² SCHREIBER, 2015, p. 104-105.

¹³³ A esse respeito do dano moral enquanto dor ou sofrimento, vide: AGUIAR DIAS, 1995, p. 740-741; SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 330-335; CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 20.

Como visto anteriormente, José de Aguiar Dias aponta a adoção de um critério diferencial para determinar a extensão do dever de indenizar apenas nos casos de danos patrimoniais¹³⁴. De maneira diversa, os danos morais (mesmo entendidos como consequência da lesão) tinham sua existência presumida como uma decorrência do próprio fato lesivo¹³⁵ e seu *quantum* indenizatório fruto de um arbitramento pelo magistrado¹³⁶.

Aliás, o referido autor afirma, expressamente, que a simples impossibilidade de se estabelecer um equivalente exato entre o dano moral e o valor de sua indenização não é justificativa suficiente para recusar a reparabilidade desses danos. Até porque nunca existe perfeita correspondência entre o dano e o ressarcimento, nem mesmo nos danos patrimoniais. Seja qual for a natureza do dano, o jurista se dá por satisfeito sempre com uma aproximação, tanto quanto possível, daquele estado ideal que seria a situação da vítima se a lesão não existisse¹³⁷.

Nessa toada, a inviabilidade de se mensurar matematicamente o dano moral nunca pode ser tomada em favor do ofensor para rejeitar a pretensão indenizatória da vítima, entendimento esse que justifica o arbitramento de sua indenização pelo magistrado. Não por outra razão, José de Aguiar Dias conclui enfaticamente que: “[...] em matéria de dano moral, o arbitrário é até da essência das coisas”¹³⁸.

Sobre esse tema, colhe-se também o ensinamento de Pontes de Miranda¹³⁹:

Muito se tentou afastar o princípio da reparação do dano moral com o argumento de que, não se podendo encontrar a compensação entre o dano moral e a soma pecuniária, se haveria de deixar ao juiz, arbítrio na determinação do quanto. Porém, não seria mais arbitrário recursar-se qualquer reparação? [...]

Fica claro, pois, que as melhores vozes da doutrina brasileira defendiam, mesmo durante a vigência do Código Civil de 1916, a possibilidade de reparação dos danos morais, e o faziam sem recorrer, necessariamente, a uma concepção de lesão a interesse (enquanto situação jurídica, e afeto ao exame da antijuridicidade) .

¹³⁴ AGUIAR DIAS, 1995, p. 718.

¹³⁵ AGUIAR DIAS, 1995, p. 738.

¹³⁶ AGUIAR DIAS, 1995, p. 754.

¹³⁷ AGUIAR DIAS, 1995, p. 738-739.

¹³⁸ AGUIAR DIAS, 1995, p. 739.

¹³⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1967. Tomo LIV. p. 81.

Na realidade, foi a jurisprudência nacional que, historicamente, se manteve tímida em admitir o alargamento das hipóteses de reparabilidade dos danos morais durante a vigência do Código Civil de 1916, e mesmo após os primeiros anos da Constituição Federal de 1988. Nesse contexto, Judith Martins-Costa destaca que eram poucos os acórdãos que buscavam no princípio da dignidade da pessoa humana, por exemplo, fonte para criação de novos casos de reparação em face de lesões ao livre desenvolvimento da personalidade e à dignidade humana¹⁴⁰.

Voltando à análise das críticas mais comuns tecidas pela doutrina brasileira em oposição ao dano como consequência prejudicial, vale dizer que as alegadas dificuldades em indenizar os lucros cessantes – especialmente, naqueles casos em que a vítima não é capaz de apresentar um parâmetro anterior de rendimentos afetados pelo evento lesivo, cuja perda poderia ser, equivocadamente, enquadrada como um dano hipotético (não ressarcível)¹⁴¹ – parecem decorrer antes de uma má aplicação da Teoria da Diferença, do que de uma deficiência da teoria em si. Isso porque não se trata de mera aferição matemática da situação do patrimônio da vítima *antes e depois* do evento lesivo, identificando o dano como um simples decréscimo patrimonial¹⁴².

A Teoria da Diferença não trabalha com uma noção naturalística de dano, mas, ao contrário, jurídica, pois a comparação não se dá entre dois momentos que realmente aconteceram no plano dos fatos. Sua proposta direciona o intérprete para a construção de uma “hipótese diferencial”, a partir do confronto de uma situação fática e outra contrafactual. Em outras palavras, a análise se dá entre a situação da vítima *tal como é* (fática) e *tal como deveria ser* (normativa) caso o evento danoso não tivesse ocorrido. E mais, o dano não se verifica – nesse sentido jurídico – apenas com a constatação de uma simples divergência entre o estado atual da vítima e o outro hipotético, mas sim de uma divergência não desejada pela norma legal ou pela convenção das partes¹⁴³.

Além disso, mostra-se necessário esclarecer que a Teoria da Diferença também trabalha com uma ideia de “interesse”, embora numa acepção distinta daquela carnelluttiana vista anteriormente. Ao formular a Teoria da Diferença, no contexto do direito alemão do século XIX, Friedrich Mommsen reconstrói o sentido da expressão

¹⁴⁰ MARTINS-COSTA, 2001, p. 190-191.

¹⁴¹ SCHREIBER, 2015, p. 105.

¹⁴² SCHREIBER, 2015, p. 104-105.

¹⁴³ MOTA PINTO, 2008, p. 541-542.

latina *id quod interest* extraída do direito romano, atribuindo à palavra “interesse” a ideia de *inter-est*, a qual poderia ser traduzida como “o que está entre”. É justamente por isso que, nessa acepção, “interesse” passa a ser identificado ao próprio “dano”, isto é, na diferença apurada entre a situação fática e a hipotética¹⁴⁴.

Nas palavras de Friedrich Mommsen, citado por Paulo Mota Pinto: “Por interesse entendemos no seu sentido técnico a diferença entre o valor do patrimônio de uma pessoa, tal como está num certo momento, e o valor que esse mesmo patrimônio teria nesse mesmo momento sem a verificação de um evento lesivo”¹⁴⁵.

Destaca-se, por outro lado, que essa concepção de interesse apresentada por Friedrich Mommsen é bastante controvertida, especialmente, no que concerne à etimologia da palavra. A esse respeito, Paulo Mota Pinto apresenta a crítica do jurista alemão H. Honsell, para o qual Friedrich Mommsen teria cometido um erro etimológico ao aproximar *inter-est* de uma ideia de “diferença”, quando o correto seria “relação” ou “participação” decorrente da expressão *quod in re est*¹⁴⁶.

Aliás, é nessa acepção de “relação” que Francesco Carnelutti utiliza a palavra “interesse”. Aqui *in-re-est* pode ser traduzido como “aquilo que está na coisa”, e, nesse sentido, desvenda-se uma situação relacional estabelecida entre o sujeito e o bem jurídico. Em outras palavras, o objeto de proteção jurídica não é o bem em si mesmo, mas sim a situação particular do sujeito para com esse bem. O “interesse” é o objeto de proteção, enquanto que o “dano” a sua violação¹⁴⁷.

Continuando a análise da noção de “interesse” na obra de Friedrich Mommsen, Guilherme Henrique Lima Reinig aponta para o “desvencilhamento entre a reparação do dano e a tradicional limitação ao valor do objeto da obrigação inadimplida ou da coisa danificada”¹⁴⁸. Essa separação ocorre porque o interesse aferido concretamente com base na fórmula da diferença é subjetivo, ou seja, leva em

¹⁴⁴ CARLOS STEINER, 2016, p. 23.

¹⁴⁵ MOTA PINTO, 2008, p. 536, nota de rodapé 1553.

¹⁴⁶ MOTA PINTO, 2008, p. 536, nota de rodapé 1554.

¹⁴⁷ CARLOS STEINER, 2016, p. 33-34.

¹⁴⁸ REINIG, Guilherme Henrique Lima. *O problema da causalidade na responsabilidade civil – a teoria do escopo da de proteção da norma (Schutzzwecktheorie) e a sua aplicabilidade no direito civil brasileiro*. 293 p. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 65.

consideração o patrimônio da vítima, e não simplesmente um critério objetivo baseado no valor da coisa considerada em si mesma¹⁴⁹.

Essa limitação da indenização ao valor da coisa remete ao direito romano clássico. Naquele período vigia a regra *omnis condemnatio pecuniaria*¹⁵⁰, isto é, toda condenação oriunda do inadimplemento de obrigação consistia no pagamento de um valor em pecúnia. O montante da condenação era arbitrado pelo juiz com certa margem de discricionariedade, e nem sempre guardava equivalência com o dano sofrido. O conteúdo da prestação dependia do tipo de *actio* e servia mais para retribuição do injusto ao ofensor do que para compensação econômica da vítima. De todo modo, o valor da indenização, em regra, encontrava sua baliza no valor do objeto devido, dada a maior facilidade para determiná-lo em comparação com o interesse (entendido no seu sentido subjetivo)¹⁵¹.

Entretanto, mesmo nessa época mais antiga do direito das obrigações em que o “valor comum” da coisa servia de critério para avaliar e converter o dano em pecúnia, Hans Albrecht Fischer lembra que o direito romano não deixava de razoavelmente tutelar o interesse pessoal do ofendido, mas que isso se dava através de seu direito penal pela aplicação de uma taxa fixa (dobro, triplo ou mais) sobre o valor do objeto, obrigando o ofensor ao pagamento do valor da coisa acrescido dessa penalidade. O próprio direito civil também não desconhecia aquele interesse, pois poderia garanti-lo por meio de adequadas convenções pactuadas entre as partes nas relações contratuais¹⁵².

Para ilustrar a distinção entre o “valor da coisa” e o “interesse do ofendido”, Guilherme Henrique Lima Reinig apresenta o exemplo do comodato de um tonel defeituoso, no qual o fundamento da responsabilidade consiste no perecimento do vinho pelo dolo do comodante. Nessa situação, não existe dúvida quanto à existência do dever de indenizar um valor equivalente ao do vinho estragado. Contudo, resta saber se esse “equivalente” corresponde ao valor objetivo da coisa ou ao interesse do comodatário na aceção subjetiva dada pela Teoria da Diferença¹⁵³.

¹⁴⁹ REINIG, 2015, p. 68.

¹⁵⁰ ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition*. Cidade do Cabo: Juta, 1990. p. 825-826.

¹⁵¹ REINIG, 2015, p. 42-44.

¹⁵² FISCHER, 1938, p. 39.

¹⁵³ REINIG, 2015, p. 68.

Se limitado ao valor objetivo da coisa, o montante da indenização deve corresponder ao valor de mercado do vinho, ou seja, não se repara o interesse propriamente dito. De outra forma, inexistindo aquela limitação, a indenização devida ao comodatário deve corresponder ao interesse subjetivamente avaliado, buscando-se saber quanto o vinho estragado “vale” para vítima, através da comparação entre seu patrimônio atual (tal como é após o evento lesivo) e hipotético (tal como estaria sem o evento lesivo)¹⁵⁴.

Nas palavras de Friedrich Mommsen, citado por Guilherme Henrique Lima Reinig, “[...] o devedor, caso tenha que indenizar um equivalente ao objeto da prestação, está obrigado a realizar o interesse que o credor possui no cumprimento da obrigação”¹⁵⁵. E, ainda: “[...] então, de fato não há qualquer fundamento para, no caso de culpa do devedor, compensar o credor com um equivalente menor, do que com o interesse; uma consideração protetiva do devedor seria aqui uma injustiça contra o credor”¹⁵⁶.

Do que foi visto até este momento, percebe-se que a Teoria da Diferença não somente trabalha com um conceito normativo de dano, como também essa noção não limita o conteúdo do dever de indenizar ao valor objetivo da obrigação originária ou da coisa danificada, mas, ao contrário, corresponde ao interesse subjetivo da vítima determinado pela construção da hipótese diferencial à luz das circunstâncias do caso concreto.

Para finalizar, Renata Carlos Steiner esclarece que, apesar de o Código Civil brasileiro não impor um raciocínio comparativo para mensuração do valor da indenização, a Teoria da Diferença e seu método comparativo não são totalmente desconhecidos do direito nacional, haja vista que podem ser depreendidos da função compensatória da responsabilidade civil, ou seja, de colocar a vítima na situação em que estaria na ausência do dano. Inclusive, a autora aponta duas aplicações da Teoria da Diferença na responsabilidade civil brasileira. A primeira relacionada à definição e quantificação das perdas e danos (dano material), com frequente uso de um critério diferencial para determinar o dano emergente. E a segunda, de forma mais ampla e subliminar, na lógica de retorno das partes ao *status quo ante*, a qual carrega,

¹⁵⁴ REINIG, 2015, p. 68.

¹⁵⁵ REINIG, 2015, p. 69.

¹⁵⁶ REINIG, 2015, p. 69.

implicitamente, uma ideia de comparação entre as situações real e hipotética nos moldes da fórmula da diferença¹⁵⁷.

Em sendo assim, não se concorda que a alegada resistência dos Tribunais brasileiros em reparar alguns casos de lucros cessantes decorra de uma deficiência da Teoria da Diferença, porquanto a construção da hipótese diferencial leva em conta a situação (subjetiva e concreta) do credor caso o dano não tivesse ocorrido, o que permite considerar os ganhos frustrados ainda que sem parâmetro anterior de rendimento.

Seja como for, o estudo das correntes doutrinárias que trabalham o conceito normativo de dano permite considerar como juridicamente aceitáveis tanto a aceção de dano como “lesão a interesse” quanto a de “consequência prejudicial”, desde que se tenha em mente sempre o cuidado com seu conteúdo conceitual, isso para, no primeiro caso, se afastar de uma ideia de antijuridicidade, e, no segundo, de uma visão vulgar ou naturalista de dano.

Vale aqui reforçar aquela posição pragmática de Alberto Bueres, segundo a qual o mais importante na responsabilidade civil é reparar a vítima, independentemente, de o conceito normativo de dano apontar para o interesse lesionado ou para a consequência proveniente da lesão¹⁵⁸. Inclusive, essa é uma posição que se pode dizer alinhada com o princípio da solidariedade que permeia a responsabilidade civil contemporânea, muito atenta às possibilidades de reparação da vítima na sociedade de risco.

Neste trabalho, opta-se por utilizar o conceito normativo de dano como lesão a interesse juridicamente tutelado, porém, entendendo “interesse” como a idoneidade de bens jurídicos satisfazerem concretamente necessidades humanas específicas da vítima. Isso para se afastar dos inconvenientes conceituais que a ideia de consequência prejudicial

¹⁵⁷ Vale esclarecer que Renata Carlos Steiner coloca em dúvida o acerto da afirmação de retorno das partes ao *status quo ante*. Segundo a autora, essa afirmação é verdadeira apenas para o “interesse negativo” (situação hipotética patrimonial da vítima caso não tivesse sequer cogitado celebrar o contrato), mas não para o “interesse positivo” (situação hipotética patrimonial da vítima caso o contrato tivesse sido integralmente cumprido), o qual se volta para o *status ad quem* da vítima. O mais correto, pois, seria se referir à recomposição da situação hipotética do lesado caso o evento lesivo não tivesse ocorrido, que, a depender do caso, pode corresponder à tutela do interesse negativo ou positivo. CARLOS STEINER, 2016, p. 23-24, 32, 45-46.

¹⁵⁸ BUERES, 2001, p. 307.

poderia gerar com paralelos teóricos equivocados com a noção vulgar ou naturalista de dano.

Vale esclarecer, por outro lado, que parte importante da doutrina filiada à posição de Francesco Carnelutti vai trabalhar a noção de “interesse” como “situação jurídica”, cuja lesão consubstancia a antijuridicidade da conduta do agente, e não propriamente o prejuízo resultante dessa lesão¹⁵⁹. Ainda assim, entende-se ser possível adotar a noção de “lesão a interesse” como conceito normativo de dano (com conteúdo eficaz próprio), porque, ao se pautar por um critério subjetivo e relacional, a avaliação concreta da idoneidade de um bem satisfazer necessidades humanas parece se compatibilizar com aquela ideia de construção de uma hipótese diferencial (própria da Teoria da Diferença), na qual ocorre a comparação entre a posição real da vítima tal como se encontra depois do evento lesivo e a posição hipotética em que estaria na ausência desse mesmo evento, podendo, nessa perspectiva, oferecer os mesmos resultados operacionais ligados ao nascimento do dever de indenizar (tutela ressarcitória)¹⁶⁰. Por oportuno, cita-se Rafael Peteffi da Silva¹⁶¹:

Portanto, pode-se admitir que a noção de dano em sentido estrito *como lesão a interesse*, desde que compreendido na visão subjetivo-concreta circunscrita à teoria do dano, podendo ser considerado um conceito normativo de dano com conteúdo eficaz próprio, ao lado da noção de *dano como interesse*, entendido dentro da tradição dogmática da construção de uma hipótese diferencial. [...]

A avaliação do interesse lesionado, nesse sentido, deve se fazer de forma relacional, concreta e subjetiva, isto é, levando em consideração a situação da vítima para com o bem diante das circunstâncias reais do caso concreto, que precisarão ser analisadas pelo magistrado caso a caso.

Portanto, o conceito normativo de dano aqui empregado se refere a uma lesão a interesse que decorre do comprometimento da capacidade de um bem jurídico, patrimonial ou não, transformado pela ação ou omissão do agente satisfazer uma necessidade da vítima em concreto.

¹⁵⁹ PETEFFI DA SILVA, no prelo, p. 49-50.

¹⁶⁰ PETEFFI DA SILVA, no prelo, p. 52-53.

¹⁶¹ PETEFFI DA SILVA, no prelo, p. 53, grifo do autor.

2.3 Os modos de reparação do dano

Até este momento, viu-se que a erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil lançou novas luzes sobre o requisito do dano. Se antes a culpa e o nexo causal atuavam como importantes filtros das pretensões ressarcitórias, atualmente, a relativa flexibilização desses requisitos – em certos casos de responsabilidade civil – reposiciona a discussão sobre os elementos ensejadores do dever de indenizar, colocando o dano no centro dessa investigação.

Além disso, também se definiu “dano”, em sua acepção científica (jurídica), como “lesão a interesse”, esclarecendo que tal expressão é aqui compreendida como a inidoneidade (ou menor idoneidade) de um bem jurídico satisfazer concretamente uma necessidade humana específica da vítima.

Uma vez sedimentada a imprescindibilidade do dano para responsabilidade civil e apresentado seu conceito normativo, passa-se agora a abordar, com mais detalhes, os métodos de sua reparação, a fim de identificar, na sequência, as funções assumidas pela indenização pecuniária no âmbito dos danos extrapatrimoniais. Discussão essa que também importa aos danos morais coletivos, na medida em que existem correntes doutrinárias que pretendem atribuir ao valor da condenação em dinheiro um caráter exclusivo ou eminentemente punitivo, isto é, de pena privada.

Sobre a reparação dos danos, Hans Albrecht Fischer destaca a impossibilidade de se eliminar do mundo da realidade aqueles eventos já ocorridos no passado. A partir da adoção de medidas apropriadas, o máximo que se pode alcançar é a cessação dos efeitos presentes e futuros resultantes de eventos pretéritos, sem nunca, porém, converte-los em acontecimentos não produzidos. Em razão disso, o autor ensina que toda reparação de dano determinada pelo ordenamento jurídico se refere apenas a uma tentativa de remoção das consequências presentes e futuras do fato danoso ocorrido no passado¹⁶².

A obrigação de reparar consiste, precisamente, em promover um novo estado de coisas que se aproxime, tanto quanto possível, de uma situação frustrada, ou seja, de uma situação que seria a existente se o dano não tivesse ocorrido. Como o dano

¹⁶² FISCHER, 1938, p. 139.

interrompeu a sucessão natural dos fatos, aquela situação frustrada não existe na realidade presente. Ela é somente imaginária (irreal), fruto de um raciocínio fundado na experiência humana e nas leis da probabilidade. Logo, o problema da reparação, segundo Hans Albrecht Fischer, se resolve com a adaptação da realidade presente àquela situação imaginária frustrada¹⁶³.

Não por outro motivo, José de Aguiar Dias aponta para o “caráter de sucedâneo” contido em toda reparação de dano¹⁶⁴, justamente, em razão dessa inevitável aproximação que se busca (ainda que de forma nunca perfeita¹⁶⁵) entre a realidade presente já maculada pelo evento danoso e aquela construção hipotética de uma situação que existiria se o dano não tivesse ocorrido.

Existem dois modos de reparar danos, quais sejam: (i) reparação natural (específica ou *in natura*); e (ii) reparação pecuniária (indenização em dinheiro)¹⁶⁶. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino ensina que, em termos de justiça corretiva, o ideal de ressarcimento se encontra na reparação natural, haja vista que nela o patrimônio da vítima é reintegrado exatamente com o mesmo bem ou com outro equivalente (mesma espécie e estado) àquele que lhe fora subtraído, destruído ou danificado. Nesse sentido, o autor afirma que, quando viável, a reparação natural é a que melhor coloca a vítima naquele estado em que ela estaria se o dano não tivesse se realizado, embora seja sempre muito difícil afastar por completo os efeitos danosos da conduta lesiva¹⁶⁷.

No direito brasileiro, é possível sustentar uma preferência do legislador pela reparação natural, ao menos na execução específica de uma obrigação. Essa constatação pode ser extraída do teor do artigo 947 do Código Civil, que estabelece o caráter subsidiário da indenização em dinheiro aplicável nos casos em que o devedor não puder cumprir a prestação na espécie pactuada¹⁶⁸.

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino propõe que o referido artigo 947 seja interpretado em conjunto com o artigo 389 também do Código Civil (que versa sobre o

¹⁶³ FISCHER, 1938, p. 139.

¹⁶⁴ AGUIAR DIAS, 1995, p. 724.

¹⁶⁵ TUNC, 1989, p. 143; MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Vol. V. Tomo II. p. 94.

¹⁶⁶ MARTINS-COSTA, 2003, p. 93-97.

¹⁶⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 34-35; 39.

¹⁶⁸ SANSEVERINO, 2010, p. 37; MARTINS-COSTA, 2003, p. 95.

inadimplemento das obrigações), porquanto aquele dispositivo legal se mostra mais compatível com a responsabilidade civil contratual, isto é, com pretensões que visam a execução específica de obrigações (de dar, fazer e não fazer) nascidas de negócios jurídicos. O autor, porém, não deixa de reconhecer a aplicabilidade do artigo 947 também a casos de responsabilidade civil extracontratual, a despeito das dificuldades que essa forma de reparação pode ensejar na prática. Cita, como exemplo, a substituição de um automóvel destruído em acidente por outro veículo com as mesmas características¹⁶⁹.

Em que pese a utilização relativamente frequente da reparação *in natura* no contexto da responsabilidade negocial¹⁷⁰, a verdade é que a indenização pelo equivalente em dinheiro se mostrou de mais fácil aplicabilidade concreta. Não por acaso, a prática revela, quantitativa e qualitativamente, o papel central assumido pela indenização dentre as modalidades de reparação¹⁷¹.

Sem perder de vista o ideal de ressarcimento que a reparação *in natura* representa para vítima, é certo, por outro lado, que essa modalidade reparatória pode apresentar obstáculos de difícil superação à luz das circunstâncias do caso concreto. João de Matos Antunes Varela ensina que existem três situações muito comuns na vida real, nas quais a reconstituição natural não oferece resposta satisfatória ao problema da reparação do dano. São elas¹⁷²:

(i) *Primeira*, quando não é sequer possível a reconstituição natural, por existir uma impossibilidade material (morte da pessoa ou perecimento da coisa) ou jurídica (alienação de mesmo imóvel a pessoas consecutivas, tendo a última registrado a transferência em seu favor).

(ii) *Segunda*, quando a reconstituição natural se mostra insuficiente por não cobrir todos os danos (conserto de um carro, que não engloba os prejuízos pelo tempo em que ficou parado) ou por não abranger todos os aspectos de um dano (atendimento médico de um paciente ferido, que não compensa as dores físicas sofridas por este).

¹⁶⁹ SANSEVERINO, 2010, p. 37-38; 40.

¹⁷⁰ SANSEVERINO, 2010, p. 40.

¹⁷¹ MARTINS-COSTA, 2001, p. 200-201.

¹⁷² VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. rev. atual. Coimbra: Almedina, 2000. Vol. I. p. 906-905.

Nesses casos de impossibilidade material ou de insuficiência da reparação natural, parte da doutrina costuma visualizar também os danos que, por sua natureza, não permitem reconstituição *in natura*, tal como acontece com os danos extrapatrimoniais – apenas em hipóteses muito restritas seria possível falar em reparação natural destes, por exemplo, pela retratação pública de notícia falsa ou infundada¹⁷³.

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino pondera, entretanto, que essas medidas indicadas pela doutrina não são propriamente casos de reparação natural dos danos morais. Segundo o autor, essas iniciativas serviriam apenas para tentar minimizar os prejuízos extrapatrimoniais sofridos pela vítima, não sendo efetivamente capazes de recompor os bens jurídicos desprovidos de conteúdo econômico, a exemplo dos direitos da personalidade¹⁷⁴.

Nos danos morais, portanto, a inviabilidade ou a insuficiência da reparação *in natura*, frequentemente, encaminha a solução para a reparação pecuniária, cuja quantificação, por sua vez, pode se dar por tarifamento legal ou por arbitramento judicial, a depender do modelo adotado pelo ordenamento jurídico¹⁷⁵. Atualmente, o método utilizado para quantificação da indenização por danos morais no direito brasileiro é o arbitramento equitativo pelo magistrado pautado pelo princípio da razoabilidade¹⁷⁶.

(iii) *Terceira*, quando a reconstituição natural se apresenta como meio impróprio ou inadequado, por ser excessivamente onerosa para o devedor, manifestando uma desproporção entre o interesse lesado e o custo que a reparação natural representa para o responsável.

Inclusive, vale a pena pontuar que a faculdade do credor em escolher a forma de reparação (natural ou pecuniária) que melhor lhe aprouver não tem natureza absoluta. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino adverte que, no direito brasileiro, os princípios contidos no Código Civil – como os da boa-fé objetiva, da vedação ao enriquecimento

¹⁷³ SANSEVERINO, 2010, p. 276-277; VARELA, 2000, p. 906; CAHALI, 2011, p. 635-636; SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 6. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 122-123.

¹⁷⁴ SANSEVERINO, 2010, p. 277.

¹⁷⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 21. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 568-569; SANTOS, 2016, p. 133.

¹⁷⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 8. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 41; REIS, Clayton. *Dano moral*. 6. ed. atual. ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 195-196.

sem causa e da reparação integral – limitam o exercício dessa escolha pelo credor, podendo o juiz determinar, desde logo, a substituição da reparação *in natura* pela indenização pecuniária, quando aquela se mostrar excessivamente gravosa ao devedor¹⁷⁷.

Nas três situações acima, e em eventuais outras nas quais se mostrem presentes as limitações da reparação natural, a solução da lide se encaminhará para o pagamento de uma quantia em dinheiro equivalente ao dano sofrido pela vítima, que pode constituir na entrega de uma parcela única, ou no pagamento de uma renda ao longo do tempo¹⁷⁸.

Seja como for, é certo que ambas as modalidades de reparação visam àquela finalidade de aproximação, tanto quanto possível, da situação da vítima ao que seria se não houvesse o dano. Como exposto, trata-se de uma construção hipotética que parte da experiência comum e das leis da probabilidade para determinar qual seria a posição da vítima na hipótese de inexistência do dano, e, assim, criar uma nova realidade que tente corresponder o máximo possível a essa posição perdida pelo fato danoso. Essa correspondência não é perfeita, mas meramente aproximativa.

Isso porque a reparação da vítima nunca será tão bem realizada a ponto de afastar por completo todas as consequências negativas advindas da conduta lesiva. Ainda que se imagine a devolução da coisa subtraída em perfeitas condições (reparação *in natura*), com pagamento dos lucros cessantes pelo período de sua privação¹⁷⁹, o aborrecimento e todos os demais transtornos não indenizáveis da vítima lá permanecerão, de modo que se ela pudesse escolher entre a inexistência do dano e a mais completa reparação, certamente, escolheria a primeira opção.

2.3.1 O princípio da reparação integral

Não sendo o ser humano, porém, capaz de mudar o passado, a reparação do dano deve ser a mais completa possível. E o princípio que norteia essa atividade de reparação, tanto na modalidade *in natura* quanto na pecuniária, é o chamado princípio da

¹⁷⁷ SANSEVERINO, 2010, p. 47.

¹⁷⁸ MARTINS-COSTA, 2003, p. 97.

¹⁷⁹ Artigo 952, *caput*, do Código Civil.

reparação integral (ou plena)¹⁸⁰. Embora aplicável a ambas as modalidades de reparação, esse princípio se manifesta em sua dimensão mais ampla na indenização em dinheiro, demonstrando nela toda a sua utilidade prática¹⁸¹.

No direito brasileiro, o princípio da reparação integral está consagrado no *caput* do artigo 944 do Código Civil, que prescreve: “A indenização mede-se pela extensão do dano”. Apesar de seu parágrafo único admitir uma hipótese de redução equitativa da indenização em casos de excessiva desproporção do dano em vista da gravidade da culpa do agente, o referido dispositivo, claramente, evidencia a prevalência do dano sobre a culpabilidade na fixação da indenização correspondente aos prejuízos advindos da conduta lesiva¹⁸². A exceção contida no parágrafo único tem como finalidade evitar que o ofensor seja privado do mínimo necessário para sua sobrevivência, em respeito aos princípios da dignidade humana e da solidariedade¹⁸³.

Outra hipótese prevista no ordenamento nacional em que se excepciona o princípio da reparação integral é aquela constante do parágrafo único do artigo 928 do Código Civil, o qual estabelece que a indenização devida pelo incapaz será arbitrada de forma equitativa, não podendo privar o incapaz ou os que dele dependam do necessário para sobreviver.

Além dessas duas exceções legais expressas previstas nos parágrafos únicos dos artigos 928 e 944, podem-se citar também, como outras hipóteses de atenuação da regra de equivalência entre o dano e a indenização, a cláusula de não indenizar pactuada entre as partes de um negócio jurídico e a cláusula penal nos casos em que as partes não preveem indenização suplementar e o dano é maior que o valor previsto nesta cláusula¹⁸⁴.

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino aponta para três funções fundamentais do princípio da reparação integral: (i) função compensatória; (ii) função indenitária; e (iii) função concretizadora¹⁸⁵. Essas funções se articulam para que a indenização do dano seja

¹⁸⁰ SANSEVERINO, 2010, p. 48; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2019. p. 26-27.

¹⁸¹ SANSEVERINO, 2010, p. 49.

¹⁸² SANSEVERINO, 2010, p. 50.

¹⁸³ CAVALIERI FILHO, 2019, p. 27.

¹⁸⁴ BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. Qual o conteúdo significativo do chamado princípio da reparação integral?. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v.9, n.32, p. 257-289, jul.-set. 2022. p. 261.

¹⁸⁵ SANSEVERINO, 2010, p. 57. Com mesma posição, vide: CAVALIERI FILHO, 2019, p. 27; BANDEIRA, 2022, p. 262-264.

a mais completa possível, sem, no entanto, ultrapassar sua extensão e representar um enriquecimento para vítima.

(i) *Função compensatória*: É a função mais característica do princípio da reparação integral. Busca estabelecer uma relação de equivalência, ainda que aproximada, entre o prejuízo experimentado pela vítima e o seu ressarcimento¹⁸⁶.

(ii) *Função indenitária*: Traduz a ideia de que a indenização deve encontrar seu limite máximo na extensão do dano sofrido pela vítima. Em outras palavras, o tamanho do prejuízo é o mínimo e, ao mesmo tempo, o máximo a ser ressarcido à vítima pelo agente¹⁸⁷.

Como piso indenizatório, o direito brasileiro admite algumas exceções à função indenitária¹⁸⁸. É o que se pode extrair, como visto, da possibilidade de redução equitativa da indenização nos casos de desproporção entre o dano e a culpa do agente (art. 944, parágrafo único, Código Civil) e de preservação da subsistência do incapaz ou das pessoas que dele dependam (art. 928, parágrafo único, Código Civil).

Já como teto indenizatório, a função indenitária exerce um papel quase absoluto na vedação ao pagamento de valores que ultrapassem o montante do prejuízo causado. No ordenamento pátrio, uma das raras exceções pode ser encontrada na pactuação de cláusula penal, cuja execução independe da alegação de prejuízo pelo credor (art. 416 Código Civil)¹⁸⁹.

(iii) *Função concretizadora*: Expressa a necessidade de que a indenização corresponda, tanto quanto possível, aos reais e efetivos prejuízos experimentados pela vítima, cujo exame compete ao juiz diante da apreciação cuidadosa das circunstâncias do caso concreto¹⁹⁰.

Em sede de ressarcimento de danos, portanto, o princípio da reparação integral – articulado a partir de suas três funções – se apresenta como um importante norteador da atividade de quantificação do montante indenizatório, apontando, do lado da

¹⁸⁶ SANSEVERINO, 2010, p. 58.

¹⁸⁷ SANSEVERINO, 2010, p. 59.

¹⁸⁸ SANSEVERINO, 2010, p. 62.

¹⁸⁹ SANSEVERINO, 2010, p. 62-63.

¹⁹⁰ SANSEVERINO, 2010, p. 76-77.

vítima, a meta de adequação da realidade presente com aquela que seria se o dano não existisse, e, do lado do ofensor, representando uma espécie de garantia de que o *quantum* da indenização não ultrapassará a extensão do dano causado.

2.3.2 A função satisfativa da reparação pecuniária por danos morais

Expostas essas considerações sobre as modalidades de reparação de danos em geral, passa-se agora a estudar, especificamente, as funções assumidas pela indenização pecuniária no âmbito dos danos morais. Isso porque parte da doutrina costuma reconhecer um caráter satisfativo (punitivo-pedagógico) agregado ao valor pago à vítima para ressarcimento de prejuízos de ordem extrapatrimonial, não ficando esse montante limitado, pois, a uma ideia de estrita compensação, tal como ocorre na reparação dos danos materiais.

Em razão de sua própria natureza, os danos morais não permitem a demonstração matemática de sua extensão. Isto é, não existe uma unidade de medida comum que permita estabelecer uma relação de equivalência de grandezas entre a lesão extrapatrimonial experimentada pela vítima e a correspondente indenização em dinheiro que lhe será paga¹⁹¹.

Nesse sentido, fica claro que a compensação almejada pelo pagamento da indenização por danos morais se revela meramente simbólica ou figurada, o que permite à doutrina reconhecer nesse *quantum* indenizatório a existência de uma função complementar de satisfação da vítima, em face do mal que esta sofreu pela conduta danosa do agente¹⁹². Logo, a indenização equitativa em dinheiro decorrente de lesões extrapatrimoniais assume uma dupla função para: de um lado, promover a adequada compensação do lesado pelo dano que sofreu, e, de outro, considerar que o causador desse malefício deve à vítima uma satisfação pelo que lhe fez¹⁹³.

¹⁹¹ KERN, Bernd-Rüdiger. A função de satisfação na indenização do dano pessoal: um elemento penal na satisfação do dano?. Tradução de Lélcio Candiota de Campos. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 17, p. 25-46, 1999. p. 26.

¹⁹² KERN, 1999, p. 26.

¹⁹³ KERN, 1999, p. 25.

Podem ser apontadas três finalidades para a referida função satisfativa: (i) apaziguar o senso de justiça do lesado; (ii) submeter o ofensor a um sacrifício patrimonial sensível; e (iii) atuar preventivamente no futuro desestimulando novas condutas¹⁹⁴.

Como regra, a apreciação equitativa das funções compensatória e satisfativa se dá de forma conjunta no arbitramento da indenização por danos morais, originando um único montante indenizatório, e não duas parcelas separadas e independentes. No entanto, cabe esclarecer que os fatores de análise em cada função diferem entre si. A função de compensação se volta, principalmente, para questões relacionadas à importância, medida e duração do dano. Enquanto a função de satisfação encontra no grau de culpa do ofensor seu mais expressivo vetor de análise, ao qual podem ser agregados outros fatores circunstanciais a depender do caso concreto¹⁹⁵.

Por dar especial atenção à conduta do agente ofensor, e não exclusivamente à extensão do dano, poder-se-ia argumentar que a função de satisfação na indenização por danos morais se aproxima de uma noção de pena privada.

A esse respeito, Hans Albrecht Fischer reconhece que os limites que separam a indenização e a pena são consideravelmente confusos no âmbito dos danos de natureza extrapatrimonial¹⁹⁶, apesar de existir uma clara oposição conceitual entre ambos os institutos.

Traçando um paralelo entre indenização e pena, Hans Albrecht Fischer ensina que a pena é imposta por culpa do agente, enquanto a indenização busca reparar o dano sofrido pela vítima. A indenização se mede pela extensão e alcance do prejuízo, e não pelo grau de culpa do ofensor. Logo, não há indenização sem dano. Ademais, a indenização visa à reparação de um mal causado, já a pena, por sua vez, pretende juntar ao mal experimentado pela vítima um outro mal a ser sofrido pelo infrator. Enfim, a pena sempre decorre da prática de um delito, diferente do que acontece com a indenização, que tem no ato ilícito apenas uma das situações geradoras do dever de indenizar, existindo outras¹⁹⁷.

¹⁹⁴ KERN, 1999, p. 26.

¹⁹⁵ KERN, 1999, p. 26-27.

¹⁹⁶ FISCHER, 1938, p. 231.

¹⁹⁷ FISCHER, 1938, p. 231.

Essas distinções entre indenização e pena, segundo o citado autor, são de mais fácil demonstração nos danos patrimoniais. E acrescenta quatro argumentos que reforçam essa constatação: (i) a indenização não é inseparável da pessoa do agente ofensor, porque, ao contrário da pena, não objetiva lhe impor nenhum mal. Isto é, desde que fique indenizado o dano, não importa quem seja a pessoa que o indenize; (ii) se tivesse caráter penal, a indenização seria inalienável e intransmissível aos herdeiros do lesado, o que não acontece. Tratando-se a indenização de um bem patrimonial, ela é livremente alienável e transmissível, e aproveita, inclusive, aos credores de seu titular; (iii) o inimputável não se sujeita à pena, mas pode responder pelo pagamento da indenização civil; e (iv) a falta de bens do ofensor pode justificar a conversão da multa em outra penalidade, porém a indenização subsiste, ainda que, na prática, sua cobrança reste prejudicada¹⁹⁸.

Nos danos extrapatrimoniais, por sua vez, as distinções entre indenização e pena permanecem com clareza apenas nas restritas hipóteses em que se admita reparação *in natura*. Não sendo esse o caso, a solução dada pelo ordenamento jurídico de reparação pecuniária do dano moral faz surgir, como dito, certos pontos de contato entre as noções de indenização e pena. E isso acontece, precisamente, porque a pena – ao aplacar o sentimento de justiça, proporcionando apaziguamento e transformação do sentimento e da vontade – pode também servir para satisfazer os interesses ou os fins particulares da vítima, embora esta não seja sua finalidade principal¹⁹⁹.

Seguindo nessa linha, Hans Albrecht Fischer explica que²⁰⁰:

Na sua função de satisfação, o pagamento duma soma pecuniária ocupa um lugar intermediário entre a indenização e a pena. Com a primeira compartilha o fim essencial de representar uma prestação imposta a favor e em consideração do lesado; com esta tem de comum o implicar um mal para o indenizante.

Então, de fato, há uma proximidade entre indenização e pena na reparação pecuniária dos danos morais. Essa dimensão punitiva da indenização reside na função de satisfação, a qual se agrega ao montante indenizatório para aplacar o senso de justiça ferido do lesado através da imposição de um sacrifício patrimonial ao lesante, servindo também de desestímulo a futuras condutas.

¹⁹⁸ FISCHER, 1938, p. 232-233.

¹⁹⁹ FISCHER, 1938, p. 234.

²⁰⁰ FISCHER, 1938, p. 235-236, nota de rodapé 15.

Indo além, o autor alemão Bernd-Rüdiger Kern defende que a função de satisfação se tornou verdadeiro sinônimo de pena privada, não existindo mais nenhuma importância prática em sustentar sua distinção. Para o referido autor, isso significa, inclusive, a superação do dogma da inseparabilidade das funções de compensação e de satisfação na quantificação da verba indenizatória por danos extrapatrimoniais. Seu arbitramento, continua o autor, deveria se dar separadamente, identificando cada uma das funções, e facilitando, em consequência, a discussão racional dos fatores de cálculo considerados na apreciação judicial²⁰¹.

No Brasil, é bastante difundido o entendimento de que a prestação pecuniária paga em resposta ao dano moral tem natureza de indenização, a qual, frequentemente, se atribui a dupla função compensatória e satisfativa (punitiva ou pedagógica)²⁰². Em razão disso, o arbitramento do *quantum* indenizatório se dá em parcela única resultante de uma análise equitativa das circunstâncias do caso concreto pelo magistrado, com vistas ao atendimento das funções de compensação e satisfação.

Com entendimento semelhante, cita-se Caio Mário da Silva Pereira²⁰³:

Como tenho sustentado em minhas *Instituições de Direito Civil* (vol. II, n.º 176), na reparação por dano moral estão conjugados dois motivos, ou duas concausas: I) punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II) pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é *pretium doloris*, porém o meio de lhe oferecer a oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material [...]. Na ausência de um padrão ou de uma contraprestação, que dê o correspondente da mágoa, o que prevalece é o critério de atribuir ao juiz o arbitramento da indenização.

Nesse contexto, tem-se que o princípio da reparação integral positivado no *caput* do artigo 944 do Código Civil é abrandado na perspectiva de sua função indenitória, justamente, para recepcionar esse caráter satisfativo que se funde ao montante indenizatório com o objetivo essencial de punir o ofensor e de desestimular novas condutas lesivas. Esse incremento punitivo no valor da indenização não deve, contudo,

²⁰¹ KERN, 1999, p. 40-43.

²⁰² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 338; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 36. ed. rev. atual. São Paulo: SaraivaJur, 2022. 7 v. p. 131-132; TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil*. 4. ed. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 317-318; STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 9. ed. rev. atual. reform. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. Tomo II. p. 993-994; SANTOS, 2016, p. 125-131; GONÇALVES, 2022, p. 566-568; REIS, 2019, p. 181-183, 224; CAVALIERI FILHO, 2019, p. 137-139.

²⁰³ PEREIRA, 1989, p. 338-339, grifo do autor.

gerar uma situação de enriquecimento injustificado para vítima, de modo que, como regra, seu arbitramento necessita manter correspondência com o interesse efetivamente atingido²⁰⁴.

Há, contudo, parcela relevante da doutrina brasileira que se insurge com veemência contra o reconhecimento desse caráter punitivo da indenização por danos morais. Para os autores dessa corrente, o ressarcimento dos danos de natureza extrapatrimonial deve se limitar à extensão do mal sofrido pela vítima, não sendo permitido levar em conta, no momento do arbitramento do *quantum* indenizatório, aspectos relacionados à conduta lesiva do ofensor²⁰⁵.

Maria Celina Bodin de Moraes afirma que a aplicação indiscriminada de um caráter punitivo genérico a toda e qualquer reparação por danos morais coloca em perigo princípios fundamentais de sistemas jurídicos que, como o brasileiro, têm na lei a sua fonte normativa²⁰⁶. Nessa toada, talvez o principal argumento utilizado para sustentar a posição contrária à função de satisfação seja a ausência de sua previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque o artigo 944 do Código Civil estabelece que a indenização se mede, como regra, pela extensão do dano, o que não seria observado apenas em alguns casos excepcionais nos quais o próprio ordenamento jurídico admite a diminuição equitativa ou limitação do montante indenizatório. Ou seja, a atual legislação

²⁰⁴ SANSEVERINO, 2010, 74-75; 288-289. A esse respeito, vide também teor do Enunciado nº 379 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que afirma: “O art. 944, *caput*, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado nº 379*. IV Jornada de Direito Civil. Brasília, 2007. Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/IV%20Jornada%20volume%20I.pdf> >. Acesso em: 20 mar. 2022.

²⁰⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 258-264; TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021. 4 v. p. 48-49; PÜSCHEL, Flavia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 17-36, jul./dez. 2007. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9666/Flavia%20Portella%20P%C3%BCschel.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2022. p. 21-22; KONDER, Carlos Nelson. Abuso lucrativo da liberdade de imprensa e pretensões ressarcitórias pecuniárias: indenização punitiva x lucro da intervenção. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v.23, n.113, p. 59-75, jul.-set. 2022. p. 66-68; BORGARELLI, Bruno de Ávila. O método bifásico do cálculo dos danos extrapatrimoniais e sua adoção pela jurisprudência brasileira. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 18, p. 493-509, jan.-mar. 2019. Disponível em: <<http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/581>>. Acesso em: 20/01/2023. p. 502-506; SCHREIBER, 2015, p. 212-213.

²⁰⁶ MORAES, 2003, p. 258. É interessante notar, por outro lado, que a autora, em algumas hipóteses excepcionais relacionadas à tutela coletiva, admite esse caráter punitivo agregado à indenização por danos morais. Para aprofundamento acerca da posição da autora, vide: MORAES, 2003, p. 263-264.

brasileira até permite, em hipóteses específicas, minorar a indenização, mas não majorar²⁰⁷.

Para Anderson Schreiber, a atribuição de uma função punitiva à indenização por danos morais afronta de forma expressa o teor do referido artigo 944 do Código Civil. Além disso, tal entendimento não se coaduna com o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, na medida em que o incremento punitivo no valor da indenização é pago à vítima, bem como compromete a dicotomia entre os ilícitos civil e penal, permitindo a aplicação de pena sem previsão em lei, o que desrespeita a necessária tipificação prévia das condutas reprováveis e as garantias processuais próprias²⁰⁸.

Nessa toada, Anderson Schreiber conclui que: “Com isso, cria-se, no Brasil, uma espécie bizarra de indenização, em que ao responsável não é dado conhecer em que medida está sendo apenado, e em que medida está simplesmente compensando o dano [...]”²⁰⁹. Em outras palavras, o pagamento da indenização, com dupla função de compensação e de satisfação, não permitiria ao agente ter a exata clareza de até onde está ressarcindo o dano provocado, e a partir de qual valor o montante se converteria em pena pela sua conduta lesiva.

Também Flavia Portella Püschel apresenta algumas dificuldades advindas da admissão pelo direito brasileiro de uma função punitiva no âmbito dos danos morais, tais como: (i) a relação entre essa responsabilidade civil punitiva e o princípio constitucional da legalidade, de acordo com o qual não pode haver pena sem prévia previsão legal; (ii) o maior rigor das garantias de defesa a serem asseguradas ao réu, em virtude da sanção cível que se pretende impor; (iii) a necessidade e a conveniência de punição cível de condutas já sancionadas nas esferas penal e administrativa; (iv) a ausência de fundamento jurídico para que a vítima receba um valor maior que o dano sofrido, aumentando seu patrimônio em razão do ilícito; (v) a aplicação da função punitiva às hipóteses de responsabilidade objetiva, pois, neste caso, dada a prescindibilidade da culpa, não parece coerente fazer um juízo de reprovabilidade da conduta do agente para majorar o valor da condenação com intuito de puni-lo; e, por fim, (vi) a realização de seguros de

²⁰⁷ TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2021, p. 48-49.

²⁰⁸ SCHREIBER, 2015, p. 212-213.

²⁰⁹ SCHREIBER, 2015, p. 213.

responsabilidade civil, porque, em razão desse contrato, o pagamento da indenização passa a ser feito por uma seguradora, e não pelo autor do dano que se pretende punir²¹⁰.

Ainda segundo Flavia Portella Püschel, esse resgate da análise da conduta do agente representa, em certo sentido, retorno a uma tradição da responsabilidade civil, na medida em que o conteúdo jurídico moderno da expressão “responsabilidade” deriva de uma moral individualista do século XIX, que era muito focada na culpa do ofensor, visão esta que, mais tarde, se enfraqueceu pela introdução da responsabilidade objetiva²¹¹. Entretanto, autora pondera que, mesmo no passado, a análise da reprovabilidade da conduta do agente buscava uma moralização pela adoção da culpa como fator de imputação da responsabilidade, e não como critério de majoração da indenização em valor superior ao do dano experimentado pela vítima²¹².

A despeito das críticas expostas, não se pode deixar de reconhecer, por outro lado, que parte da doutrina e da jurisprudência nacional associa, erroneamente, a função de satisfação da indenização por danos morais com o instituto do *punitive damages* do direito norte-americano²¹³. É preciso trabalhar esses conceitos em separado para melhor compreensão da matéria. Isso porque a função punitiva genérica atribuída à indenização por danos morais não se confunde com o *punitive damages* – este sim, verdadeira pena privada.

De acordo com David G. Owen, no direito norte-americano, o *punitive damages* (ou *exemplary damages*) corresponde a uma indenização em dinheiro paga ao autor de uma ação civil privada, separada e complementarmente à indenização compensatória, pelo réu culpado de flagrante violação dos direitos daquele lesado. São associados com frequência ao *punitive damages* os seguintes propósitos: (i) punir o ofensor por sua má conduta ultrajante; e (ii) dissuadir o réu e terceiros de comportamentos similares no futuro²¹⁴.

O *punitive damages* é aplicado em casos nos quais o agressor é considerado culpado de ter ferido os direitos ou interesses da vítima de forma intencional ou maliciosa,

²¹⁰ PÜSCHEL, 2007, p. 21-22.

²¹¹ PÜSCHEL, 2007, p. 21.

²¹² PÜSCHEL, 2007, p. 21.

²¹³ MARTINS-COSTA, 2001, p. 206.

²¹⁴ OWEN, David G. A punitive damages overview: functions, problems and reform. *Villanova Law Review*, Radnor Township, v. 39, p. 363-413, 1994. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol39/iss2/3>>. Acesso em: 30 ago. 2022. p. 364.

ou, ainda, quando sua conduta reflete uma atitude consciente, imprudente, deliberada, arbitrária ou opressiva²¹⁵. Em outras palavras, esse instituto jurídico tem aplicabilidade apenas nas hipóteses de responsabilidade civil em que seja comprovada a existência de dolo ou culpa grave do ofensor²¹⁶.

Sendo assim, Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler explicam que não se pode confundir o caráter punitivo presente no valor da indenização por danos morais, com o referido *punitive damages*, porque este, enquanto instituto jurídico, corresponde, exclusivamente, a uma “indenização punitiva”, isto é, a uma verdadeira pena privada²¹⁷.

Além disso, a função punitiva genérica encontrada na indenização por danos morais se coaduna com qualquer regime de responsabilidade, independentemente do critério de imputação (culpa, risco, segurança, confiança ou outro). Diferente, pois, do que acontece com o *punitive damages*, cujo âmbito de aplicação se restringe às hipóteses envolvendo dolo ou culpa grave do ofensor²¹⁸.

Rafael Peteffi da Silva e Mark Pickersgill Walker reconhecem que, atualmente, não é mais tão nítida a diferença entre o *punitive damages* e o fator punitivo-pedagógico do dano moral. Todavia, os autores argumentam que é possível estabelecer, ainda que de forma tênue, uma diferença operacional entre esses conceitos no direito brasileiro, haja vista que a jurisprudência nacional majoritária continua a utilizar esse fator pedagógico apenas como um mecanismo de modulação ou majoração do elemento compensatório da indenização, garantindo relativa conexão com o princípio da reparação integral, na medida em que a compensação do prejuízo sofrido pela vítima segue sendo a baliza fundamental da quantificação do dano moral²¹⁹.

Concorda-se com os autores supracitados. Ou seja, se o arbitramento da indenização por danos morais parte da ideia central de compensar a vítima pelo dano

²¹⁵ OWEN, 1994, p. 364.

²¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro). *Revista CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan.-mar. 2005. p. 23.

²¹⁷ MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 23-24.

²¹⁸ MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 23.

²¹⁹ PETEFFI DA SILVA, Rafael; WALKER, Mark Pickersgill. Punitive damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência brasileira do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Revista Sequência*, v. 37, n. 74, p. 295-326, dez. 2016. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2016v37n74p295>>. Acesso em: 30 jul. 2022. p. 308.

sofrido, e, apenas subsidiariamente, admite uma função de satisfação (punitiva ou pedagógica) com intuito específico de adequar o *quantum* indenizatório às particularidades do caso concreto, é viável admitir sua distinção com o *punitive damages* no direito brasileiro.

O próprio Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, sem descuidar da razoável correspondência que deve existir entre o valor da indenização e o interesse jurídico atingido, reconhece a mitigação do princípio da reparação integral no arbitramento dos danos morais, em razão do fato de que a indenização pecuniária, em tais casos, não se restringe a um caráter propriamente ressarcitório ou compensatório, mas assume também uma natureza satisfatória. Isso por conta da falta de conteúdo patrimonial desses danos, o que impede uma clara demarcação da extensão econômica dos prejuízos experimentados pela vítima²²⁰.

Por essas razões, este trabalho adota uma posição segundo a qual o sistema de responsabilidade civil brasileiro não é compatível com o instituto do *punitive damages* tal como concebido no direito norte-americano. Isso porque lhe falta previsão legal no Brasil (algo imprescindível por se tratar de uma pena), além de representar um rompimento completo com o princípio da reparação integral positivado no artigo 944 do Código Civil.

Ao contrário, admite-se ser possível sustentar uma dupla função de compensação e de satisfação no âmbito dos danos morais, a partir de uma aplicação mitigada do princípio da reparação integral, que se justifica na natureza extrapatrimonial desses danos, e que reconhece a inabalável primazia do elemento compensatório da indenização, ao mesmo tempo que permite certa modulação de seu *quantum* para adequá-la a determinadas circunstâncias do caso concreto. A função punitivo-pedagógica seria, assim, meramente assessoria, não podendo existir por si só (ou seja, desvinculada do caráter principal reparatório)²²¹. Com posição semelhante, Humberto Theodoro Júnior aponta que “[...] o caráter repressivo da indenização por dano moral deve ser levado em conta pelo juiz *cum grano salis*”, ou seja, a título de critério secundário ou subsidiário, e nunca como elemento preponderante no arbitramento do *quantum* indenizatório²²².

²²⁰ SANSEVERINO, 2010, p. 74-75.

²²¹ TARTUCE, 2022, p. 317-318.

²²² THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 39.

O reconhecimento da primazia do elemento compensatório presente na reparação por danos morais, em observância (ainda que mitigada) do princípio da reparação integral positivado no artigo 944 do Código Civil, será importante para afastar tentativas de atribuir ao valor da condenação por danos morais coletivos um caráter exclusivo ou preponderantemente punitivo, desvinculando-o quase que por completo do dano causado à coletividade, para, em contrapartida, focar na pessoa do agente e em seu comportamento lesivo, conforme se verá no capítulo segundo deste trabalho.

2.3.3 O “método bifásico” de arbitramento

O “método bifásico” proposto por Paulo de Tarso Vieira Sanseverino se mostra bastante apropriado para fins de arbitramento equitativo da indenização por danos morais, de acordo com o entendimento adotado nesta pesquisa. Inclusive, essa é a tendência mais moderna de arbitramento que vem sendo adotada gradualmente pelos tribunais brasileiros, como forma de robustecer o estabelecimento de parâmetros racionais mais seguros para valoração equitativa do *quantum* indenizatório²²³.

O referido método propõe que, na *primeira fase*, o valor básico ou inicial da indenização seja arbitrado levando em conta o interesse jurídico afetado pela conduta lesiva, inclusive, considerando a observância de casos semelhantes em outros precedentes jurisprudenciais. Na *segunda fase*, aquele valor inicial é ajustado de acordo com as circunstâncias do caso concreto, alcançando-se o montante definitivo da indenização com a imprescindível fundamentação da decisão judicial²²⁴.

Dentre as circunstâncias que podem ser consideradas, na segunda fase, como elementos objetivos e subjetivos de concreção da indenização por danos morais, são mencionadas, frequentemente, pela doutrina: (i) a gravidade do fato em si e suas consequências para vítima; (ii) a culpabilidade do agente; (iii) a culpa concorrente da vítima; (iv) a condição econômica do ofensor; (v) as condições pessoais da vítima, dentre

²²³ REIS, 2019, p. 215-220.

²²⁴ SANSEVERINO, 2010, p. 288-289.

outras²²⁵. Sua aplicação no arbitramento do *quantum* indenizatório decorre do postulado da razoabilidade²²⁶.

A partir da análise dessa metodologia, constata-se que todas as três dimensões do princípio da reparação integral ficam por ela atendidas, ainda que de maneira atenuada, porque essa técnica valoriza a razoável correspondência entre o valor da indenização e o interesse extrapatrimonial lesionado (função compensatória); impede que o *quantum* indenizatório seja exagerado (função indenitária); e materializa o arbitramento equitativo da indenização à luz das peculiaridades do caso concreto (função concretizadora)²²⁷.

Com entendimento diferente, Clayton Reis propõe um “método trifásico” de quantificação dos danos morais (individuais ou coletivos), o qual, partindo de bases muito próximas do “método bifásico” apresentado, pretende segregar, em uma terceira fase, a fixação da parcela da condenação a ser acrescida por força da função punitivo-pedagógica. Segundo o autor, a vantagem dessa metodologia é deixar claro ao infrator o valor da pena agregada ao montante da indenização, reforçando, assim, o estímulo à adoção de medidas preventivas de danos futuros²²⁸.

Embora essa metodologia dividida em três fases parta da premissa de conferir maior racionalidade e transparência no arbitramento equitativo da indenização por danos morais, não se concorda com a posição do referido autor, porque a utilização do método trifásico, na prática, conferiria uma tal autonomia à parcela punitiva, que ela, inegavelmente, se converteria em uma pena privada, desvinculando-se totalmente do elemento compensatório pautado pelo princípio da reparação integral – o que aqui não se admite²²⁹.

Portanto, a posição adotada nesta pesquisa é no sentido de que o método bifásico, por pretender preservar a razoável correspondência entre o valor da indenização e o interesse extrapatrimonial lesionado, evitando condenações exageradas ao mesmo

²²⁵ CAHALI, 2011, p. 637; SANSEVERINO, 2010, p. 283; CAVALIERI FILHO, 2019, p. 137; DINIZ, 2022, p. 124-127.

²²⁶ SANSEVERINO, 2010, p. 283; CAVALIERI FILHO, 2019, p. 136-137.

²²⁷ SANSEVERINO, 2010, p. 289-290.

²²⁸ REIS, 2019, p. 224-225.

²²⁹ Ao contrário, Clayton Reis – favorável a uma função punitiva da responsabilidade civil – admite hipóteses de aplicação de uma “pena civil” isoladamente, descolada do caráter compensatório dos danos morais, em casos nos quais não existam ofensas imateriais propriamente ditas, mas, por exemplo, a conduta do agente é altamente reprovável e com grande potencial lesivo para as vítimas. Sobre esse tema, vide: REIS, 2019, p. 163-171 e 180.

tempo em que permanece aberto para as particularidades do caso concreto, parece ser aquele que melhor atende a esta sempre difícil tarefa de arbitramento dos danos morais (individuais ou coletivos).

3 O DANO MORAL COLETIVO

Neste segundo capítulo, buscar-se-á aplicar a construção teórica realizada na primeira parte deste trabalho ao estudo do dano moral coletivo no direito brasileiro. Para tanto, iniciar-se-á com o exame dos interesses transindividuais no contexto da tutela coletiva. Serão analisados os fatores que influenciaram o reconhecimento jurídico de uma categoria de interesses que, situados entre o indivíduo e o Estado, pertencem a agrupamentos de pessoas. Além disso, discorrer-se-á como a doutrina do acesso à justiça fomentou o aprimoramento da legislação nacional para proteção dos interesses transindividuais, culminando no estabelecimento de um subsistema de tutela coletiva no Brasil. Serão apresentados, ainda, os conceitos de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, e estudadas suas principais características.

Depois, analisar-se-á como esses interesses transindividuais se relacionam com a promoção da dignidade humana, bem como quais deles, quando lesados, são capazes de produzir um dano extrapatrimonial de titularidade coletiva. Serão expostas as bases legais que sustentam a existência do dano moral coletivo, e, ainda, as diferentes posições doutrinárias acerca da figura, estabelecendo, sempre que possível, pontos de conexão com os temas abordados no primeiro capítulo, notadamente, no que concerne ao conceito normativo de dano e a inviabilidade do estabelecimento de penas civis.

O presente capítulo encerrará com o exame da possibilidade do uso de presunções judiciais para demonstrar a ocorrência de um dano extrapatrimonial coletivo, a partir da prova da lesão concreta a interesses difusos ou coletivos. Sustentar-se-á, enfim, o reforço do dever de fundamentação do magistrado em casos de dano moral coletivo, sobretudo, em virtude dessa classe de danos trabalhar com conceitos jurídicos indeterminados e presunções.

3.1 Interesses transindividuais e tutela coletiva

A ideia de que existem interesses capazes de transpor os limites da esfera privada de determinado indivíduo para ingressar no campo da coletividade pode ser uma constante na história da humanidade²³⁰. Não parece exagero supor que onde quer que haja

²³⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 97.

um grupo sempre existirão, em maior ou menor importância, interesses pertinentes a este ente coletivo em paralelo aos de seus membros individualmente considerados.

Se isso é verdade – indaga, com razão, Rodolfo de Camargo Mancuso –, por que apenas na contemporaneidade essa temática veio a ser estudada de maneira autônoma e sistemática? Uma explicação talvez possa ser encontrada no fato de os sistemas jurídicos terem se ocupado, tradicionalmente, muito mais da tutela do indivíduo nos conflitos intersubjetivos, deixando à margem interesses insuscetíveis de apropriação individual (exemplo: interesse à pureza do ar atmosférico), e que, portanto, não se coadunavam com uma visão individualista, segundo a qual somente interesses considerados relevantes pelo Estado e afetados a um determinado titular mereceriam tutela jurisdicional. Como resultado, chegou-se a apregoar que: “[...] se um interesse concerne a todos, não pertence a ninguém, e assim não é tutelável”²³¹.

Tal concepção eminentemente individualista teve uma presença marcante no século XIX. No entanto, o avanço acelerado da Revolução Industrial, o fortalecimento do movimento sindical na luta coletiva por melhores condições de emprego e renda, o processo de globalização das cadeias de produção e consumo, bem como o advento de uma “sociedade de massa” contribuíram, ao lado de outros fatores, para que, no século XX, a tutela dos interesses transindividuais ganhasse maior atenção e importância para sociedade contemporânea²³².

Péricles Prade argumenta que a carga ideológica presente na divisão entre interesse público e interesse privado atrasou o reconhecimento legislativo, doutrinário e jurisprudencial dos interesses coletivos *lato sensu*²³³. A dicotomia Estado/Sociedade herdada do jusnaturalismo racionalista impossibilitava a aceitação de um *tertium genus* de interesses composto pelos difusos e coletivos, muito em razão da desconfiança que alguns pensadores franceses dos séculos XVIII e XIX nutriam para com as corporações de ofício, isto é, órgãos intermediários que se posicionavam entre o indivíduo e o Estado²³⁴. Reflexo disso, é que durante o século XIX prevaleceram restrições jurídicas ao

²³¹ MANCUSO, 2019, p. 98.

²³² MACUSO, 2019, p. 99-101.

²³³ PRADE, Péricles. *Conceito de interesses difusos*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987. p. 35.

²³⁴ PRADE, 1987, p. 15-16.

associativismo na França, justamente, por se entender que as associações eram perigosas para a democracia²³⁵.

A esse respeito, cita-se trecho da obra clássica “A Constituinte Burguesa” (*Qu’est-ce que le Tiers État?*) do autor francês Emmanuel Joseph Sieyès²³⁶:

Assinalemos no coração dos homens três espécies de interesses: 1º) aquele pelo qual os cidadãos se reúnem: apresenta a medida exata do interesse comum; 2º) aquele pelo qual um indivíduo se liga somente a alguns outros: é o interesse do corpo; e, finalmente, 3º) aquele em que cada um se isola pensando unicamente em si: é o interesse pessoal. O interesse pelo qual um homem concorda com todos os seus associados é evidentemente o objeto da vontade de todos e o da assembleia comum. Ali, a influência do interesse pessoal deve ser nula. E é isso também o que acontece; sua diversidade é seu verdadeiro remédio. A grande dificuldade vem do interesse pelo qual um cidadão está ligado somente com alguns outros. Daí se originam projetos perigosos para a comunidade e se formam os inimigos públicos mais temíveis. A história está cheia dessa triste verdade.

Em outras palavras, temia-se que a disposição dos cidadãos em corporações influenciasse negativamente a manifestação do interesse comum na assembleia representativa, de modo que era necessário impedir que um espírito de corpo pudesse se formar e degenerar em aristocracia²³⁷. Nesse sentido, a clássica divisão entre interesse público e interesse privado significava ter, de um lado, o Estado como titular exclusivo do interesse público, e, de outro, o indivíduo limitado à esfera de seus interesses subjetivos²³⁸. Não haveria, pois, espaços intermediários para adequada manifestação e proteção de interesses de dimensão coletiva *lato sensu*, cuja titularidade repousasse sobre um grupo, determinado ou indeterminado, de pessoas, e não pertencesse ao ente estatal tampouco aos indivíduos isoladamente considerados.

Foi na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, entre os séculos XIX e XX, que os interesses difusos e coletivos começaram a ganhar força nos ordenamentos jurídicos ocidentais, especialmente, no pós-Segunda Guerra Mundial²³⁹. Na doutrina dos direitos fundamentais, costuma-se classificar os direitos transindividuais como de “terceira geração”, ou, mais apropriadamente, de “terceira dimensão”, haja vista que, como bem ensina Antonio Carlos Wolkmer, os direitos fundamentais “[...] não são

²³⁵ PRADE, 1987, p. 30-31.

²³⁶ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: que é o terceiro estado?*. Tradução de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986. p. 141-142.

²³⁷ SIEYÈS, 1986, p. 143-144.

²³⁸ PRADE, 1987, p. 16.

²³⁹ PRADE, 1987, p. 35.

substituídos ou alterados de tempo em tempo mas resultam num processo de fazer-se e de complementaridade permanente”²⁴⁰.

A principal característica desses direitos ou interesses marcados pela transindividualidade é que visam à proteção de categorias ou grupos de pessoas, não se limitando ao indivíduo em si ou em sua relação com o Estado. Por isso, afirma-se que os interesses coletivos em sentido amplo não se enquadram nas noções tradicionais de público e privado²⁴¹.

O exemplo das principais democracias do Ocidente, tal como a norte-americana, contribuiu para superar aquela visão negativa prevalente nos séculos anteriores acerca dos corpos sociais intermediários, demonstrando, ao contrário do que se pensava, um verdadeiro aperfeiçoamento do sistema democrático em razão do crescente fenômeno do associativismo²⁴². Isso porque aqueles interesses de dimensão coletiva são, via de regra, melhor geridos quando assumidos por entidades capazes de buscar sua adequada proteção nas esferas política, jurídica e econômica, fazendo frente a interesses contrapostos que o indivíduo sozinho é incapaz de resistir.

Nesse contexto, Ada Pellegrini Grinover explica que, uma vez conhecedoras de suas fraquezas individuais, as pessoas procuram se agrupar, a partir de uma comunhão de interesses e necessidades, para fazer frente às “tirantias da nossa época”, as quais não se limitam mais aos governos, mas também se fazem presentes, por exemplo, na opressão das maiorias, nas ambições dos grandes grupos econômicos, na apatia dos poluidores e na má-conduta dos burocratas²⁴³.

Nos países da *civil law*, o aprimoramento dos sistemas processuais tradicionais para adequada tutela dos interesses difusos e coletivos, ou mesmo individuais atingidos por eventos de grande escala, começa a acontecer de forma mais contundente na década de 70 do século XX. Contribuiu para esse movimento, a tomada de consciência de certos setores da sociedade acerca da urgência de preservação do meio ambiente, cada

²⁴⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. Direitos Humanos: novas dimensões e novas fundamentações. *Revista Direito em Debate* [online], v. 11, n. 16-17, 2013. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/768>>. Acesso em: 27 abr. 2021. p. 13.

²⁴¹ WOLKMER, 2021, p. 16.

²⁴² PRADE, 1987, p. 37.

²⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 79, p. 283-307, 1984. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67016>>. Acesso em: 26 out. 2022. p. 286.

vez mais agredido pelas intervenções humanas, e de proteção dos consumidores, os quais, não raro, eram vítimas das consequências prejudiciais de uma economia de mercado voltada cegamente para o lucro²⁴⁴.

De fato, as defesas do meio ambiente e do consumidor, embora não exclusivamente, constituíram o ponto de partida de uma série de mudanças normativas para promover a adequada tutela dos bens jurídicos coletivos *lato sensu*²⁴⁵. Isso porque, nas esferas ambiental e consumerista, tem-se com maior evidência a massificação das relações de conflito, dificultando (ou mesmo inviabilizando) a delimitação da lide a dois sujeitos absolutamente identificados²⁴⁶.

É nesse ponto que a tutela dos interesses transindividuais se encontra com o tema do acesso à justiça, haja vista que o modelo processual clássico individual não conseguiu oferecer respostas adequadas à emergência dos conflitos coletivos, os quais, durante algum tempo, permaneceram à margem do sistema jurídico²⁴⁷.

3.1.1 Tutela de interesses transindividuais como exigência de acesso à justiça

A ideia de “acesso à justiça” está associada, normalmente, a duas finalidades básicas do sistema jurídico por meio do qual as pessoas buscam a tutela de seus direitos sob a proteção do Estado, quais sejam: (i) a igualdade de acesso a todos; e (ii) a produção de resultados individual e socialmente justos²⁴⁸.

Sob esse aspecto, Mauro Cappelletti e Bryant Garth afirmam que: “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos

²⁴⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 30.

²⁴⁵ ZAVASCKI, 2008, p. 31.

²⁴⁶ BENJAMIN, Antonio Herman V. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico*: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor, [S.l.: s.n.], 1995. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/8688>>. Acesso em: 23 out. 2022. p. 10-11.

²⁴⁷ BESSA, Leonardo Roscoe. Ação coletiva. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. Cap. XIV, p. 470-509. p. 474.

²⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p. 8.

direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”²⁴⁹.

Em outras palavras, a ausência de mecanismos eficazes, judiciais ou não, para assegurar os direitos consagrados no ordenamento jurídico, torna difícil garantir sua observância social, haja vista que o desrespeito às normas postas deixaria sem consequência seus violadores. É motivo de verdadeiro assombro saber-se portador de um direito que não pode ser exercido.

Aliás, é muito oportuna aqui a observação feita por Sérgio Cruz Arenhart segundo a qual a defesa inadequada de um direito ou interesse protegido significa, por vezes, a negativa de sua tutela tal como reconhecido pelo Estado, ou, no mínimo, a proteção de algo que não é o interesse garantido pelo legislador²⁵⁰.

Por isso que, no presente trabalho, adota-se uma acepção integral de acesso à justiça, ou seja, de uma ordem jurídica justa, conhecida e implementável, que engloba, a um só tempo, a existência de um rol apropriado de direitos e a garantia de acesso ao Poder Judiciário e aos meios alternativos de resolução de conflitos, estando os titulares plenamente conscientes de seus direitos e habilitados a exercê-los²⁵¹.

Naturalmente, não são poucas as barreiras a serem superadas para se alcançar um nível razoável de acesso à justiça em sua acepção integral. Esses obstáculos são especialmente agravados no contexto dos direitos ou interesses transindividuais, em razão de sua titularidade dispersa em agrupamentos de pessoas, não raro, indetermináveis. De uma perspectiva eminentemente processual, por exemplo, os pontos mais sensíveis de enfrentamento dessa realidade podem ser identificados na legitimação ativa, para pleitear a tutela jurisdicional em face da lesão ou da ameaça de sua ocorrência, e nos efeitos da coisa julgada²⁵².

Antonio Herman Vasconcellos Benjamin aponta que a ausência de mecanismos adequados de proteção de direitos, não se trata apenas de uma dificuldade legal, isto é, de lacuna legislativa resultante do “descaso inocente ou até de preguiça” do

²⁴⁹ CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12.

²⁵⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 23.

²⁵¹ BENJAMIN, 1995, p. 7.

²⁵² ZAVASCKI, 2008, p. 32.

legislador, mas sim, e fundamentalmente, de uma “questão cultural” ligada à maneira como os sujeitos se relacionam entre si e com os bens comunais a sua volta²⁵³.

Esse aspecto cultural evidencia, pois, que as deficiências de acesso à justiça para bens e sujeitos mais vulneráveis são frequentemente “estruturais”, produto do entrechoque de uma ordem econômica divergente daquela adotada pelas Constituições mais modernas, dentre as quais se situa a Constituição Federal brasileira de 1988²⁵⁴.

Um sistema defeituoso de acesso à justiça gera um duplo problema. Primeiro, nega a possibilidade de os hipossuficientes exercerem adequadamente até os mais simples de seus direitos. E segundo, contamina a jurisprudência dos Tribunais com a visão dos violadores, ou seja, daqueles mais aparelhados, econômica e processualmente, para usar do aparato judicial de forma mais eficiente²⁵⁵.

A esse respeito, Antonio Herman Vasconcellos Benjamin afirma que: “Se o acesso à justiça se faz apenas pelos dotados de superioridade econômica, informativa ou tecnológica, as decisões judiciais tenderão a refletir a visão exclusiva de uma minoria de privilegiados, aqueles que têm acesso ao Poder Judiciário”²⁵⁶.

Em certo sentido, ao viabilizar a ampliação do acesso à justiça se contribui, indiretamente, também para o aperfeiçoamento das teses jurídicas apreciadas pelos Tribunais, democratizando o debate judicial através da postulação de direitos ou interesses antes esquecidos, ignorados ou marginalizados.

Voltando aos obstáculos de acesso à justiça para tutela de interesses transindividuais, Mauro Cappelletti e Bryant Garth ensinam que a natureza difusa de certos interesses constitui outra dificuldade relevante para viabilizar sua efetiva proteção, porque: ou impede que alguém tenha direito de buscar a correção da lesão, ou o prêmio para que qualquer indivíduo tente fazer isso é pequeno demais para estimulá-lo a propor uma ação²⁵⁷.

²⁵³ BENJAMIN, 1995, p. 12.

²⁵⁴ BENJAMIN, 1995, p. 13.

²⁵⁵ BENJAMIN, 1995, p. 14.

²⁵⁶ BENJAMIN, 1995, p. 14.

²⁵⁷ CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 26.

Além disso, os autores destacam que, mesmo havendo razões suficientes para reivindicar um interesse difuso, os obstáculos de organização das pessoas que compõem a coletividade podem impedir que o interesse seja unificado e expresso, ou seja, a dispersão de pessoas, a carência de informação e a incapacidade de elaboração de uma estratégia comum constituem verdadeiras barreiras para que esses interesses sejam adequadamente tutelados²⁵⁸.

A teoria econômica relacionada aos bens comunais pode auxiliar na compreensão desse problema caracterizado pelo desestímulo de pessoas dispersas em buscar a tutela de direitos ou interesses difusos e coletivos. De acordo com essa teoria, os “bens comunais” são aqueles que qualquer pessoa pode usar, sem que ninguém, nem mesmo o Estado, possa excluir sua utilização. Apenas o aproveitamento desse recurso por um beneficiário é capaz de excluir os demais. Para ilustrar, toma-se, como exemplo, o ar que se respira. Todos podem fazer uso do ar, e a ninguém é dado interferir nesse exercício. No entanto, o ar aspirado por certo indivíduo não pode, ao mesmo tempo, ser utilizado por outro²⁵⁹.

Os bens comunais são regidos por dois princípios fundamentais e correlatos: (i) o *princípio da indivisibilidade dos benefícios*, isto é, a utilidade do bem não é divisível entre os que dele fazem uso, o que impede sua apropriação individual com exclusividade; e (ii) o *princípio da não-exclusão dos beneficiários*, o qual apregoa que nenhum dos membros do grupo pode ser privado dos benefícios proporcionados pela utilização do bem, a não ser que todos o sejam igualmente²⁶⁰.

Esse segundo princípio da origem à figura do “carona” (*free rider*), ou seja, alguém que se beneficia, de forma reflexa e gratuita, pela atividade alheia, sem despendar nenhum esforço próprio. Se um grupo de pessoas se empenha na despoluição de um lago, os benefícios provenientes da melhora na qualidade das águas são usufruídos por toda a população, inclusive, por aqueles que não se envolveram no trabalho de limpeza. A negação desses benefícios a qualquer uma dessas pessoas – por exemplo, através de uma

²⁵⁸ CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 27.

²⁵⁹ BENJAMIN, 1995, p. 16.

²⁶⁰ BENJAMIN, 1995, p. 17.

nova contaminação do lago – significa, de igual modo, a exclusão de todos os demais beneficiários²⁶¹.

É por conta dessa característica que, na prática, as pessoas tendem a deixar a busca pela tutela de bens comunais ameaçados ou danificados ao encargo de terceiros, gerando um certo descaso em sua proteção. Além disso, observa-se que quanto mais extenso, numeroso e heterogêneo o universo de sujeitos titulares dos bens comunais, mais enfraquecido tende a ser seu compromisso de defesa concreta desses bens. Dito de outra forma, o comportamento lesivo do infrator, como regra, repercute com mais intensidade no pequeno grupo agredido do que em um agrupamento maior²⁶².

Diante dessa realidade, reconhece-se, pois, a forte necessidade de “personificação” – organização ou institucionalização – em volta dos bens comunais para estimular sua proteção. A legitimidade para buscar a tutela, em juízo ou fora dele, desses bens comunais precisa ser atribuída pelo ordenamento jurídico a alguém de forma individualizada: seja o próprio Estado (União, Estados, Municípios, Ministério Público, Defensoria Pública), seja um ente privado (associação ou cidadão isolado)²⁶³.

3.1.2 Tutela coletiva no Brasil

A resposta normativa brasileira a todos esses desafios de acesso à justiça foi notável no que concerne à proteção de direitos ou interesses coletivos *lato sensu*. Teori Albino Zavascki destaca o protagonismo do legislador brasileiro, dentre os países da *civil law*, na criação de instrumentos de tutela coletiva. Embora a Lei da Ação Popular (Lei Federal nº 4.717/65) já evidenciasse preocupação com a proteção do patrimônio público²⁶⁴, o grande marco legislativo da tutela coletiva no Brasil foi, inegavelmente, a Lei da Ação Civil Pública (Lei Federal nº 7.347/85), que veio agregar ao sistema processual brasileiro mecanismos de amparo aos direitos ou interesses difusos e coletivos, inaugurando um verdadeiro “subsistema” de processo civil coletivo no País²⁶⁵.

²⁶¹ BENJAMIN, 1995, p. 17.

²⁶² BENJAMIN, 1995, p. 17-19.

²⁶³ BENJAMIN, 1995, p. 18.

²⁶⁴ Artigo 1º, § 1º, da Lei da Ação Popular: “Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico” (com redação dada pela Lei nº 6.513/77).

²⁶⁵ ZAVASCKI, 2008, p. 34-35.

Posteriormente, a Constituição Federal de 1988 reforçou a tutela coletiva nacional conferindo *status* constitucional a uma série de direitos materiais de natureza transindividual, tais como: direito ao meio ambiente sadio (art. 225); à manutenção do patrimônio cultural (art. 216); e à proteção do consumidor (art. 5º, XXXII)²⁶⁶.

Enfim, o Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/1990), em certa medida, completou esse subsistema de processo coletivo brasileiro, apresentando, dentre outras inovações, os conceitos legais de direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único)²⁶⁷, bem como ampliando a possibilidade de tutela coletiva dos individuais homogêneos²⁶⁸. Também aumentou a abrangência da ação civil pública para proteção de “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”, com a inclusão do inciso IV, no artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública, antes limitada ao meio ambiente, consumidor, e bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Apesar de algumas divergências teóricas²⁶⁹, a denominação comum de “ação civil pública” acabou consagrada pelo legislador e pela jurisprudência nacionais para designar, de maneira abrangente, a grande maioria das demandas que tenham por objeto medidas preventivas ou reparatórias de dimensão coletiva, não se fazendo distinção, em termos de nomenclatura de ação, entre pretensões que versem sobre direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Vale registrar, ainda, que existem leis esparsas que fazem uso da ação civil pública para tutela coletiva de direitos ou interesses específicos, a exemplo: das pessoas com deficiência (art. 3º a 7º da Lei Federal nº 7.853/89); dos investidores do mercado de valores mobiliários (art. 1º a 3º da Lei Federal nº 7.913/89); das crianças e adolescentes (art. 208 a 224 da Lei Federal nº 8.069/90); e das pessoas idosas (art. 79 a 92 da Lei Federal nº 10.741/03). Essas leis mantêm, contudo,

²⁶⁶ ZAVASCKI, 2008, p. 35.

²⁶⁷ ZAVASCKI, 2008, p. 36.

²⁶⁸ De acordo com Leonardo Roscoe Bessa, a primeira experiência brasileira com a tutela de interesses individuais homogêneos se deu com a Lei Federal nº 7.913/89, limitada, entretanto, aos danos sofridos pelos investidores no mercado de valores mobiliários. Nesse sentido, vide: BESSA, 2013, p. 481.

²⁶⁹ Para Teori Albino Zavascki, seria tecnicamente mais adequado reservar o nome “ação civil pública” para tutela de interesses difusos e coletivos, não abrangendo demandas envolvendo interesses individuais homogêneos. A estes, a nomenclatura mais adequada seria “ação coletiva” ou “ação civil coletiva”, tal como previsto no artigo 91 do Código de Defesa do Consumidor. Com posição diferente, Leonardo Roscoe Bessa afirma que as expressões “ação civil pública” e “ação coletiva” apresentam o mesmo sentido, isto é, demandas judiciais que, independentemente de quem seja a parte autora legitimada, veiculam pretensões relativas a direitos ou interesses coletivos em sentido amplo. A esse respeito, vide: ZAVASCKI, 2008, p. 65-66; e BESSA, 2013, p. 477-478.

a mesma linha procedimental geral prevista na Lei da Ação Civil Pública, inclusive, com aplicação subsidiária desta²⁷⁰.

Ademais, destaca-se que a ação civil pública brasileira sofreu influências importantes tanto de experiências da *common law* quanto da *civil law*, representando, em alguns aspectos, uma ponte entre essas duas famílias modernas do Direito²⁷¹. A título ilustrativo, a legislação francesa, com sua *Loi Royer*, de 1973, foi invocada como paradigma de legitimação ativa de entidades associativas²⁷², a fim de negar legitimidade ao indivíduo isolado para figurar como autor de ação civil pública. Também o direito norte-americano, com sua *class action for damages*, inspirou a proteção dos interesses individuais homogêneos em âmbito coletivo²⁷³.

Naturalmente, passadas mais de três décadas desde a sanção da Lei da Ação Civil Pública, alguns dificuldades de aplicação prática do processo coletivo brasileiro foram notadas por importantes autores nacionais, de forma a inspirar algumas propostas de reforma. Ada Pellegrini Grinover destaca, por exemplo, as dúvidas sobre a natureza da competência territorial (absoluta ou relativa); a competência concorrente e a proliferação de demandas; a litispendência nas hipóteses em que diverso o legitimado ativo; a coexistência de ações individuais e coletivas; a possibilidade de se propor ação tendo no polo passivo grupo, categoria ou classe de pessoas; entre outras²⁷⁴.

Entretanto, e sem deixar de reconhecer a pertinência do debate em torno de aprimoramentos normativos, não se pode perder de vista que a Lei da Ação Civil Pública, e, por extensão, todo o subsistema de processo coletivo brasileiro, estão entre os instrumentos legais mais celebrados e invocados no País desde sua redemocratização. Como bem apontam Édis Milaré e Lucas Tamer Milaré, trata-se de uma realidade provada e madura, que, apesar de registrar alguns desvios em sua aplicação (nos casos de uso indiscriminado ou mal fundamentado), contribuiu para alargar as fronteiras dos direitos da sociedade civil brasileira, indo além dos instrumentos jurídicos, mas também

²⁷⁰ ZAVASCKI, 2008, p. 63-64.

²⁷¹ BENJAMIN, 1995, p. 53-54.

²⁷² ZAVASCKI, 2008, p. 32, nota de rodapé 19.

²⁷³ BESSA, 2013, p. 481.

²⁷⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Réquiem para a reforma dos processos coletivos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 983, ano 106, p. 23-29, set. 2017. p. 24.

favorecendo iniciativas sociais e políticas voltadas ao reforço de uma consciência de cidadania na defesa do patrimônio coletivo e da sadia qualidade de vida dos cidadãos²⁷⁵.

Com inovações, avanços e influências estrangeiras, o subsistema de tutela coletiva brasileiro continua a representar um arcabouço normativo sólido, capaz de fazer frente aos desafios de acesso à justiça na sociedade contemporânea – marcada, sobretudo, pelos riscos globais e pela massificação das relações de produção e consumo –, com vistas a resguardar adequadamente direitos ou interesses coletivos *lato sensu*.

3.1.3 Interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos

Vistos esses aspectos históricos e normativos concernentes ao reposicionamento dos interesses coletivos em sentido amplo nos ordenamentos jurídicos do Ocidente, e o consequente aprimoramento de seus instrumentos de tutela, notadamente, no âmbito processual civil brasileiro, passa-se agora a detalhar os conceitos e as características dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Antes de avançar, porém, esclarece-se que, a partir de agora, a menção à expressão “direito ou interesse coletivo” deverá ser tomada em sentido estrito. Ao contrário, sempre que se buscar fazer referência ao gênero do qual fazem parte os direitos ou interesses difusos, coletivos (*stricto sensu*) e individuais homogêneos, far-se-á uso de sua designação como interesse transindividual, ou, ainda, coletivo em sentido amplo (ou *lato sensu*)²⁷⁶.

Neste trabalho, consideram-se sinônimas as expressões “transindividual” e “metaindividual”, optando-se, entretanto, pelo uso da primeira, em razão de ser esta a escolha do legislador nacional (art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor). Além disso, gramaticalmente, torna-se preferível o emprego do vocábulo “transindividual” por ser um neologismo formado a partir da união de prefixo e radical

²⁷⁵ MILARÉ, Édís; MILARÉ, Lucas Tamer. A ação civil pública como instrumento preventivo/reparatório da danosidade ambiental. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública após 30 anos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Cap. XIV, p. 266-269. p. 267-268.

²⁷⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 32. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021. p. 52.

latinos, em detrimento de “metaindividual” que resulta da junção de prefixo grego e radical latino²⁷⁷.

Ao examinar o tema dos interesses coletivos em sentido amplo, José Carlos Barbosa Moreira propõe uma divisão entre “interesses essencialmente coletivos” e “interesses acidentalmente coletivos”. Os interesses essencialmente coletivos são aqueles comuns a uma pluralidade indeterminada (ou mesmo indeterminável) de pessoas, que não comporta decomposição em um feixe de interesses individuais. Há uma comunhão indivisível entre todos os possíveis interessados, não sendo viável demarcar, nem sequer idealmente, onde acaba a “quota” de um e onde começa a de outro. Como consequência, estabelece-se tão firme união entre o destino dos interessados que a satisfação ou a lesão do interesse repercute, necessariamente, e de igual modo, sobre toda a coletividade²⁷⁸.

Os interesses acidentalmente coletivos, por sua vez, permitem sua decomposição em interesses individuais concernentes a cada membro de uma dada coletividade atingida. Tanto é assim, que cada um desses membros poderia, em tese, buscar a tutela de seu próprio interesse separadamente, correndo, inclusive, o risco de obter um resultado distinto dos demais ao final do processo. Tal fenômeno, no entanto, adquire dimensão coletiva por conta do “impacto de massa” verificado no grande número de interessados atingidos e nas graves repercussões geradas para comunidade. Nesse contexto, torna-se inviável, inconveniente ou pouco compensador, em termos práticos, a utilização em separado dos instrumentos comuns de tutela jurídica, para proteger a cada uma das “parcelas” de interesses em si consideradas²⁷⁹.

Em outras palavras, os interesses acidentalmente coletivos adquirem essa qualidade não por sua natureza, mas por razões pragmáticas de facilitação de acesso à justiça, com priorização da eficiência e da economia processuais, ou seja, por criação legal²⁸⁰.

²⁷⁷ MAZZILLI, 2021, p. 55.

²⁷⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *Revista de Processo*, v. 39, p. 55-77, Jul-Set/1985. Disponível em: <https://edisisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6056082/mod_resource/content/1/Tutela%20jurisdicional%20dos%20interesses%20coletivos%20ou%20difusos.pdf>. Acesso em: 26 out. 2022. p. 2.

²⁷⁹ BARBOSA MOREIRA, 1985, p. 3.

²⁸⁰ BENJAMIN, 1995, p. 30.

Para doutrina majoritária, portanto, são direitos ou interesses *essencialmente coletivos* os difusos e coletivos, e *acidentalmente coletivos*, os individuais homogêneos²⁸¹. Como dito anteriormente, o legislador brasileiro estabeleceu as definições legais para os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Extrai-se do artigo 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor que:

(i) *Difusos*: são interesses ou direitos “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”;

(ii) *Coletivos*: “transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”; e

(iii) *Individuais Homogêneos*: “os decorrentes de origem comum”.

A definição legal supracitada evidencia a cristalização normativa de uma construção doutrinária prévia em torno desses conceitos. Passa-se agora a discorrer com mais detalhes sobre cada um deles, buscando apontar suas principais características.

Os *interesses difusos* compreendem uma gama de interesses espalhados e informais, que, não tendo encontrado apoio em uma relação-base bem definida, traduzem vínculos entre pessoas originados a partir de fatores conjunturais ou extremamente genéricos, os quais revelam circunstâncias de fato com frequência acidentais e mutáveis, tais como, morar em determinada localidade, possuir certas condições socioeconômicas, ser impactado por algum empreendimento e outras²⁸².

Nas palavras de Péricles Prade, interesses difusos são²⁸³:

[...] os titularizados por uma cadeia abstrata de pessoas, ligadas por vínculos fáticos exsurgidos de alguma circunstancial identidade de situação, passíveis

²⁸¹ Merece menção a existência de doutrina minoritária que classifica os direitos ou interesses coletivos como “processualmente coletivos”, haja vista que seu caráter transindividual decorreria do tratamento coletivo conferido em sede processual. Para essa corrente, a indivisibilidade material se faz presente apenas nos direitos ou interesses difusos. Sobre o tema, vide: NUNES, Ana Luisa Tarter; BESSA, Leonardo Roscoe. Direitos metaindividuais: direitos materialmente coletivos (DMC) e direitos processualmente coletivos (DPC). *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 111, ano 26, p. 101-119, mai.-jun. 2017. p. 113.

²⁸² GRINOVER, 1984, p. 284.

²⁸³ PRADE, 1987, p. 57-58.

de lesões disseminadas entre todos os titulares, de forma pouco circunscrita e num quadro de abrangente conflituosidade.

Rodolfo de Camargo Mancuso, por seu turno, os define como²⁸⁴:

[...] interesses metaindividuais, que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessário à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (v.g., o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g., os consumidores).

Depreende-se das definições acima que os interesses difusos estão pulverizados na sociedade civil, sendo titularizados por uma coletividade indeterminável de pessoas, as quais não se encontram minimamente organizadas e nem mesmo unidas por um vínculo jurídico base. O ponto de conexão dessa cadeia abstrata de pessoas é tão somente de ordem fática.

Precisamente por sua dispersão no meio social e sua impossibilidade de apropriação por algum titular que lhe atribua um conteúdo coeso, os interesses difusos permanecem como uma “massa de interesses” contingenciais que, não raro, se chocam entre si²⁸⁵. Por isso, é comum que os conflitos envolvendo interesses difusos sejam massificados, contrapondo grupo contra grupo, em disputas que se coletivizam em ambos os polos, notadamente, na proteção do meio ambiente, do patrimônio histórico e cultural, e do consumidor²⁸⁶.

Verifica-se, pois, uma “conflituosidade de massa”²⁸⁷ ou “conflituosidade abrangente”²⁸⁸ entre os diferentes grupos que compõem a sociedade, e que, por vezes, têm interesses divergentes, o que coloca em evidência também um aspecto político na tutela dos interesses difusos, haja vista a insuficiência dos mecanismos usuais do sistema político para mediar esses conflitos de massa²⁸⁹.

Em outras palavras, o confronto entre diferentes interesses difusos dispersos na sociedade, guardam relação com verdadeiras escolhas políticas. Nesse ponto, Rodolfo de Camargo Mancuso cita, como exemplo, a proteção das florestas que conflita com a

²⁸⁴ MANCUSO, 2019, p. 160-161.

²⁸⁵ MANCUSO, 2019, p. 110-111.

²⁸⁶ GRINOVER, 1984, p. 285.

²⁸⁷ GRINOVER, 1984, p. 285.

²⁸⁸ PRADE, 1987, p. 51.

²⁸⁹ GRINOVER, 1984, p. 285.

preservação dos empregos gerados pela indústria madeireira. No fundo, essa escolha entre meio ambiente e emprego será uma opção de cunho eminentemente político influenciada pelas circunstâncias locais e temporais. É justamente por essa razão que se identifica uma conflituosidade intrínseca aos interesses difusos²⁹⁰.

Além disso, a “mutabilidade” também é um traço caracterizador desses interesses. Por não estarem ligados através de um vínculo jurídico básico capaz de lhes conferir estabilidade, os interesses difusos permanecem sujeitos à volatilidade das circunstâncias fáticas contingenciais que os originaram. Em outras palavras, “[é] dizer, os interesses difusos, se não exercitados a tempo e hora, modificam-se, acompanhando a transformação da situação fática que lhes é subjacente”²⁹¹. Dentre outros aspectos, essa característica sobleva o papel do juiz nas ações que buscam a tutela dessa espécie de interesse transindividual, mormente, com o deferimento de tutelas de urgência destinadas a evitar que a lesão se concretize, posto que, uma vez lesionado esse interesse, o Direito não conseguirá fornecer uma reparação integral e específica do mesmo²⁹².

Para ilustrar, ainda que se indenize o dano ambiental decorrente da poluição das águas de um rio pelo pagamento de um valor em dinheiro, tal fato não significará o reestabelecimento da situação anterior à degradação do meio ambiente. Ademais, o interesse difuso inicial concernente à preservação daquele corpo hídrico, transmuta-se agora em outro, por exemplo, de despoluição das águas, dado o novo contexto fático introduzido pela ocorrência da lesão, a evidenciar a mutabilidade desses interesses.

Em síntese, podem ser apontadas as seguintes características dos interesses difusos no que concerne a: (i) *sujeito*: transindividualidade real ou essencial ampla, e indeterminação de seus sujeitos; (ii) *objeto*: indivisibilidade ampla e indisponibilidade; (iii) *campo relacional-jurídico*: vínculo meramente fático de união entre os sujeitos; (iv) *âmbito político*: ausência de unanimidade social, e organização possível, mas de difícil realização; e (v) *esfera de reparação*: ressarcibilidade indireta (ressarcimento destinado a fundos, e não aos sujeitos individualmente considerados)²⁹³.

²⁹⁰ MANCUSO, 2019, p. 110-111.

²⁹¹ MANCUSO, 2019, p. 116.

²⁹² MANCUSO, 2019, p. 116-118.

²⁹³ BENJAMIN, 1995, p. 26-27.

Avançando para próxima categoria de interesses transindividuais, os *interesses coletivos*, como regra, são aqueles defendidos por meio de um processo associativo de indivíduos determinados (ou determináveis), correspondendo ao “homem socialmente engajado, não considerado como indivíduo isolado, mas, sim, como membro de comunidades menores ou grupos que se perfilam entre o indivíduo e o Estado”²⁹⁴.

Nesse contexto associativo, tem-se uma verdadeira *síntese* dos interesses individuais dos integrantes de um determinado grupo. O ente coletivo, gerado a partir da aproximação de valores individuais semelhantes e harmonizados em face de uma finalidade comum, passa a exercer um interesse que é maior do que a simples soma dos interesses de seus integrantes. Nas palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso ²⁹⁵:

[...] Essa “realidade nova” é justamente o interesse coletivo no seu sentido próprio, porque, conquanto originário dos interesses individuais, representa a *síntese*, uma amálgama daqueles; a partir desse momento, se desvanecem os interesses individuais originários, surgindo uma nova realidade: a dos interesses (verdadeiramente) coletivos. É preciso, então, que haja um *ideal* coletivo, uma *alma* coletiva; é isso que conduz à característica específica.

Por exemplo, o sindicato atua em defesa da categoria profissional como um todo, e não no interesse de um membro sindicalizado em particular, embora, indiretamente, este membro possa se beneficiar das conquistas advindas da luta sindical. Esse interesse que passa a ser afetado ao ente coletivo, além de ser mais abrangente, torna-se, de fato, diferente daquele interesse egoístico titularizado pelo particular, porque voltando ao atendimento de uma finalidade comum.

Em vista disso, pode-se afirmar que o interesse coletivo se converte em um interesse direto e pessoal do ente coletivo, circunstância esta que o legitima a agir em defesa daquele grupo como um todo²⁹⁶. Não por acaso que uma das características dos interesses coletivos é a existência de uma organização mínima, porque eles precisam estar aglutinados para que o grupo daí resultante possa ser seu veículo de exteriorização. Sem essa estrutura funcional mínima, os interesses individuais permanecem dispersos no seio da sociedade civil, não conseguindo ser sintetizados para fazer emergir o interesse coletivo do grupo²⁹⁷.

²⁹⁴ PRADE, 1987, p. 39.

²⁹⁵ MANCUSO, 2019, p. 64, grifo do autor.

²⁹⁶ MANCUSO, 2019, p. 65.

²⁹⁷ MANCUSO, 2019, p. 68-69.

Rodolfo de Camargo Mancuso adverte, porém, que esse aspecto da organização deve ser visto sem excessos, sob pena de sufocar interesses que o autor identifica como “potencialmente coletivos”, isto é, aqueles que estão emergindo da sociedade civil, mas que, por estarem em estágio incipiente, ainda não apresentam uma organização plenamente estruturada. O rigor formal aqui poderia tolher parte do fenômeno coletivo, extirpando sua faceta mais espontânea e talvez até mais rica²⁹⁸.

Kazuo Watanabe lembra, por sua vez, que existem duas modalidades de interesse coletivo previstas na definição legal do artigo 81, parágrafo único, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, e que apenas na primeira delas está presente a característica de organização, ou seja, somente nos interesses coletivos de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas *ligadas entre si* por uma relação jurídica base. Nos casos, porém, em que essa relação jurídica base não se estabelece entre os membros do agrupamento, mas sim *entre eles e a parte contrária*, inexistente a referida organização²⁹⁹. Como exemplo da primeira modalidade, citam-se associações, sindicatos, partidos políticos. Já da segunda, contrato de plano de saúde firmado entre a operadora e os consumidores, em que se verifique a abusividade de determinada cláusula.

Mesmo que ausente a organização na segunda modalidade, pela falta de reunião formal e amalgamação dos interesses individuais no seio de uma entidade representativa, os interesses coletivos nascidos de um vínculo jurídico base estabelecido entre as pessoas integrantes do agrupamento e a parte contrária possuem tal nível de homogeneidade que se mostra viável, e até mesmo recomendável, sua proteção jurisdicional de forma molecular (agrupada)³⁰⁰.

É possível vislumbrar certa aproximação entre os interesses coletivos e os individuais homogêneos, na medida em que ambos se referem a grupos compostos por pessoas determinadas ou determináveis. Há, contudo, uma diferença fundamental entre essas duas categorias de interesses transindividuais, qual seja: a indivisibilidade de seu objeto. Enquanto nos interesses coletivos o objeto de tutela é indivisível alcançando

²⁹⁸ MANCUSO, 2019, p. 70.

²⁹⁹ WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. *Rev. Fac. Dir. S. B. C.*, São Bernardo do Campo, v. 2, p. 60-71, 1992. Disponível em: <<https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/article/view/713>>. Acesso em: 23 out. 2022. p. 63.

³⁰⁰ WATANABE, 1992, p. 63.

indistintamente a todos os membros do grupo, nos individuais homogêneos, como se verá adiante, há perfeita divisibilidade dos interesses cuja proteção se busca³⁰¹.

Para melhor demonstrar a indivisibilidade do objeto na proteção dos interesses coletivos, Hugo Nigro Mazzilli apresenta o exemplo de uma ação coletiva para declarar a nulidade de cláusula contratual abusiva. O interesse no reconhecimento da abusividade (ilegalidade) da cláusula é compartilhado em igual medida por todos os integrantes do grupo, não sendo influenciado nem mesmo pelo maior ou menor número de contratos que, eventualmente, cada um dos membros detenha. A declaração da nulidade será igual (isto é, indivisível) para todos³⁰².

Por outro lado, a indivisibilidade do objeto aproxima os interesses coletivos dos difusos. Aqui, entretanto, a diferença reside na possibilidade ou não de determinação dos titulares dos respectivos interesses. Como visto, os interesses difusos dizem respeito a agrupamentos de pessoas indetermináveis ligadas por circunstâncias de fato, ao contrário do que ocorre com os interesses coletivos, em que se mostra possível determinar quem são os membros do grupo através da relação jurídica base que os une entre si ou com a parte contrária³⁰³.

Em suma, as notas caracterizadoras dos interesses coletivos são: *(i) sujeito*: transindividualidade real ou essencial restrita (porquanto limitada ao grupo, categoria ou classe de pessoas), e determinabilidade dos sujeitos; *(ii) objeto*: divisibilidade externa e indivisibilidade interna (ou seja, é possível delimitar o interesse do grupo em contraposição a interesses externos de terceiros, embora, no interior do próprio grupo, não se consiga fazer essa separação entre seus membros), bem como disponibilidade coletiva e indisponibilidade individual (em princípio, o ente coletivo pode dispor dos interesses coletivos, o que é vedado aos membros individualmente considerados); *(iii) campo relacional-jurídico*: existência de um relação jurídica base capaz de unir os sujeitos entre si ou com parte contrária; *(iv) âmbito político*: irrelevância da unanimidade social, e organização-ótima viável; e *(v) esfera de reparação*: reparabilidade indireta³⁰⁴.

³⁰¹ MAZZILLI, 2021, p. 58.

³⁰² MAZZILLI, 2021, p. 58.

³⁰³ MAZZILLI, 2021, p. 58; BENJAMIN, 1995, p. 29.

³⁰⁴ BENJAMIN, 1995, p. 29.

Por fim, os *interesses individuais homogêneos* são, simplesmente, interesses individuais, que, em razão de sua origem comum, apresentam uma relação de afinidade, de semelhança, ou, mais propriamente, de homogeneidade, capaz de torná-los aptos a uma defesa coletiva em sentido meramente instrumental (processual), como estratégia de facilitação de sua tutela em juízo. Há pluralidade de titulares determinados ou determináveis, bem como objeto divisível, isto é, passível de decomposição em “unidades autônomas” de titularidade própria³⁰⁵.

A multiplicidade de lesões individuais pode ou não gerar interesses individuais homogêneos, tudo depende da existência de uma “origem comum”, isto é, de uma mesma relação jurídica ou circunstância fática ter gerado aquelas múltiplas lesões, cujos danos serão apreciados e ressarcidos para cada membro do grupo de forma individualizada³⁰⁶.

É importante esclarecer que a homogeneidade não é intrínseca a esses interesses, mas emerge de uma relação de afinidade estabelecida entre eles em virtude de compartilharem a mesma origem jurídica ou fática. Isso significa dizer que a qualificação de “homogêneos” não altera a essência individual desses interesses no aspecto material. Ademais, a homogeneidade, nesse contexto, não exprime uma ideia de igualdade, mas sim de semelhança entre interesses similares (e não idênticos)³⁰⁷.

Em razão disso, Teori Albino Zavascki sustenta a existência concomitante de um “núcleo de homogeneidade”, que congrega os elementos comuns a todos os interesses individuais decorrentes da mesma origem, e de uma “margem de heterogeneidade”, a qual corresponde os elementos característicos e peculiares que individualizam esses interesses, distinguindo-os uns dos outros³⁰⁸.

Compõem o núcleo de homogeneidade dos interesses individuais homogêneos os seguintes elementos das relações jurídicas obrigacionais: o *an debeat* (= o ser devido), o *quis debeat* (= quem deve) e o *quid debeat* (= o que é devido, ou a natureza da prestação). Os demais elementos, portanto, estão compreendidos na margem

³⁰⁵ ZAVASCKI, 2008, p. 39-40.

³⁰⁶ MAZZILLI, 2021, p. 60.

³⁰⁷ ZAVASCKI, 2008, p. 166.

³⁰⁸ ZAVASCKI, 2008, p. 166.

de heterogeneidade. São eles: o *cui debeatur* (= identidade do credor) e o *quantum debeatur* (= em que quantidade é devido)³⁰⁹.

Como exemplo de interesses individuais homogêneos, pode-se citar o caso dos compradores de determinado modelo de veículo produzido com o mesmo defeito de fabricação. Embora haja uma relação jurídica subjacente comum a todos os compradores, o que os une no prejuízo sofrido não é essa relação jurídica estabelecida com o fornecedor do veículo, mas o fato de terem adquirido carros com o mesmo defeito. A homogeneidade está na origem da lesão, e não na expressão individual do dano, que, como se sabe, varia de pessoa para pessoa³¹⁰. Logo, cada integrante do grupo terá direito (divisível) a sua própria reparação, a partir da apreciação subjetiva e concreta do dano sofrido.

Seria diferente se, no caso acima, o pleito da ação coletiva fosse a declaração de nulidade de uma cláusula abusiva no contrato de aquisição do veículo, o que, por repercutir de forma indivisível sobre todo o grupo, configuraria um interesse coletivo³¹¹. Isso poderia acontecer, por exemplo, na hipótese de discussão acerca da abusividade da cláusula de garantia do produto oferecida pelo fornecedor aos consumidores³¹².

A ação coletiva para tutela de interesses individuais homogêneos se opera em duas fases, as quais, como regra, compreendem o seguinte: na primeira, promovida pelo legitimado coletivo (por substituição processual), pleiteia-se o reconhecimento do dever de indenizar do réu, com intuito de obter uma condenação genérica (sem avançar na quantificação dos danos individualmente sofridos por cada uma das vítimas)³¹³; na segunda, ocorre o momento de habilitação individual dos lesados (ou de seus sucessores) no processo, para, uma vez comprovada sua qualidade de vítima no evento lesivo comum, liquidar e executar seus respectivos danos³¹⁴. Excepcionalmente, o produto das indenizações individuais pode reverter para fundo público, tal situação acontece quando, decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com

³⁰⁹ ZAVASCKI, 2008, p. 167.

³¹⁰ MAZZILLI, 2021, p. 59-60.

³¹¹ MAZZILLI, 2021, p. 60.

³¹² Como exemplo, vide: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 712.006/DF*, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em: 05 ago. 2010. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GeInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200401784551&dt_publicacao=24/08/2010>. Acesso em: 04 fev. 2023.

³¹³ Artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor.

³¹⁴ Artigo 97 do Código de Defesa do Consumidor.

a gravidade do dano, os legitimados coletivos promovem a liquidação e execução da indenização devida (execução residual)³¹⁵.

De maneira sintética, as características dos interesses individuais homogêneos são: (i) *sujeito*: transindividualidade artificial ou legal, e instrumental ou pragmática, com determinabilidade dos sujeitos; (ii) *objeto*: divisibilidade e disponibilidade (esta última, desde que não haja previsão legal em contrário); (iii) *campo relacional-jurídico*: núcleo comum de questões de direito ou de fato a agregar os sujeitos; (iv) *âmbito político*: irrelevância da unanimidade social, e organização-ótima viável; e (v) *esfera de reparação*: reparabilidade direta, com ressarcimento pessoal das vítimas (admitindo-se, excepcionalmente, a execução residual)³¹⁶.

Expostos os conceitos e as principais características de cada uma das espécies de interesses coletivos *lato sensu*, mostra-se necessário alertar para algumas dificuldades práticas que podem surgir nas tentativas de enquadramento de uma realidade social, complexa e multifacetada, às categorias teóricas de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Nem sempre essa tarefa de identificação dos interesses tutelados será fácil ou simples. Tudo dependerá das circunstâncias do caso concreto, e do pedido veiculado na ação coletiva³¹⁷.

Toma-se, como exemplo, a proteção do consumidor contra a publicidade enganosa (art. 6º, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor). Tal direito básico do consumidor apresenta, em princípio, um caráter difuso, por ser indivisível e de titularidade indeterminável. Nesse sentido, a busca de uma tutela inibitória para evitar (ou fazer cessar) a veiculação de uma publicidade enganosa beneficia a todos os consumidores indistintamente. No entanto, uma vez veiculada a publicidade enganosa, podem ocorrer também lesões a interesses individuais homogêneos dos consumidores, gerando danos cujas vítimas são determináveis e suas indenizações divisíveis. Aliás, nesse contexto, é perfeitamente viável a cumulação de pedidos, com a finalidade de tutelar ambos os interesses transindividuais em uma mesma ação coletiva³¹⁸.

³¹⁵ Artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor.

³¹⁶ BENJAMIN, 1995, p. 30.

³¹⁷ ZAVASCKI, 2008, p. 44-45.

³¹⁸ ZAVASCKI, 2008, p. 45-46; MAZZILLI, 2021, p. 63.

Contudo, o mesmo interesse nunca será *simultaneamente* difuso, coletivo e individual homogêneo. Na prática, o que se verifica, com certa frequência, é que uma combinação de fatos pode provocar o surgimento de interesses transindividuais de mais de uma espécie, os quais podem ser defendidos em um único processo coletivo³¹⁹.

Como método para auxiliar o aplicador do Direito na tarefa de identificação dos interesses coletivos em sentido amplo existentes à luz do caso concreto, Hugo Nigro Mazzilli propõe as seguintes questões: (i) “O dano provocou lesões divisíveis, individualmente variáveis e quantificáveis?”; (ii) “O grupo lesado é indeterminável e o proveito reparatório, em decorrência das lesões, é indivisível?”; e (iii) “O proveito pretendido em decorrência das lesões é indivisível, mas o grupo é determinável, e o que une o grupo é apenas uma relação jurídica básica comum, que deve ser resolvida de maneira uniforme para todo o grupo?”. A resposta afirmativa para a primeira indagação corresponde a um interesse individual homogêneo. Para segunda, difuso. E para terceira, coletivo³²⁰.

Por fim, reitera-se que uma mesma ação civil pública pode cumular pedidos de tutela jurisdicional de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Para ilustrar, uma ação civil pública para combater aumentos ilegais de mensalidade escolares pode veicular pleitos concernentes a: (i) declaração de ilegalidade do aumento (interesse coletivo); (ii) repetição do indébito (interesse individual homogêneo); e (iii) proibição de aplicação desse aumento ilegal para futuros alunos (interesse difuso)³²¹.

Concluído o estudo dos interesses transindividuais e de sua tutela no ordenamento jurídico brasileiro, como resultado de avanços doutrinários e normativos ocorridos nas últimas décadas com vistas a assegurar o acesso à justiça desses interesses, passa-se, na sequência, a discorrer acerca do “dano moral coletivo”, isto é, da possibilidade de atos lesivos a alguns interesses coletivos em sentido amplo gerar danos extrapatrimoniais para coletividade.

³¹⁹ MAZZILLI, 2021, p. 63.

³²⁰ MAZZILLI, 2021, p. 62.

³²¹ MAZZILLI, 2021, p. 62.

3.2 O dano moral coletivo como verdadeiro dano em sentido normativo

A crescente preocupação com a adequada tutela dos interesses coletivos *lato sensu* motivou o legislador brasileiro a criar, inspirado por experiências estrangeiras, instrumentos normativos vocacionados ao tratamento de lesões ou ameaças a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos em âmbito nacional, dando origem àquilo que a doutrina costuma chamar de subsistema do processo coletivo brasileiro, o qual se encontra ancorado na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor.

Esse resgate da dimensão coletiva é verdadeiro avanço civilizatório, na medida em que se reconhece que as relações humanas não se dão apenas entre indivíduos em si considerados, ou entre estes e o Estado, mas também no contexto de grupos, nos quais interesses egoísticos cedem espaço àqueles pertencentes a toda uma coletividade de pessoas. O entendimento de que a lesão ou ameaça a um interesse, ainda que de titularidade indeterminável, merece resposta do ordenamento jurídico é exigência inafastável para um sistema de justiça, que pretenda oferecer respostas apropriadas aos desafios da contemporaneidade, marcada, sobretudo, pela massificação das relações e pelos riscos globais.

Nesse contexto, não parece razoável supor *a priori* que a tutela coletiva, no âmbito da responsabilidade civil, deva se ocupar apenas dos danos patrimoniais, isto é, daqueles que trazem consigo alguma repercussão apreciável pecuniariamente, ignorando toda uma dimensão de interesses extrapatrimoniais pertencentes à comunidade, e que também influem na dignidade de seus membros.

3.2.1 Dignidade humana, dano moral e proteção a interesses transindividuais

A adoção de um conceito normativo de dano como lesão a interesse abre espaço, no contexto dos danos extrapatrimoniais, para considerações acerca da tutela da personalidade, a qual, por sua vez, encontra seu substrato no princípio da dignidade da pessoa humana. Por isso, mostra-se oportuno tecer algumas considerações sobre tal princípio e sua relação com os interesses transindividuais, especialmente, no que importa ao pleno desenvolvimento da personalidade dos indivíduos que compõem uma dada comunidade.

Segundo Antonio Junqueira de Azevedo, a expressão “dignidade da pessoa humana” tomada em si mesma é um conceito jurídico indeterminado, já quando utilizada como norma, notadamente constitucional, é princípio jurídico. O autor destaca que, embora haja acordo em torno da expressão, seu conteúdo esconde grande divergência.

Existem duas concepções diversas acerca de “pessoa humana” que buscam sustentar a ideia de dignidade, quais sejam: (i) *concepção insular*, ainda dominante, que se funda no ser humano como razão e vontade, ou como autoconsciência; e (ii) *concepção própria de uma nova ética*, fundada no ser humano integrado à natureza, participante do fluxo vital, e cuja nota específica não está na razão, vontade ou autoconsciência, mas sim na capacidade de os seres humanos saírem de si, de reconhecerem o outro como igual, de usarem a linguagem e dialogar, bem como de sua vocação para o amor enquanto entrega espiritual a outrem. Na primeira concepção, a dignidade humana é entendida como autonomia individual ou autodeterminação, na segunda, como qualidade do ser vivo, capaz de dialogar e vocacionado à transcendência³²².

Em termos ontológicos, pode-se dizer que a concepção insular é dualista, porquanto homem e natureza estão em níveis diversos e não se encontram, constituem, respectivamente, sujeito e objeto. Já a concepção própria de uma nova ética é monista, pois homem e natureza formam um *continuum*, ele não é o único ser vivo inteligente e capaz de querer, ou o único dotado de autoconsciência. Entre os seres vivos existe uma complexidade crescente, sendo o ser humano o último elo dessa cadeia³²³.

Para Antonio Junqueira de Azevedo, o princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento da República brasileira³²⁴, exige como pressuposto (isto é, como imperativo jurídico categórico) a intangibilidade da vida humana, haja vista que: “Sem vida, não há pessoa, e sem pessoa, não há dignidade”. Na sequência, e como decorrência lógica da preservação da vida, a dignidade dá base jurídica à exigência de respeito à integridade física e psíquica (condições naturais); aos meios mínimos para exercício da vida (condições materiais); e aos pressupostos mínimos de liberdade e convivência igualitária (condições culturais). Esses três preceitos deduzidos do princípio da dignidade humana não são imperativos categóricos, mas se mostram fundamentais em

³²² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 797, ano 91, p. 11-26, mar. 2002. p. 12-13.

³²³ AZEVEDO, 2002, p. 13.

³²⁴ Artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

sua qualidade de requisitos mínimos para o desenvolvimento da personalidade e procura da felicidade, devendo ser observados segundo sua hierarquia³²⁵.

Isso significa dizer que a concretização da dignidade humana exige, em primeiro lugar, o respeito à intangibilidade da vida, e, depois: (i) a proteção da integridade física e psíquica da pessoa humana, do que se extrai uma obrigação de segurança (ou seja, de que os danos à pessoa devem ser indenizados)³²⁶; (ii) a garantia das condições materiais mínimas para exercício da vida, tais como, a obtenção da casa própria e sua proteção³²⁷; e (iii) a observância dos pressupostos mínimos de liberdade e de convivência igualitária entre as pessoas, os quais, excluindo o direito à vida e à integridade física e psíquica, vão se relacionar com os demais direitos da personalidade, ou, mais precisamente, com os “direitos que se prendem ao livre desenvolvimento da pessoa humana no seu meio social”³²⁸.

Maria Celina Bodin de Moraes argumenta que, a partir do princípio da dignidade, tem-se uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, que não se encerra na proteção dos direitos subjetivos da personalidade (típicos ou atípicos). Isso porque a personalidade humana não se realiza apenas por meio de direitos subjetivos, mas sim através de uma complexidade de situações jurídicas subjetivas, que podem assumir as mais variadas configurações (poder jurídico, direito potestativo, interesse legítimo), e que também se mostram merecedoras de tutela³²⁹.

Não há, portanto, um número preestabelecido de situações jurídicas subjetivas tuteladas, pois o que se busca proteger é o valor da personalidade humana, cujo limite se encontra apenas no interesse de outras pessoas, dotadas de igual dignidade³³⁰. A esse respeito, Maria Celina Bodin de Moraes explica que³³¹:

A tutela da pessoa humana não pode ser fracionada em isoladas hipóteses, microssistemas, em autônomas *fattispecie* não-intercomunicáveis entre si, mas deve ser apresentada como um problema unitário, dado o seu fundamento, representado pela unidade do *valor* da pessoa. Esse fundamento não pode ser dividido em tantos interesses, em tantos bens, como é feito nas teorias atomísticas. A personalidade é, portanto, não um “direito”, mas um *valor*, o valor fundamental do ordenamento, que está na base de uma série (aberta) de

³²⁵ AZEVEDO, 2002, p. 19.

³²⁶ AZEVEDO, 2002, p. 22.

³²⁷ AZEVEDO, 2002, p. 22.

³²⁸ AZEVEDO, 2002, p. 24.

³²⁹ MORAES, 2003, p. 117-118.

³³⁰ MORAES, 2003, p. 120.

³³¹ MORAES, 2003, p. 121, grifo da autora.

situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela.

Enquanto princípio fundante de Estado brasileiro, portanto, a dignidade humana institui a cláusula geral de tutela da personalidade, a exigir, desse modo, a proteção pelo ordenamento de uma variada gama de situações jurídicas subjetivas não-patrimoniais, seja através de prevenção, seja de reparação integral dos danos causados³³².

De outra parte, há que se reconhecer que os seres humanos se inserem em comunidades, e que sem estas se torna inviável o pleno desenvolvimento da personalidade dos indivíduos que a compõem. Com efeito, a dignidade de uma pessoa, para além da esfera estritamente individual, precisa também ser compreendida em sua dimensão coletiva, tendo em conta que certas situações subjetivas existenciais exigem uma consideração global. É nesse ponto, exatamente, que reside a intercomunicação entre os interesses de natureza transindividual e o completo desenvolvimento da pessoa³³³ – a ser melhor explorado mais adiante neste trabalho.

Para ilustrar, imagina-se, como exemplo, o garimpo ilegal de ouro que contamina determinado rio com mercúrio, comprometendo a sobrevivência de diversas comunidades ribeirinhas. Inegavelmente, o bem jurídico meio ambiente foi agredido. A partir disso, uma série de danos podem ser identificados, e não apenas de ordem material coletiva relativos, dentre outros, à recuperação da área degradada e descontaminação das águas. Podem-se vislumbrar, igualmente, danos extrapatrimoniais de titularidade coletiva, porquanto a privação do uso do rio contaminado como forma de subsistência afeta o modo de vida das comunidades ribeirinhas, bem como a reprodução e conservação de suas tradições, prejudicando o desenvolvimento da personalidade de seus membros³³⁴.

Nessa toada, entende-se que a lesão a determinados interesses transindividuais pode, em tese, gerar danos coletivos de natureza tanto patrimonial quanto extrapatrimonial, sendo ambos passíveis de apreciação pela disciplina da responsabilidade civil. Em qualquer caso, porém, a existência de um dano em sentido normativo é exigência inafastável, não bastando a mera lesão antijurídica para imposição

³³² MORAES, 2003, p. 132.

³³³ TEIXEIRA NETO, Felipe. Ainda sobre o conceito de dano moral coletivo. In: ROSENVALD, Nelson (Coord.); TEIXEIRA NETO, Felipe (Coord.). *Dano Moral Coletivo*. Indaiatuba: Foco, 2018, p. 29-51. p. 35.

³³⁴ Não se ignora no exemplo a possibilidade de também existirem danos materiais e morais de natureza individual.

do dever de indenizar. Ou seja, não se mostra suficiente a constatação de uma lesão a “interesse” enquanto “situação jurídica” tutelada da vítima, porquanto isso aponta apenas para a antijuridicidade da conduta do agente, é preciso que haja a verificação concreta do comprometimento da idoneidade do bem jurídico transformado satisfazer necessidades específicas do ofendido.

3.2.2 O dano moral coletivo no direito brasileiro

Passa-se agora a discorrer acerca do dano moral coletivo, que, apesar de ter o reconhecimento de sua viabilidade jurídica praticamente pacificado no Brasil, demanda ainda certo esforço de aperfeiçoamento de seu conteúdo conceitual, a fim de melhor identificar os casos em que se legitima seu ressarcimento³³⁵.

Visando uma maior clareza na exposição da matéria, propõe-se a seguinte abordagem: (i) delimitação dos interesses transindividuais cuja lesão é capaz de produzir dano moral coletivo; (ii) apresentação de seus fundamentos legais; e (iii) exposição dos principais posicionamentos doutrinários sobre o tema em análise, indicando, ao final, a posição adotada nesta pesquisa.

3.2.2.1 A questão dos interesses individuais homogêneos

Para começar, nem todos os interesses transindividuais quando lesados geram dano moral coletivo. O que torna necessária uma delimitação inicial para excluir desse campo de análise os interesses individuais homogêneos. Por serem acidentalmente coletivos, a lesão a essa espécie de interesses não gera dano para coletividade, mas tão somente para o indivíduo em si considerado. Em outras palavras, embora a origem comum lhes confira um núcleo de homogeneidade que viabiliza sua proteção coletiva em sede processual, eles continuam sendo interesses materialmente individuais, de modo que sua lesão pode acarretar danos materiais ou morais, porém, sempre de titularidade do indivíduo que os sofre. Sua compensação, como visto, pode ser pleiteada em juízo individualmente ou em sede de ação coletiva, sendo que, nesta última, o procedimento é dividido em dois momentos: primeiro, tem-se a propositura da ação pelo legitimado ativo

³³⁵ TEIXEIRA NETO, 2018, p. 29.

coletivo; e depois, em liquidação de sentença, a habilitação do próprio ofendido ou de seus sucessores³³⁶.

Isso significa dizer apenas que a lesão a interesses individuais homogêneos não pode, ela mesma, gerar um dano que não seja individual. É evidente, contudo, que um mesmo contexto fático-jurídico tem a capacidade de gerar lesões tanto a interesses individuais (homogêneos) quanto a difusos ou coletivos³³⁷. Em casos assim, é plenamente possível vislumbrar a existência concomitante e autônoma dos danos morais individuais (suportados pelas vítimas individualmente consideradas) e do dano moral coletivo (experimentado pela coletividade em si), este proveniente da lesão a interesses difusos ou coletivos, e aqueles da lesão a interesses individuais homogêneos³³⁸.

Em sendo assim, limita-se, neste trabalho, o debate sobre o dano moral coletivo à lesão a interesses difusos ou coletivos, isto é, daqueles considerados essencialmente coletivos pela pluralidade de titulares e indivisibilidade do objeto.

3.2.2.2 Os fundamentos legais

Quanto aos fundamentos legais que dão sustentação à ressarcibilidade do dano moral coletivo, a doutrina costuma destacar o artigo 6º, incisos VI e VII, do Código de Defesa do Consumidor, o qual estabelece, dentre outros direitos básicos do consumidor, a reparação dos danos materiais e morais, individuais, coletivos e difusos. E também apresenta o artigo 1º, *caput*, da Lei da Ação Civil Pública, especificamente, a partir da redação que lhe foi dada pela Lei Federal nº 8.884/94, que tornou expressa a possibilidade de manejo da ação civil pública para responsabilização civil em face de danos morais causados pela lesão de qualquer espécie de interesse difuso ou coletivo³³⁹.

³³⁶ Não por outra razão, o Superior Tribunal de Justiça vem negando a possibilidade de condenação por dano moral coletivo em face da violação de interesses individuais homogêneos. A esse respeito, vide: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.610.821/RJ*, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em: 15 dez. 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400199005&dt_publicacao=26/02/2021>. Acesso em: 19 mar. 2022.

³³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.293.606/MG*, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em: 02 set. 2014. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102720867&dt_publicacao=26/09/2014>. Acesso em: 20 dez. 2022.

³³⁸ TEIXEIRA NETO, 2018, p. 38.

³³⁹ BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. *Revista da EMERJ*, v. 10, n. 40, p. 247-283, 2007. p. 257-258. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista40/Revista40_247.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2022.

Mais recentemente, pode-se citar ainda o artigo 42, *caput*, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei Federal nº 13.709/18).

Reforça esse entendimento, o fato de o direito brasileiro prever de modo expresso a reparabilidade do dano moral, nos termos do artigo 5º, V, da Constituição Federal, e, ainda, do artigo 186 do Código Civil.

Ademais, a cláusula geral de dano consagrada no ordenamento brasileiro é dotada de uma tal amplitude hermenêutica, que permite ao intérprete da norma vislumbrar hipóteses de responsabilização civil por dano extrapatrimonial oriundo de lesão a interesses titularizados pela coletividade³⁴⁰. Nesse sentido, uma vez configurado o dano em sentido normativo – seja ele individual, seja coletivo –, a cláusula geral do artigo 927 do Código Civil autoriza a imposição do dever de indenizar, desde que, naturalmente, presentes os demais pressupostos da responsabilidade civil conforme o caso.

Sob um ponto de vista legal, portanto, a reparabilidade do dano moral coletivo não encontra óbice no ordenamento jurídico brasileiro. Ao contrário, existe previsão expressa que autoriza a imposição do dever de indenizar diante de lesões a qualquer espécie de interesses difusos ou coletivos com repercussão extrapatrimonial para coletividade como um todo, arbitrando-se, inclusive, indenização global em vista da indeterminabilidade dos sujeitos atingidos³⁴¹.

A previsão legal expressa não afasta, entretanto, uma série de questionamentos sobre o dano moral coletivo, seu conteúdo, pressupostos, associação a um abalo da integridade psíquica da coletividade, funções e quantificação de sua indenização, entre outros³⁴².

3.2.2.3 As diferentes posições doutrinárias

Em geral, a leitura dos trabalhos disponíveis acerca do tema dos danos morais coletivos evidencia uma série de posições dispersas pouco sistematizadas pela doutrina³⁴³.

³⁴⁰ TEIXEIRA NETO, Felipe. *Dano moral coletivo: a configuração e a reparação do dano extrapatrimonial por lesão aos interesses difusos*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 139.

³⁴¹ TEIXEIRA NETO, 2014, p. 140-141.

³⁴² BESSA, 2007, p. 258.

³⁴³ Com exceção de alguns estudos, como o de Felipe Teixeira Neto, as propostas de sistematização da matéria ainda se mostram insuficientes.

Como principais causas desse diagnóstico sobre o estado da arte, talvez seja possível apontar os equívocos sobre o próprio conceito de dano extrapatrimonial, e a ausência de uma construção dogmática sólida capaz de conjugar, adequadamente, a teoria sobre os interesses difusos e coletivos, os direitos da personalidade, e as funções da responsabilidade civil e de sua indenização³⁴⁴.

Aliás, não é de hoje que os danos extrapatrimoniais geram dificuldades para doutrina. O próprio dano moral individual passou por um amadurecimento até sua aceitação contemporânea, tanto que, no início do século XX, Hans Albrecht Fischer chega a fazer o seguinte alerta em sua obra: “Logo que se abandona o terreno firme do dano patrimonial, tudo são incertezas, sendo forçoso proceder com cautela, passo a passo, para saber os casos em que o direito admite indenização”³⁴⁵.

Nessa toada, o diagnóstico do estado da arte, longe de ser uma crítica estéril, é uma constatação de que a figura do dano moral coletivo ainda demanda certo amadurecimento de seu conteúdo no Brasil, o que em nada surpreende, haja vista que, de uma perspectiva histórica, essa espécie de dano teve seu reconhecimento ocorrido apenas nas últimas três décadas, sendo, portanto, recente quando comparada a outros institutos jurídicos que remontam, por exemplo, ao direito romano.

Na presente pesquisa, a análise dos principais posicionamentos doutrinários acerca do dano moral coletivo abordará teses contrárias e favoráveis à existência dessa espécie de dano. E, dentro das favoráveis, buscará identificar as posições que trabalham, efetivamente, com alguma noção de dano em sentido normativo, e aquelas que conferem à figura um caráter exclusivamente punitivo.

(i) Corrente contrária ao dano moral coletivo:

Os posicionamentos doutrinários abaixo apresentados são resultado de uma proposta de organização das principais teses que se colocam contrárias à existência do dano moral coletivo, com intuito de, novamente, auxiliar na exposição da matéria. Não se tem, com isso, a pretensão de fazer uma linha do tempo apresentando esses argumentos em ordem cronológica.

³⁴⁴ TEIXEIRA NETO, 2014, p. 153.

³⁴⁵ FISCHER, 1938, p. 230-231.

Feito esse esclarecimento, a primeira posição contrária que se passa a trabalhar é aquela que associa o dano moral à uma ideia de dor em sentido amplo, ou seja, de sentimentos humanos negativos, os quais somente podem ser experimentados por pessoas naturais (indivíduos), e não por coletividades abstratas.

Partindo dessa concepção, Teori Albino Zavascki é um dos autores que nega a existência de um dano moral de natureza transindividual. Para ele, a vítima de dano moral é, necessariamente, uma pessoa, porquanto tal modalidade de dano envolve dor, sofrimento, abalo psíquico, enfim, sentimentos negativos que molesta a alma humana. Então, não há que se falar em compatibilidade entre a figura do dano moral e a ideia de transindividualidade, a qual se caracteriza pela indeterminabilidade individual dos sujeitos passivos e pela indivisibilidade da ofensa e da reparação³⁴⁶.

O referido autor até reconhece que uma mesma ofensa a bens ou valores coletivos (meio ambiente, patrimônio histórico e cultural, outros afins) possa gerar, teoricamente, danos de natureza diversa, dentre os quais também o dano moral. Mas, ainda assim, o dano moral não adquire, ele próprio, uma natureza transindividual³⁴⁷. Embora a conduta lesiva possa atingir os sentimentos de todas, ou de grande parte, das pessoas integrantes da comunidade, tornando difícil demonstrar individualmente a existência ou a extensão do dano moral, trata-se aqui de uma dificuldade meramente prática e probatória, que não tem a aptidão jurídica de transformar a natureza do direito material objeto da lesão, passando de subjetivo individual e divisível para indivisível e transindividual³⁴⁸.

No máximo, a origem comum da lesão permitiria a tutela dos interesses individuais homogêneos em ação coletiva, na qual se postularia a indenização pelos danos morais de cada uma das vítimas, seguindo-se a lógica de posterior habilitação individual em liquidação de sentença. Nessa hipótese, a indenização só reverteria aos fundos públicos caso não fosse possível identificar os titulares individuais do direito ou quantificar particularmente os danos morais experimentados, procedendo-se com a

³⁴⁶ ZAVASCKI, 2008, p. 48.

³⁴⁷ ZAVASCKI, 2008, p. 48.

³⁴⁸ ZAVASCKI, 2008, p. 50.

execução residual pelo legitimado coletivo, com fundamento, por analogia, no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor³⁴⁹.

Como arremate, Teori Albino Zavascki defende que a interpretação do artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública não pode ser estritamente literal. O autor argumenta que, por se tratar de lei com objetivo processual, o legislador não teve intuito de criar nova modalidade de direito material: “um exótico dano moral supraindividual”. Nessa linha de ideias, o citado artigo 1º tão somente autoriza a cumulação de pedidos na ação civil pública, para, diante de uma lesão a interesses transindividuais, veicular pedido de indenização por danos morais individuais decorrentes da mesma origem³⁵⁰.

Alinhado a uma visão tradicional de dano moral como dor em sua lata expressão ³⁵¹, esse posicionamento recebe muitas críticas de parte da doutrina, precisamente, por buscar correlacionar o dano de natureza extrapatrimonial com sentimentos humanos de caráter subjetivo, o que evidenciaria confusão com as consequências da conduta lesiva³⁵².

Embora inicialmente tenha influenciado a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de não reconhecer a ocorrência de um dano moral coletivo pela incompatibilidade entre a noção de transindividualidade e a ideia de dor ou sofrimento psíquico ³⁵³, essa posição foi superada pelo amadurecimento do debate doutrinário e jurisprudencial da matéria³⁵⁴, de modo que o entendimento majoritário hoje na referida Corte é no seguinte sentido³⁵⁵: “O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos”.

³⁴⁹ ZAVASCKI, 2008, p. 50.

³⁵⁰ ZAVASCKI, 2008, p. 50-51.

³⁵¹ A esse respeito do dano moral enquanto dor ou sofrimento, vide: AGUIAR DIAS, 1995, p. 740-741; SILVA, 1983, p. 330-335; CAHALI, 2011, p. 20.

³⁵² MORAES, 2003, p. 130-131; TEIXEIRA NETO, 2014, p. 121-122; ROSENVALD, Nelson. O dano moral coletivo como uma pena civil. In: ROSENVALD, Nelson (Coord.); TEIXEIRA NETO, Felipe (Coord.). *Dano Moral Coletivo*. Indaiatuba: Foco, 2018, p. 97-127. p. 98-100.

³⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 598.281/MG*, Rel. Min. p/ acórdão Teori Albino Zavascki, julgado em: 02 mai. 2006. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200301786299&dt_publicacao=01/06/2006>. Acesso em: 19 mar. 2022.

³⁵⁴ TEIXEIRA NETO, 2018, p. 40.

³⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.057.274/RS*, Relª. Minª. Eliana Calmon, julgado em: 01 dez. 2009. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200801044981&dt_publicacao=26/02/2010>. Acesso em: 19 mar. 2022.

Aliás, mostra-se oportuno pontuar que o Superior Tribunal de Justiça admite, atualmente, a existência de danos morais coletivos oriundos de uma ampla gama de lesões a interesses difusos ou coletivos em sentido estrito, com fundamento na proteção do consumidor, meio ambiente, idosos e outros³⁵⁶.

O segundo posicionamento que nega a existência de um dano moral capaz de transcender a órbita individual da pessoa para alcançar a coletividade é aquele que o entende como uma pena civil, e não propriamente como um dano em sentido normativo.

Partindo de um conceito de dano extrapatrimonial como “lesão concreta a um interesse existencial merecedor de tutela”³⁵⁷, Nelson Rosendal rechaça a concepção de dano moral como dor ou qualquer outro sentimento negativo experimentado pela vítima da conduta lesiva. No entanto, o autor assume uma posição – considerada por ele próprio como contramajoritária – no sentido de não admitir que ofensas a determinadas situações jurídicas existenciais sejam capazes de ultrapassar a esfera individual para se tornarem difusas, atingindo a dignidade de uma comunidade abstrata de pessoas em âmbito coletivo, com independência dos prejuízos sofridos por cada um de seus membros. Nas palavras do autor: “Em verdade, fiéis à nossa linha de pensamento, consideramos que o dano moral ostenta natureza individual e se prende unicamente a uma ofensa a interesses existenciais de cada pessoa humana, em sua concretude”³⁵⁸.

Fundado em argumentos, inclusive, de natureza filosófica, Nelson Rosendal considera que a espécie humana não é muito diferente da totalidade dos indivíduos que a formam, sendo um equívoco, portanto, conceder valor a essa abstração coletiva. O valor da espécie não pode ser encontrado em seu nível, mas sim no de seus indivíduos. São os seres humanos capazes de pensar e aprender, ao contrário, da humanidade que só pode fazer isso de forma metafórica³⁵⁹.

Do ponto de vista jurídico, o autor defende que o dano moral coletivo seja valorizado no ordenamento brasileiro, porém, não como dano em sentido normativo suportado por um ente abstrato, e sim como pena civil imposta ao agressor, com foco no caráter pedagógico e punitivo. Sob essa perspectiva, a condenação ao pagamento de

³⁵⁶ CARRÁ, 2015, p. 259.

³⁵⁷ ROSENVALD, 2018, p. 98.

³⁵⁸ ROSENVALD, 2018, p. 117.

³⁵⁹ ROSENVALD, 2018, p. 117-118.

“dano moral coletivo” corresponderia, na realidade, a uma retribuição autônoma ao ofensor pelo ilícito cometido, não se confundido, pois, com a reparação de danos infligidos à vítima, ambas operadas em planos distintos com vistas a suas próprias finalidades (punir conduta e ressarcir danos)³⁶⁰.

O autor pondera, entretanto, que o dano moral coletivo só poderia ser legitimamente tratado como verdadeira pena civil a partir de uma reforma na legislação brasileira, que, por exemplo, acrescentasse à Lei da Ação Civil Pública dispositivo normativo com os critérios objetos e subjetivos de sua aplicação como sanção punitiva, sob pena de ferir o princípio da legalidade (*nulla poena sine lege*). Enquanto isso não acontecer, adverte Nelson Rosenvald, o dano moral coletivo seguirá sendo trabalhado indevidamente como uma espécie de dano moral³⁶¹.

É importante ter claro que a posição de Nelson Rosenvald reflete, naturalmente, seu entendimento acerca das funções da responsabilidade civil na sociedade contemporânea. Segundo o autor, essa disciplina ostenta três funções: reparatória, punitiva e precaucional, sendo a prevenção *lato sensu* obtida pela aplicação de qualquer uma dessas funções. Nessa esteira, para além da reparação de danos, a responsabilidade civil deveria sair de sua neutralidade e induzir nos cidadãos a prática de comportamentos socialmente desejáveis, com intuito de prevenir danos iminentes e futuros, seja através de coerção mediante aplicação de uma pena civil a condutas reprováveis, seja de precaução no exercício de atividades potencialmente danosas³⁶². Em outras palavras, a função punitiva pregada pelo autor equivale a uma forma de responsabilidade civil sem danos³⁶³.

A discordância com a posição acima reside, pois, no reconhecimento de que a tutela de interesses difusos e coletivos visa assegurar, dentre outros fatores, o pleno desenvolvimento da pessoa humana também em uma dimensão da vida comunitária, e que, diante de uma lesão a esses interesses, é viável dogmaticamente sustentar a existência de dano em sentido normativo experimentado pela coletividade e distinto daquele de seus

³⁶⁰ ROSENVALD, 2018, p. 118-119.

³⁶¹ ROSENVALD, 2018, p. 122; 124-125.

³⁶² ROSENVALD, 2017, p. 32-34

³⁶³ ROSENVALD, 2017, p. 278.

membros, o qual pode assumir uma natureza tanto patrimonial quanto extrapatrimonial, a depender das circunstâncias do caso concreto.

Ademais, e como já se teve a oportunidade de expor, esta pesquisa adota uma posição contrária à corrente doutrinária denominada de “responsabilidade civil sem danos”, por entender que não compete a esta disciplina punir condutas antijurídicas. O controle de comportamentos socialmente indesejáveis deve, portanto, ser realizado por outros ramos do Direito (direito penal e administrativo, por exemplo).

(ii) Corrente favorável ao dano moral coletivo:

Da mesma forma como anteriormente esclarecido, reitera-se que a exposição dos posicionamentos doutrinários a seguir não pretende estabelecer, necessariamente, uma ordem cronológica dos argumentos, mas tão somente sistematizar as principais teses favoráveis ao dano moral coletivo.

A primeira posição encontrada na doutrina como tentativa de caracterização do dano moral coletivo é aquela que o relaciona à uma noção tradicional de dano moral enquanto sentimentos negativos (dor, sofrimento, indignação, comoção), porém, experimentados por uma coletividade de pessoas³⁶⁴. Ao contrário daqueles que, como visto, negam a possibilidade de se admitir a uma coletividade a experiência do sofrimento, a posição ora exposta encontra seu fundamento, justamente, no reconhecimento de sentimentos desagradáveis em âmbito social.

Nesse sentido, colhe-se ensinamento de Sergio Cavalieri Filho³⁶⁵:

De forma objetiva e sintética pode-se então conceituar o dano moral coletivo como sentimento de despreço que afeta negativamente toda a coletividade pela perda de valores essenciais; sentimento coletivo de comoção, de intranquilidade ou insegurança pela lesão a bens de titularidade coletiva, como o meio ambiente, a paz pública, a confiança coletiva, o patrimônio (ideal) histórico, cultural, paisagístico etc.

Com posição semelhante, Álvaro Luiz Valery Mirra afirma³⁶⁶:

O dano moral ambiental, como dano coletivo, consiste, em linhas gerais, na dor ou no sentimento de frustração da sociedade decorrente da agressão a um

³⁶⁴ CAVALIERI FILHO, 2019, p. 147; MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Responsabilidade civil pelo dano ambiental e o princípio da reparação integral do dano. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 32, p. 68-82, out.-dez. 2003. p.71.

³⁶⁵ CAVALIERI FILHO, 2019, p. 147.

³⁶⁶ MIRRA, 2003, p.71.

determinado bem ambiental, ao qual a coletividade se sinta especialmente vinculada, seja por laços de afeição, seja por algum vínculo de especial respeito.

Para ilustrar suas posições, os autores se referem à destruição de monumentos históricos importantes para coletividade (por exemplo, Cristo Redentor ou Museu Nacional, ambos no Rio de Janeiro/RJ); aos desastres ambientais (como aquele ocorrido em Mariana/MG); à derrubada de árvores centenárias de uma praça ou poluição de corpos hídricos, com especial relevância para paisagem de uma localidade³⁶⁷.

Até mesmo alguns autores que buscam se distanciar dessa ideia de dano moral como dor em sentido amplo, acabam por adotar, na construção de seu conceito de dano moral coletivo, expressões que remetem, em última análise, para sentimentos negativos coletivos³⁶⁸. É o caso de André de Carvalho Ramos, que, expressamente, defende a ampliação do conceito de dano moral no sentido de se afastar daquela concepção de dor psíquica, que seria exclusividade das pessoas físicas³⁶⁹. Na sequência, entretanto, o referido autor se posiciona no sentido de que o dano moral coletivo corresponderia a um abalo no patrimônio moral de uma dada coletividade, gerando “intranquilidade e sentimento de desapreço”³⁷⁰.

Como já exposto, parte da doutrina não concorda com a identificação do dano moral (individual ou coletivo) como dor, sofrimento, humilhação, pois estes sentimentos negativos seriam somente reflexos consequenciais, os quais, embora até pudessem existir no abalo sofrido por um indivíduo em concreto, não constituiriam elementos essenciais de sua verificação³⁷¹. O Enunciado nº 445 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal expressa esse entendimento³⁷²: “O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento”.

Em relação ao entendimento específico de Sergio Cavalieri Filho, Álvaro Luiz Valery Mirra e André de Carvalho Ramos, pode-se apontar uma outra crítica. Todos

³⁶⁷ CAVALIERI FILHO, 2019, p. 147; MIRRA, 2003, p. 71.

³⁶⁸ Com mesmo entendimento, vide: TEIXEIRA NETO, 2014, p. 154.

³⁶⁹ RAMOS, André de Carvalho. A ação civil pública e o dano moral coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 25, p. 80-98, jan. 1998. p. 82.

³⁷⁰ RAMOS, 1998, p. 82-83.

³⁷¹ TEIXEIRA NETO, 2014, p. 154.

³⁷² CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado nº 445*. V Jornada de Direito Civil. Brasília, 2012. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em: 27 dez. 2022.

esses autores partem de um conceito normativo de dano como lesão a bem juridicamente protegido³⁷³. Conforme se teve a oportunidade de abordar no primeiro capítulo, o ordenamento jurídico não tutela bens ou direitos em abstrato, mas apenas quando estes satisfazem necessidades humanas, de modo que o conceito de dano enquanto menoscabo de bens jurídicos não se apresenta como o mais adequado para responsabilidade civil.

A segunda posição favorável que pode ser mencionada é aquela que trabalha o dano moral coletivo como sendo a violação, injusta e intolerável, de um conjunto de valores coletivos titularizados por determinada comunidade.

Com esse entendimento, Carlos Alberto Bittar Filho argumenta que a composição do tecido social encontra nos *valores* (imateriais) seus principais fios formadores. Esses valores coletivos nascem de uma amplificação dos valores individuais de seus membros e conferem à comunidade uma dimensão ética, que diz respeito à coletividade como um todo, de forma independente de suas partes e com elas não se confundindo³⁷⁴.

Sob uma perspectiva mais ampla, trata-se do próprio fenômeno cultural composto de elementos externos ou objetivos (fatos, coisas, signos, tradições) e elementos internos ou subjetivos (sentimentos, ideias, emoções, julgamentos de valor). Os primeiros formam os elementos transcendentais da cultura, e os segundos, os imanentes. Os dois elementos conjugados compõem um sistema articulado, em que se observam objetos ou fatos de ordem material associados a reflexos condicionados, guardando correspondência com sentimentos e ideias³⁷⁵.

Como exemplos de valores coletivos, Carlos Alberto Bittar Filho cita: meio ambiente; consumo; patrimônio histórico; honra coletiva; e dignidade nacional³⁷⁶. Todos esses apresentados como formas de ilustrar a dimensão ética de uma dada comunidade, cuja existência não pode ser negada ou esquecida pelo Direito.

³⁷³ CAVALIERI FILHO, 2019, p. 104; MIRRA, 2003, p. 70; RAMOS, 1998, p. 80.

³⁷⁴ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 12, p. 44-61, out.-dez. 1994. p. 50.

³⁷⁵ BITTAR FILHO, 1994, p. 51.

³⁷⁶ BITTAR FILHO, 1994, p. 52-54.

Adotando um conceito normativo de dano como lesão a bens juridicamente protegidos (vida, saúde, honra, liberdade, propriedade e outros)³⁷⁷, Carlos Alberto Bittar Filho propõe o seguinte conceito de dano moral coletivo³⁷⁸:

Assim, pode-se afirmar que o dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial.

A crítica encontrada na doutrina acerca do dano moral coletivo enquanto violação de um “círculo de valores coletivos” é que tal conceito utiliza expressões demasiadamente genéricas, sem conteúdo determinado ou de frágil delimitação dogmática. Não quer isso dizer que não se possa utilizar conceitos jurídicos indeterminados – até porque a própria dignidade humana é um deles, sendo esse um dos recursos válidos do Direito –, porém, a generalidade do que se pode atribuir ou entender como “círculo de valores coletivos” acaba conferindo ao instituto uma tal amplitude que pouco contribui para sua rigorosa sistematização³⁷⁹. Disso resulta que, quando da aplicação do conceito aos casos concretos, seus contornos serão tão abertos, que poderão oferecer, erroneamente, o mesmo tratamento a situações distintas³⁸⁰.

Soma-se a essa crítica a adoção de um conceito normativo de dano como lesão a bens jurídicos protegidos. Novamente, reforça-se que o ordenamento não tutela bens ou direitos em abstrato, e sim o interesse concreto e subjetivo, isto é, a utilidade extraída do bem pelo seu titular para o atendimento de uma necessidade. Nesse sentido, entende-se que o menoscabo sofrido por um determinado bem jurídico pode ou não gerar danos em sentido normativo, tudo depende da apreciação do interesse violado em concreto.

Por exemplo, a derrubada prematura de uma árvore plantada unicamente para ser vendida no futuro como lenha lesa o interesse de seu proprietário, que esperava poder um dia comercializá-la para auferir receitas suficientes que pagassem seu investimento e lhe proporcionassem lucro, gerando, com isso, um dano patrimonial (dano emergente e

³⁷⁷ BITTAR FILHO, 1994, p. 45.

³⁷⁸ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Pode a coletividade sofrer dano moral?. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n. 15/96, p. 271, 1ª quinzena ago. 1996. p. 271.

³⁷⁹ TEIXEIRA NETO, 2014, p. 155.

³⁸⁰ TEIXEIRA NETO, 2018, p. 41.

lucros cessantes). De outra forma, o corte de uma árvore como a figueira localizada na Praça XV, no centro de Florianópolis, pela sua história e tradição, tem o condão de lesionar uma ampla gama de interesses, dentre eles, interesses difusos voltados à preservação ambiental, e, mais do que isso, à proteção do patrimônio histórico-cultural daquele Município, sendo capaz de gerar vários danos em sentido normativo – inclusive, de natureza patrimonial e extrapatrimonial coletiva. Com isso, pretende-se ilustrar que, independentemente de qual seja o bem jurídico atingido, a avaliação do dano em sentido normativo deve ser dar com base no interesse lesionado em concreto.

A terceira posição favorável ao dano moral coletivo o concebe como uma mera lesão a interesses difusos ou coletivos, prescindindo da verificação, em concreto, de um dano propriamente dito e atribuindo ao valor da condenação um caráter eminentemente punitivo³⁸¹.

Xisto Tiago de Medeiros Neto argumenta que o dano moral coletivo reflete uma “violação intolerável do ordenamento jurídico”, que agride direitos difusos ou coletivos de natureza extrapatrimonial³⁸². Nesse contexto, a “reparação” do dano moral coletivo “[...] constitui uma espécie de reação jurídica necessária diante da intolerável lesão a direitos transindividuais, guardando especificidade e congruência com a racionalidade inerente à tutela desses interesses”³⁸³.

Segundo o autor, a lógica de reparação dos danos coletivos é diferente daquela aplicada aos danos individuais, o que exige um tratamento específico no plano da responsabilização do agente ofensor, seja quanto à forma de reparação, seja no que concerne às funções e objetivos jurídicos almejados. Diante do alto grau de reprovabilidade social e dos efeitos danosos à coletividade, deixar tais situações lesivas sem resposta corresponderia a uma inadmissível demonstração de vulnerabilidade e inaptidão do sistema jurídico, notadamente, em face dos benefícios obtidos pelo agente com o ilícito praticado. Por isso, a estruturação de um mecanismo de condenação do

³⁸¹ TEIXEIRA NETO, 2014, p. 155-156.

³⁸² MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. O dano moral coletivo e o valor da sua reparação. *Rev. TST*, Brasília, v. 78, n. 4, p. 288-304, out.-dez. 2012. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/35831/014_medeiros_netto.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 16 nov. 2022. p. 289.

³⁸³ MEDEIROS NETO, 2012, p. 294-295.

ofensor a uma parcela pecuniária significativa, com intuito de atender, preponderantemente, uma finalidade sancionatória, e também preventiva³⁸⁴.

Em essência, os danos morais coletivos consubstanciam, para esta posição, verdadeira “indenização punitiva” imposta para punir o autor da lesão a direitos difusos ou coletivos, bem como dissuadir terceiros, realçando a função preventiva da responsabilidade civil. Há, portanto, um distanciamento da função compensatória típica encontrada na indenização por danos morais individuais, e que, apenas secundariamente, admite um caráter punitivo-pedagógico³⁸⁵.

Na mesma linha, Leonardo Roscoe Bessa defende que o dano moral coletivo é um instituto multifacetado, que se relaciona tanto com a responsabilidade civil quanto com uma perspectiva própria do direito penal³⁸⁶. Em razão disso, a correta compreensão do dano moral coletivo não deve se circunscrever a todos os elementos e racionalidade próprios da responsabilidade civil nas relações privadas individuais. O objetivo de se admitir, ao lado da possibilidade de indenização por danos materiais, a condenação por danos morais coletivos “[...] só encontra justificativa pela relevância social e interesse público inexoravelmente associados à proteção e tutela dos interesses metaindividuais”³⁸⁷.

Ainda segundo Leonardo Roscoe Bessa, no campo coletivo, o dano extrapatrimonial se origina da lesão em si dos interesses difusos ou coletivos, sem qualquer dependência de afetação paralela de patrimônio ou de integridade psicofísica. Novamente, ressalta que essa noção se aproxima da ofensa ao bem jurídico do direito penal, pela dispensa de resultado naturalístico. Para ilustrar sua posição, o autor argumenta que a mera veiculação de publicidade enganosa ou abusiva, ainda que sem qualquer repercussão material ou moral (individual), representa lesão a interesse difuso e autoriza condenação por dano moral coletivo, com caráter exclusivamente punitivo³⁸⁸.

E conclui: “Assim, em tese, qualquer ofensa a direitos coletivos ou difusos, além da reparação por dano material, enseja a condenação, com exclusivo propósito punitivo, por *dano moral coletivo* [...]”³⁸⁹.

³⁸⁴ MEDEIROS NETO, 2012, p. 293.

³⁸⁵ MEDEIROS NETO, 2012, p. 298.

³⁸⁶ BESSA, 2007, p. 248.

³⁸⁷ BESSA, 2007, p. 262-263.

³⁸⁸ BESSA, 2007, p. 276-277.

³⁸⁹ BESSA, 2007, p. 283, grifo do autor.

Embora trabalhando com uma noção de lesão a interesse, essa terceira posição favorável ao dano moral coletivo, evidentemente, se distancia de um conceito normativo de dano. Isso porque não trabalha “interesse” como a idoneidade de um bem jurídico satisfazer uma necessidade humana, de modo que não avalia, no caso concreto, o comprometimento dessa utilidade para a coletividade (dano em sentido normativo), mas pretende, exclusivamente, punir o agente ofensor pela mera antijuridicidade de sua conduta violadora de direitos ou interesses difusos e coletivos, com fundamento na reprovabilidade social do comportamento e no interesse público associado à tutela coletiva.

Nessa toada, encontram-se na doutrina três objeções a esse entendimento que concebe o dano moral coletivo enquanto mera lesão de um interesse protegido³⁹⁰. Primeiro, não basta uma simples violação de interesse, é preciso que haja, em concreto, um efetivo comprometimento da utilidade justificadora da tutela a ele conferida, sob pena de não restar configurado dano em sentido normativo. Segundo, não é correto fazer uma associação irrestrita entre a natureza do bem jurídico atingido e a do dano originado dessa ofensa, ou seja, a lesão a direitos ou interesses difusos e coletivos não gera, necessariamente, danos extrapatrimoniais, tudo depende do interesse avaliado concretamente. Terceiro, a impossibilidade de, no atual regime de responsabilidade civil brasileiro, dissociar por completo a indenização de sua função compensatória, a fim de lhe atribuir um caráter punitivo preponderante ou exclusivo, transformando aquela prestação pecuniária, na prática, em uma pena civil (sem prévia previsão legal³⁹¹). No âmbito dos danos morais, é até admissível a existência de uma dupla função da indenização, sendo compensatória para vítima e punitivo-pedagógica para o ofensor, no entanto, esse atributo punitivo é secundário e reflexo do papel ressarcitório preponderante.

Aliás, essa terceira objeção se relaciona, em última instância, com as funções da disciplina da responsabilidade civil. E, como já se teve a oportunidade de expor em outros momentos deste trabalho, defende-se aqui que não cabe à responsabilidade civil

³⁹⁰ TEIXEIRA NETO, 2014, p. 156-157.

³⁹¹ Sem a necessária ponderação acerca do teor do artigo 944 do Código Civil, Leonardo Roscoe Bessa busca sustentar a existência de uma permissão legal para imposição de sanção pecuniária pelo Poder Judiciário no âmbito da tutela coletiva, com fundamento no artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública. Não se concorda com tal posição. O referido artigo 13 regula tão somente a destinação ao fundo público do valor da indenização paga pelos danos causados, não autorizando com isso a imposição de pena civil. A esse respeito, vide: BESSA, 2007, p. 248.

punir condutas antijurídicas, das quais não resultou um dano em sentido normativo. O controle de comportamentos juridicamente reprováveis, mediante a imposição de penas, deve ser realizado pelos ramos do Direito que lhe são próprios. A gestão dos danos na sociedade de risco exige, portanto, uma atuação articulada dos mais variados ramos do Direito, não competindo à responsabilidade civil ser a receptora de todos os anseios sociais punitivistas.

Por fim, a quarta posição favorável ao dano moral coletivo é aquela que parte de um conceito normativo de dano como lesão a interesse juridicamente tutelado, porém, compreendendo que o ordenamento jurídico confere proteção a esses interesses por expressarem uma utilidade prática para seu titular na realização de um fim, de modo que o dano resta configurado apenas quando a violação implicar subtração ou deterioração de um determinado bem capaz de suprimir ou diminuir aquela situação favorável ou vantagem tutelada pelo Direito, comprometendo, dessa forma, uma finalidade específica³⁹².

Esse é o entendimento de Felipe Teixeira Neto, o qual defende a compatibilidade legal e dogmática entre as noções de dano extrapatrimonial e de lesão a interesses difusos ou coletivos, justamente, a partir desse conceito normativo de dano como lesão a interesse nos moldes expostos acima³⁹³. Aqui cumpre esclarecer que o citado autor adota uma noção objetiva de dano moral, a qual, afastando-se da simples alusão a sentimentos como dor, angústia, vexame, entende o dano extrapatrimonial como aquele no qual há um efetivo comprometimento da utilidade buscada pela tutela dos bens jurídicos necessários à promoção da dignidade da pessoa humana, e, portanto, ligados ao pleno desenvolvimento da personalidade³⁹⁴.

Seguindo nessa linha, Felipe Teixeira Neto argumenta que, se a tutela jurídica dos interesses difusos ou coletivos é realizada como mecanismo de promoção da dignidade humana, e se a lesão a essa mesma dignidade faz nascer dano extrapatrimonial indenizável, logo, os conceitos se apresentam como compatíveis sob o aspecto dogmático. O autor adverte, porém, que “a dignidade humana é a dignidade da pessoa concreta”. Em outras palavras, essa dignidade de que se fala só pode ser externalizada em dimensão

³⁹² TEIXEIRA NETO, 2014, p. 122-123.

³⁹³ TEIXEIRA NETO, 2014, p. 141-144.

³⁹⁴ TEIXEIRA NETO, 2014, p. 146.

individual, ainda que referente a necessidades satisfeitas por bens jurídicos de titularidade da coletividade³⁹⁵.

Nesse ponto, seria plausível objetar a compatibilidade ora defendida entre dano moral e lesão a interesses difusos ou coletivos, pois o ente coletivo (abstrato e autônomo em relação a seus membros) não seria ele próprio possuidor de uma dignidade a ser assegurada pela ordem jurídica. Como dito, a dignidade pertence a pessoas humanas concretas.

A chave para solver esse aparente problema se encontra no fato de que, embora essa coletividade abstrata possa ser formada por pessoas indetermináveis, seus membros continuam existindo no mundo real. Isto é, os bens jurídicos de titularidade difusa ou coletiva atendem às necessidades de pessoas concretas, e isso não é ignorado pelo Direito. Portanto, o reflexo individual do interesse titularizado pela coletividade será, nas palavras de Felipe Teixeira Neto, “o caminho a viabilizar a conexão da sua proteção com a promoção da dignidade da pessoa humana antes delineada e, por consequência, com a ocorrência de um dano moral difuso”³⁹⁶.

Como decorrência disso, se a finalidade almejada pela proteção do bem jurídico de titularidade difusa ou coletiva for afetada negativamente por uma conduta lesiva, é possível vislumbrar uma lesão à própria dignidade humana diante do comprometimento das condições necessárias ao pleno desenvolvimento da personalidade, de modo a gerar um dano de natureza extrapatrimonial tanto individual quanto coletivo³⁹⁷ – este de titularidade da coletividade e aquele das vítimas identificáveis no caso concreto.

Para Felipe Teixeira Neto, portanto, o dano moral coletivo pode ser definido como³⁹⁸:

[...] aquele decorrente da lesão a um interesse de natureza transindividual titulado por um grupo indeterminado de pessoas ligadas por relação jurídica base (acepção coletiva estrita) ou por meras circunstâncias de fato (acepção difusa) que, sem apresentar consequências de ordem econômica, tenha gravidade suficiente a comprometer, de qualquer forma, o fim justificador da proteção jurídica conferida ao bem difuso indivisível correspondente, no caso, à promoção da dignidade da pessoa humana.

³⁹⁵ TEIXEIRA NETO, 2014, p. 141-144.

³⁹⁶ TEIXEIRA NETO, 2014, p. 143-144.

³⁹⁷ TEIXEIRA NETO, 2014, p. 144.

³⁹⁸ TEIXEIRA NETO, 2014, p. 178-179.

Para ilustrar sua concepção, o referido autor analisa dois casos concretos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça: um relacionado à venda de combustível adulterado³⁹⁹; e outro à comercialização de leite em desacordo com as normas regulamentares⁴⁰⁰. Apesar de em ambos os casos aquela Corte Superior ter reconhecido a existência de dano moral coletivo, Felipe Teixeira Neto defende que apenas no segundo haveria, de fato, um comprometimento do pleno desenvolvimento da personalidade a justificar a presença de um abalo extrapatrimonial transindividual. Isso porque, no primeiro caso, o que se busca tutelar não é a saúde do consumidor pela comercialização de produto que viabilize sua nutrição, mas sim vantagens essencialmente econômicas que, mesmo indiretas, podem ser extraídas do consumo do combustível. Já, no segundo, há o comprometimento de uma utilidade coletiva extrapatrimonial extraível da proteção à saúde e à nutrição dos consumidores como forma de assegurar o livre desenvolvimento de sua personalidade, configurando, portanto, dano moral coletivo⁴⁰¹.

Quanto às funções da indenização decorrente do dano moral coletivo, Felipe Teixeira Neto tece críticas à parcela da doutrina e da jurisprudência nacionais que vão atribuir um caráter eminentemente punitivo ao valor arbitrado para condenação do agente lesante⁴⁰². Os danos morais coletivos, alerta o referido autor, não podem assumir um papel exclusivo de pena privada, o que resultaria em uma descaracterização da responsabilidade civil⁴⁰³.

Embora a ampla maioria da doutrina e da jurisprudência brasileira admita a possibilidade de a indenização por danos morais assumir, ao lado de sua função compensatória para vítima, também uma qualidade punitiva para o agente causador do dano, esse entendimento não permite atribuir, sem a desconfiguração da tutela ressarcitória, um caráter preponderante ou exclusivo de pena privada para o valor

³⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.529.892/RS*, Rel.^a Min.^a Assusete Magalhães, julgado em: 27 set. 2016. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500913317&dt_publicacao=13/10/2016>. Acesso em: 28 dez. 2022.

⁴⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.283.434/GO*, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em: 07 abr. 2016. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100993965&dt_publicacao=15/04/2016>. Acesso em: 28 dez. 2022.

⁴⁰¹ TEIXEIRA NETO, 2018, p. 45-46.

⁴⁰² TEIXEIRA NETO, 2014, p. 155, 169.

⁴⁰³ TEIXEIRA NETO, 2014, p. 170.

arbitrado a título de “indenização”, o que, até do ponto de vista lógico, acaba gerando dificuldades na medida em que não há nada a “tornar indene”.

Inclusive, o próprio Felipe Teixeira Neto não se opõe a uma função punitiva-dissuasória da verba indenizatória decorrente dos danos morais coletivos, apenas ressalta que essa faceta punitiva tem caráter subsidiário em relação à compensação⁴⁰⁴. Nesse sentido, o autor admite que a indenização por dano moral – tanto individual quanto coletivo – pode ter uma dupla função de compensar a vítima e de responder ao agente lesante, como forma desestimular a prática da conduta danosa, desde que não se ignore que essa qualidade punitiva é reflexa ao dever de indenizar.

3.2.3 Uma posição alinhada com o conceito jurídico de dano

Encerrada a exposição dos posicionamentos doutrinários contrários e favoráveis ao dano moral coletivo, forçoso concluir que a posição de Felipe Teixeira Neto é aquela que melhor se coaduna com as funções da responsabilidade civil, tendo o êxito de conjugar, legal e dogmaticamente, as noções de dano extrapatrimonial e de lesão a interesses difusos ou coletivos, o que torna possível sustentar a existência e a reparabilidade de um dano extrapatrimonial de titularidade coletiva, que não se confunde com o dano moral individual experimentado pelos membros da comunidade. Aliás, esses danos individual e coletivo podem, inclusive, coexistir.

Um dos méritos dessa construção dogmática proposta por Felipe Teixeira Neto é, precisamente, a adoção de um conceito normativo de dano como “lesão a interesse”, todavia, não atribuindo a essa expressão um conteúdo típico da antijuridicidade, mas, ao contrário, reconhecendo que a verificação do dano, em concreto, exige o comprometimento da utilidade extraída do bem jurídico transformado pela conduta lesiva, para atender uma finalidade ou necessidade específica de seu titular.

Portanto, é possível sustentar a existência de dano moral coletivo, em virtude de uma lesão a interesses difusos ou coletivos, desde que haja, contudo, o comprometimento concreto da idoneidade dos bens jurídicos satisfazerem necessidades extrapatrimoniais de uma dada coletividade ligadas ao pleno desenvolvimento da personalidade humana de seus membros.

⁴⁰⁴ TEIXEIRA NETO, 2014, p. 211.

Acrescenta-se, entretanto, uma ressalva ao pensamento de Felipe Teixeira Neto. Se não basta a mera lesão a interesse (situação jurídica) para caracterização do dano em sentido normativo (como aqui se tem defendido), mas, ao contrário, deve-se observar a inidoneidade (ou menor idoneidade) concreta do bem transformado satisfazer determinadas necessidades extrapatrimoniais da coletividade, então, parece difícil desvincular a verificação do dano moral coletivo de qualquer repercussão negativa produzida pela conduta lesiva no seio da sociedade (indignação, sofrimento, inquietude, repulsa), sob pena desse conceito de dano, na prática, não ser capaz de funcionar como um filtro autônomo do dever de indenizar.

Aliás, a completa ausência de um menoscabo à coletividade favorece, inegavelmente, a recepção de teses favoráveis a uma responsabilidade civil sem danos, cujo objetivo, como já abordado, é punir a mera conduta antijurídica⁴⁰⁵. Não por outra razão, Bruno Leonardo Câmara Carrá e Denise Sá Vieira Carrá (partindo de um conceito de dano como lesão a interesse⁴⁰⁶) advertem que⁴⁰⁷:

Desse modo, em casos em que a suposta agressão à moral coletiva se confunda com a própria ilicitude de uma conduta, com efeitos que não representem qualquer lesão sensível para os indivíduos ou bem jurídicos atingidos, não pode ser qualificado como dano moral coletivo, não se podendo, para tanto, invocar-se que tais danos seriam *in re ipsa*.

No Superior Tribunal de Justiça, existem alguns precedentes que, embora adotando um conceito de dano moral coletivo distinto daquele utilizado nesta pesquisa⁴⁰⁸, parecem indicar também a necessidade de a conduta lesiva produzir “sofrimentos, inquietude social ou alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva” ou,

⁴⁰⁵ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. A (in)viabilidade jurídica do dano moral coletivo. In: ROSENVALD, Nelson (Coord.); TEIXEIRA NETO, Felipe (Coord.). *Dano Moral Coletivo*. Indaiatuba: Foco, 2018, p. 53-71. p. 67-68.

⁴⁰⁶ Sobre esse tema, os autores argumentam que: “[...] a admissão de danos morais coletivos realiza a consolidação do conceito do dano como lesão a um interesse juridicamente protegido, apartando-se definitivamente de um modelo patrimonialista que por séculos o caracterizou”. CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara; CARRÁ, Denise Sá Vieira. Dano *in re ipsa*, responsabilidade civil sem dano e o feitiço de Áquila: ou de como coisas distintas podem coexistir sem se tocar. *Revista Jurídica da FA7*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 115-131, jul.-dez. 2019. p. 126.

⁴⁰⁷ CARRÁ; CARRÁ, 2019, p. 128.

⁴⁰⁸ Nos precedentes consultados para esta pesquisa, encontra-se, frequentemente, a referência ao dano moral coletivo como uma lesão, injusta e intolerável, aos “valores fundamentais da sociedade”, o que sugere uma posição próxima àquela defendida por Carlos Alberto Bittar Filho. Como exemplo, vide: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Recurso Especial nº 2.160.486/PR*, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em: 28 nov. 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202201981280&dt_publicacao=05/12/2022>. Acesso em: 09 fev. 2023.

ainda, “repulsa e indignação na consciência coletiva”, para que reste caracterizado o dano extrapatrimonial sofrido pela coletividade⁴⁰⁹.

Não se pode afirmar, no entanto, que esta seja uma tendência jurisprudencial em torno do tema do dano moral coletivo, e, menos ainda, que o entendimento seja pacífico na Corte Superior, porque existem precedentes que se limitam a exigir apenas a lesão, injusta e intolerável, dos valores fundamentais da sociedade (nada mencionando acerca de qualquer manifestação sensível da comunidade atingida, tais como, sentimentos coletivos de sofrimento ou de indignação)⁴¹⁰, e outros, vão além, rechaçando, expressamente, a necessidade de verificação de prejuízos concretos ou de efetivo abalo à integridade psicofísica da coletividade⁴¹¹ – nestes últimos, diga-se, flertando com uma responsabilidade por mera conduta.

A razão da reflexão proposta é, pois, sublinhar que, dentro de uma análise adstrita à teoria do dano, a verificação *in concreto* do comprometimento da idoneidade de determinado bem jurídico satisfazer uma necessidade extrapatrimonial da coletividade ligada ao pleno desenvolvimento da personalidade de seus membros, dificilmente, vai

⁴⁰⁹ Com esse entendimento, destacam-se os seguintes julgados: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em Recurso Especial nº 1.927.324/SP*, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em: 05 abr. 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101991955&dt_publicacao=07/04/2022>. Acesso em: 09 fev. 2023; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.664.186/SP*, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em: 27 out. 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201603078225&dt_publicacao=17/11/2020>. Acesso em: 09 fev. 2023; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.726.270/BA*, Rel. Min. p/ acórdão Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em: 27 nov. 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201703025040&dt_publicacao=07/02/2019>. Acesso em: 09 fev. 2023; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.473.846/SP*, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em: 21 fev. 2017. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201401841291&dt_publicacao=24/02/2017>. Acesso em: 09 fev. 2023.

⁴¹⁰ Com esse entendimento, destacam-se os seguintes julgados: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.968.281/DF*, Rel.^a Min^a. Nancy Andrighi, julgado em: 15 mar. 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101972580&dt_publicacao=21/03/2022>. Acesso em: 09 fev. 2023; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.838.184/RS*, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em: 05 out. 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902755505&dt_publicacao=26/11/2021>. Acesso em: 09 fev. 2023; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.502.967/RS*, Rel.^a Min^a. Nancy Andrighi, julgado em: 07 ago. 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201403034024&dt_publicacao=14/08/2018>. Acesso em: 09 fev. 2023.

⁴¹¹ Com esse entendimento, destacam-se os seguintes julgados: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.610.821/RJ*, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em: 15 dez. 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400199005&dt_publicacao=26/02/2021>. Acesso em: 19 mar. 2022; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.539.056/MG*, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em: 06 abr. 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201501446406&dt_publicacao=18/05/2021>. Acesso em: 09 fev. 2023.

conseguir se desviar da apreciação (ainda que através de um raciocínio presuntivo) de um efetivo abalo compartilhado no meio social, sob pena de, assim não procedendo, deixar-se seduzir pelo ideal punitivista de instrumentalizar a responsabilidade civil para retribuir um mal ao ofensor por sua conduta antijurídica, da qual, porém, não resultou um dano.

3.2.4 A quantificação do dano moral coletivo

À semelhança do dano moral individual, a correspondente indenização por dano extrapatrimonial coletivo assume também uma dupla função compensatória e punitivo-pedagógica, sendo esta subsidiária daquela ⁴¹². No que se refere ao estabelecimento do *quantum debeatur*, aplica-se, igualmente, o arbitramento equitativo pelo juiz.

Clayton Reis argumenta que é inconcebível, atualmente, um tabelamento ou tarifamento da indenização por danos morais (individuais ou coletivos) no direito brasileiro, devendo-se ter cuidado, inclusive, com o chamado “tarifamento judicial”, que fixa o montante da indenização considerando somente ao bem jurídico atingido, de acordo com valores aplicados a outros precedentes jurisprudenciais similares⁴¹³.

Todavia, embora a fixação do valor da indenização por dano moral decorra de um juízo de equidade nos sistemas abertos como o brasileiro, essa função do magistrado não é fruto de uma arbitrariedade, devendo observar critérios estabelecidos na lei explícita ou implicitamente⁴¹⁴. Com intuito de racionalizar o arbitramento da indenização oferecendo parâmetros seguros de quantificação, entende-se, como já adiantado no primeiro capítulo, que o método bifásico pode ter importante aplicação também aos casos de dano moral coletivo.

Assim, no primeiro momento, fixar-se-ia o valor base da indenização a partir do interesse difuso ou coletivo atingido, levando em consideração, inclusive, outros precedentes semelhantes; e, no segundo, adequar-se-ia o *quantum* tomando em conta todas as demais circunstâncias do caso concreto, obtendo-se, ao final, o valor definitivo

⁴¹² Sobre a controvérsia doutrinária acerca da admissão de uma função punitivo-pedagógica na indenização por danos morais, vide item 1.3.2 do primeiro capítulo.

⁴¹³ REIS, 2019, p. 215.

⁴¹⁴ TEIXEIRA NETO, 2014, p. 219

da condenação⁴¹⁵. Dentre as circunstâncias que poderiam ser utilizadas, na segunda fase, para modular o valor da indenização em casos de abalo extrapatrimonial sofrido pela coletividade, destacam-se: (i) a gravidade da lesão; (ii) a extensão do grupo atingido; (iii) a culpabilidade do agente; (iv) a condição econômica do ofensor; (v) a reiteração de fatos semelhantes; (vi) o proveito econômico obtido com a conduta lesiva, dentre outros⁴¹⁶.

A admissão de um caráter punitivo-pedagógico genérico na indenização por danos morais não significa dizer que se possa subverter a ordem das coisas para atribuir primazia a uma função punitiva da condenação pecuniária em detrimento da função compensatória, rompendo-se, em absoluto, com o princípio da reparação integral expresso no artigo 944, *caput*, Código Civil.

Entretanto, não é difícil encontrar precedentes nos quais se percebe uma clara prevalência de considerações sobre a conduta do agente e sua condição econômica no arbitramento da indenização por danos morais, especialmente nos de natureza coletiva, deixando em segundo plano a extensão do dano propriamente dita (ou, mais grave, ignorando-a completamente), para atender a um anseio de punição do comportamento reprovável do ofensor.

Para ilustrar, cita-se o Recurso Especial nº 1.832.217/DF, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, do Superior Tribunal de Justiça⁴¹⁷, que confirmou a condenação de uma operadora de telefonia celular ao pagamento de “indenização” por danos morais coletivos na importância de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), em virtude da derrubada, inicialmente culposa e posteriormente dolosa, de ligações telefônicas, apesar de veicular publicidade de plano com chamadas de duração ilimitada mediante pagamento de tarifa única por chamada.

Como se sabe, a revisão pelo Superior Tribunal de Justiça dos valores de indenizações por danos morais ocorre apenas em casos excepcionais nos quais essas condenações se mostrem irrisórias ou exorbitantes⁴¹⁸. Não sendo essa a situação, aquela

⁴¹⁵ SANSEVERINO, 2010, p. 288-289; TEIXEIRA NETO, 2014, p. 228.

⁴¹⁶ MEDEIROS NETO, 2012, p. 300-301; TEIXEIRA NETO, 2014, p. 228, 231; SANSEVERINO, 2010, p. 283.

⁴¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.832.217/DF*, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em: 06 abr. 2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902426992&dt_publicacao=08/04/2021>. Acesso em: 28 mar. 2023.

⁴¹⁸ Como exemplo, cita-se: “Apenas em hipóteses excepcionais, quando irrisório ou exorbitante o valor da indenização por danos morais arbitrado na origem, a jurisprudência desta Corte permite o afastamento do referido óbice [Súmula nº 7], para possibilitar a revisão. No caso, a quantia estabelecida pelo Tribunal de

Corte Superior tende a manter os valores fixados nas instâncias inferiores, até por óbice ao revolvimento fático-probatório cristalizado na Súmula nº 7⁴¹⁹.

No precedente acima indicado, o Superior Tribunal de Justiça manteve o valor da condenação por dano moral coletivo arbitrado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, argumentando, em resumo, que se tratava de montante condizente com a gravidade do dano causado à coletividade no caso concreto, não havendo razões para revisá-lo naquela instância superior. Contudo, ao se fazer uma análise detida dos fundamentos utilizados para arbitramento do *quantum* nas instâncias de origem, percebe-se uma clara inclinação ao uso de critérios voltados, quase que completamente, para a conduta do agente e sua condição econômica.

Antes de avançar no exame desses critérios de arbitramento, vale apontar os principais argumentos utilizados pelos julgadores para sustentar a existência de um dano moral coletivo no precedente em estudo. A esse respeito, verifica-se que o magistrado de primeira instância fundamentou a existência do “dano” se valendo desta argumentação⁴²⁰:

As peculiaridades do caso concreto levam à conclusão da existência de danos morais coletivos. A conduta da requerida, revestida de dolo, importou em ato ilícito ao cobrar em duplicidade pelo mesmo serviço, obstando maliciosamente o seu uso integral pelos usuários do serviço, obrigando-os a reiterar a utilização para tanto. Ademais, atingiu indivíduos indeterminados, já que a interrupção de chamadas lesou também aos terceiros, não usuários dos serviços, que mantinham interlocução telefônica com os consumidores da requerida, muitas vezes dificultando comunicação de fatos importantes, ante a relevância da comunicação instantânea como ativo social e econômico numa sociedade capitalista avançada e tecnológica. Outro ponto a ser observado é o caráter enganoso da propaganda veiculada pela ré. Ao afirmar a incidência de tarifa única sobre a chamada para toda a coletividade, violou o dever de lealdade com os consumidores expostos à propaganda (hoje em dia, quase a integralidade dos brasileiros), vez que a interrupção deliberada importava, no mundo fático, a cobrança de valor mais expressivo e a violação de tarifa única quanto ao tempo de chamada. A ausência de lealdade da ré, ainda, levou inúmeros consumidores a trocarem de plano ou de operadora, acreditando na propaganda veiculada sem qualquer ideia da malícia da ré. As concorrentes, igualmente, restaram prejudicadas, vez que ao oferecer seus serviços em bases diversas, sofreram prejuízo efetivo em decorrência da atratividade da

Justiça não se mostra desproporcional a justificar sua reavaliação em recurso especial”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 966.427/SP*, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em: 10 dez. 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602120147&dt_publicacao=17/12/2020>. Acesso em: 30 mar. 2023.

⁴¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 7*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2005_1_capSumula7.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2023.

⁴²⁰ DISTRITO FEDERAL. Décima Oitava Vara Cível de Brasília [1ª instância - processos físicos]. *Processo nº 2013.01.1.076218-9*, Juiz de Direito Substituto Mário José de Assis Pegado, julgado em: 01 dez. 2015. Disponível em: <<https://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=177&CDNUPROC=20130110762189>>. Acesso em: 28 mar. 2023. n.p.

propaganda da ré, que ao final se mostrou enganosa. Dessa forma, houve vulneração das próprias bases do estado de direito, pela violação do objetivo constitucional de justiça e solidariedade (artigo 3º, I, da Constituição), bem como pela descrença que atraiu sobre a prestação de serviço público relevante, fazendo uso abusivo da livre iniciativa (artigo 1º, IV, da Constituição). Há lesão clara e manifesta aos valores sociais, à credibilidade do referido serviço público perante a sociedade que dele se utiliza, e à própria concorrência da requerida.

Em sede de recurso de apelação, por sua vez, a desembargadora relatora assim se manifestou⁴²¹:

Desse modo, a [operadora de telefonia] violou os incisos IV e VI do artigo 6º, artigo 20, artigo 22 e artigo 37, todos do Código de Defesa do Consumidor, *razão pela qual deve ser responsabilizada por sua conduta ilícita nos planos individual e coletivo*. [...] De outra parte, o dano praticado pela ré por meio de sua conduta culposa e dolosa extrapolou a mera relação individual, alcançando toda a comunidade que foi vítima de sua publicidade enganosa e abusiva, já que havia a interrupção das ligações. Essa situação revela a ocorrência também de um dano moral coletivo, porquanto a sociedade consumidora de telefonia celular móvel, que é quase a totalidade dos habitantes de um país na atualidade, foi enganada, aviltada, ludibriada pela publicidade enganosa e por suas ações, o que fez romper a confiança necessária que a comunidade deve ter nos concessionários de serviços públicos, notadamente aqueles de caráter essencial como o de telecomunicações.

Em vista desses fundamentos, é preciso dizer que, a partir do conceito de dano moral coletivo defendido nesta pesquisa, não se concorda com a existência de dano extrapatrimonial experimentado pela coletividade naquele caso concreto (nem mesmo por meio de presunção). Por mais antijurídica que seja a conduta da operadora de telefonia ao derrubar chamadas de seus consumidores, enquanto veicula no mercado publicidade de ligações ilimitadas, entende-se que esse comportamento não lesa nenhum interesse de natureza extrapatrimonial da comunidade ligado ao pleno desenvolvimento da personalidade de seus membros, a se traduzir, concretamente, em sofrimento, indignação, repulsa coletivos.

No caso em comento, à semelhança da comercialização de combustíveis adulterados, tem-se, direta e imediatamente, lesão a interesses individuais homogêneos

⁴²¹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Processo nº 2013.01.1.076218-9 (Acórdão nº 1131026)*, Desembargadora Relatora Maria Ivatônia, julgado em: 10 out. 2018. Disponível em: <[https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=&numero=1131026&tipoDeRelator=ODOS&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFORMATIVOS\]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=&numero=1131026&tipoDeRelator=ODOS&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFORMATIVOS]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1)>. Acesso em: 28 mar. 2023. p. 37-38, grifo nosso.

de natureza patrimonial, na medida em que os consumidores, por falha na prestação do serviço, foram forçados a refazer a chamada, arcando com o custo adicional dessa nova ligação.

A conclusão de inexistência do dano moral coletivo, nessas circunstâncias, não deve ser tomada no sentido de deixar a conduta antijurídica da operadora de telefonia sem qualquer resposta pelo Direito. Ao contrário, é defender a aplicação rigorosa dos instrumentos normativos existentes no ordenamento brasileiro para coibir e punir condutas socialmente reprováveis.

Nesse contexto, mostra-se oportuno lembrar, por exemplo, que a Lei Federal nº 9.472/97 – que regula a organização dos serviços de telecomunicações no Brasil – já prevê, dentre outras sanções administrativas, a imposição de multa (art. 173, II), a qual pode alcançar o valor de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) para cada infração cometida, observando-se, em sua aplicação, a condição econômica do infrator e o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção (art. 179, §1º).

Além disso, o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas da Agência Nacional de Telecomunicações (Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012⁴²²), em seus artigos 17 e seguintes, traz de forma pormenorizada os critérios objetivos de aplicação da sanção de multa, partindo do estabelecimento de um valor base, para, na sequência, aplicar circunstâncias agravantes e atenuantes em percentuais preestabelecidos, e obter, ao final, o montante da penalidade aplicável, respeitando os valores mínimos e máximos para cada infração tabelados pelo mesmo regulamento.

Interessante notar, ademais, que os aspectos listados pelo artigo 18 do regulamento para fixação do valor base da multa são: a quantidade de usuários afetados; o período de duração da infração; a situação econômica e financeira do infrator (observando-se, em regra, sua receita operacional líquida anual); a proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção; e o vulto da vantagem auferida, direta ou indiretamente, pelo infrator.

⁴²² BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. *Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012*. Aprova o regulamento de aplicação de sanções administrativas. Disponível em: <<https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2012/191-resolucao-589>>. Acesso em: 28 mar. 2023.

Em outras palavras, o que se deseja com essa rápida menção à Lei Federal nº 9.472/97 e ao Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas da respectiva agência reguladora do setor de telecomunicação é apenas demonstrar, no presente contexto, que existem mecanismos normativos aptos a punir prestadoras de serviço de telecomunicações que descumprem suas obrigações legais e contratuais, não sendo necessário deturpar a responsabilidade civil para, sob o rótulo de um falso dano moral coletivo, retribuir um mal ao ofensor em vista de sua conduta altamente reprovável.

Superado esse ponto, passa-se agora ao exame dos critérios de quantificação do suposto “dano moral coletivo” no caso concreto. No juízo de primeiro grau, o valor da condenação foi arbitrado em R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais). Para tanto, o juiz se valeu dos seguintes argumentos⁴²³:

A valoração do dano deve observar a gravidade do fato, diante da interrupção de serviços públicos de forma deliberada e maliciosa (pela utilização de mecanismo de desconexão automática – fl. 96/v), da intensidade do dolo da ré, visando interromper chamadas longas e receber em valor em dobro pelo mesmo serviço e pela propaganda deliberadamente enganosa. Outrossim, deverá observar o período relevante de prática do ilícito, havendo indícios fundamentados de que continuou entre 2009 e 2011, ao menos. Assim, considerando ainda o número de usuários da requerida nesta unidade da Federação, os indivíduos atingidos indiretamente, e a vulneração a valores relevantes como a lealdade, a livre concorrência e a higidez dos serviços públicos, fixo em R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais) os danos morais coletivos a serem arcados pela ré, a serem devidos ao Fundo Distrital da Lei de Ação Civil Pública.

Depreende-se da fundamentação acima que o magistrado não se utilizou do método bifásico de arbitramento, pautando-se, quase que exclusivamente, na conduta da operadora de telefonia, em suas diferentes perspectivas (dolo, duração, número de usuários afetados), para fixar o montante da condenação. Apenas ao final é feita uma breve menção à vulneração de “valores relevantes”, os quais, sem maior concreção, pouco agregam à motivação da sentença.

Interposto recurso de apelação pela operadora de telefonia para, dentre outros pleitos, minorar a condenação por dano moral coletivo, a desembargadora relatora, implicitamente, pareceu esboçar, em seu voto original, um método bifásico de arbitramento, na medida que iniciou sua análise fazendo referência a um precedente semelhante de propaganda enganosa, e, a partir deste, apresentou as diferenças que

⁴²³ DISTRITO FEDERAL, 2015, n.p.

justificavam arbitrar no presente caso um valor maior que aquele do precedente paradigma, porém, inferior ao *quantum* estabelecido na primeira instância.

Por oportuno, cita-se⁴²⁴:

O Informe mais recente da ANATEL acostados aos autos (fls. 954/952) indica que a ré teve receita operacional líquida em 2011 de R\$ 16.282.388,000,00 (dezesesseis bilhões, duzentos e oitenta e dois milhões trezentos e oitenta e oito mil reais), de modo que, considerando esse valor, o qual inclusive foi utilizado para a fixação da multa pelo órgão regulador, não seria exagerada a condenação imposta em sentença. Contudo, no precedente acima colacionado, em razão de propaganda enganosa, esta Turma Cível arbitrou o valor dos danos morais coletivos em R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). No caso dos autos, contudo, além da propaganda enganosa, houve ação culposa e dolosa da ré em interromper as ligações, ocasionando prejuízo aos usuários, por um lado, e lucro a ela, por outro, o que, inequivocamente, deve incrementar o valor do dano extrapatrimonial coletivo, em razão do agravamento da lesão à integridade moral da comunidade, cuja confiança em todas as prestações de serviço público restou severamente abalada. Diante disso, considerando a publicidade enganosa e a ação culposa e dolosa de interromper as ligações dos usuários do plano Infinity, bem como o número de usuários que ultrapassa a ordem de quatro milhões, entendo razoável e cumpridor dos propósitos da reparação de danos extrapatrimoniais condenar a ré ao pagamento da quantia de R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais).

No entanto, o debate que se seguiu com os demais desembargadores durante o julgamento do recurso orbitou a gravidade da conduta da operadora de telefonia e sua receita operacional líquida à época dos fatos. Nesse sentido, colhe-se trecho do voto divergente de um dos desembargadores vogais⁴²⁵:

Destarte, a indenização deve ser fixada de modo a prevenir a reiteração da conduta ilícita que ocasionou o dano moral coletivo - *in casu*, a prestação de serviço de forma inadequada, levando os consumidores a efetuar novas chamadas e a arcar com esse custo, em dissonância à oferta de chamadas por tempo ilimitado. Por conseguinte, a quantia deve levar em consideração as particularidades do caso concreto, para que não se caracterize como apenas mais uma despesa na gestão da empresa e no custo operacional, devendo ser proporcional à reprovabilidade da conduta perpetrada no desenvolvimento da atividade empresarial. O princípio da razoabilidade, por sua vez, é atendido ao arbitrar-se a indenização em patamar suficiente e adequado para alcançar as finalidades da parcela indenizatória e, ao mesmo tempo, não representar reprimenda excessiva, capaz de impedir o prosseguimento das atividades empresariais pela pessoa jurídica. Na hipótese vertente, de acordo com o Informe da ANATEL (fls. 950v), a empresa ré teve receita operacional líquida no exercício de 2011 no patamar de R\$ 16.282.388.000,00 (dezesesseis bilhões, duzentos e oitenta e dois milhões, trezentos e oitenta e oito mil reais). Constatase, portanto, que indenização no montante de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) se mostra plenamente adequada ao desestímulo da conduta ilícita, sem caracterizar repreensão excessiva. A meu sentir, quantia inferior representaria valor irrisório, ante os expressivos valores movimentados pela empresa ré e sua capacidade financeira, obtida, inclusive, pelo acréscimo

⁴²⁴ DISTRITO FEDERAL, 2018, p. 41-42.

⁴²⁵ DISTRITO FEDERAL, 2018, p. 55-56, grifo do autor.

patrimonial decorrente da prática ilícita consistente na interrupção proposital de chamadas telefônicas, conforme comprovado nos autos.

Enfim, prevaleceu o valor da condenação de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), com destaque especial a uma “função inibitória de condutas ilícitas”, alterando a desembargadora relatora seu voto no seguinte sentido⁴²⁶:

Os argumentos apresentados por Sua Excelência, sobretudo aquele relativo à gravidade da conduta sob análise, fez com que eu revise o valor definido inicialmente em meu voto para acompanhá-lo nesse particular, haja vista que o valor de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) mostra-se mais adequado como forma de impedir que a concessionária de telefonia móvel ré volte a desenvolver essa mesma prática nociva e ilícita em desfavor de seus clientes e dos consumidores de maneira geral.

Diante do exame detido dos fundamentos utilizados nas instâncias de origem para arbitramento da condenação por dano moral coletivo no caso em apreço, fica reforçada a conclusão de se estar diante de uma verdadeira pena privada, haja vista que o debate do valor da condenação, em especial no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, se deu em torno da gravidade da conduta da operadora de telefonia e de sua receita operacional líquida à época dos fatos. É curioso notar, aliás, que o próprio acórdão utiliza a expressão “multa” em lugar de “dano moral coletivo”⁴²⁷:

Acordam os Senhores Desembargadores da 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios [...], em proferir a seguinte decisão: Conhecer dos recursos. Rejeitar preliminar. Por maioria, vencido 1º vogal. No mérito, dar provimento ao apelo do Ministério Público e parcial provimento à apelação da [operadora de telefonia]. Unânime. *Prevalece o voto da relatora quanto ao valor da multa*, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Portanto, reforça-se que, mesmo nos danos morais coletivos, a função punitivo-pedagógica da indenização deve assumir um papel secundário, haja vista que o que se pretende, fundamentalmente, é o ressarcimento do dano sofrido pela coletividade. Assim, a consideração de fatores estranhos à extensão do dano, especialmente na segunda fase do arbitramento, deve ser feita com razoabilidade, apenas como forma de modular o *quantum* indenizatório em vista de circunstâncias específicas do caso concreto, nunca buscando subverter a tutela ressarcitória para transformar essa prestação em uma pena privada⁴²⁸.

⁴²⁶ DISTRITO FEDERAL, 2018, p. 60.

⁴²⁷ DISTRITO FEDERAL, 2018, p. 06, grifo nosso.

⁴²⁸ Ainda que, na esfera coletiva, perca força o argumento de vedação ao enriquecimento sem causa da vítima, dado que os recursos auferidos com o pagamento das indenizações por dano moral coletivo são destinados a fundos públicos.

Por fim, os valores auferidos com os pagamentos das indenizações por danos morais coletivos devem ser revertidos a fundos cujos recursos sejam aplicados, dentre outros, a restaurar bens jurídicos de natureza transindividual, a exemplo do fundo previsto no artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública⁴²⁹.

3.3 Presunção do dano e reforço do dever de fundamentação do magistrado

Depois de apresentados os fundamentos legais e dogmáticos que viabilizam a construção de um conceito normativo de dano moral coletivo no ordenamento jurídico brasileiro, passa-se agora a discorrer sobre a possibilidade de sua verificação por meio do uso de presunções judiciais, realçando o dever de fundamentação do magistrado no exame dos casos concretos.

Em regra, compete ao autor de uma ação judicial provar o fato constitutivo de seu direito, e ao réu, por sua vez, a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor⁴³⁰. O direito à prova não se encontra consagrado na Constituição Federal de forma expressa, mas é uma decorrência das garantias do devido processo legal e do contraditório (art. 5º, inciso LV)⁴³¹.

A prova em si pode ser conceituada com um conjunto de oportunidades disponibilizadas pelo ordenamento jurídico às partes, a fim de que possam demonstrar no processo a veracidade dos fatos por elas alegados e relevantes para interferir no julgamento da lide. Ela é produzida mediante o emprego de fontes de prova legitimamente obtidas e a regular aplicação das técnicas representadas pelos meios de prova⁴³². As fontes de prova são pessoas ou coisas que oferecem informações aptas a comprovar a veracidade de uma alegação de fato, enquanto meios de prova são técnicas procedimentais utilizadas para introdução da prova no processo⁴³³.

Caio Mário da Silva Pereira alerta para o uso equivocado da expressão “prova de um direito”, devendo esta ser entendida como pura metonímia. Isso porque o que se prova é o fato, para que dele se extraiam as consequências jurídicas. O direito nasce para

⁴²⁹ TEIXEIRA NETO, 2014, p. 204-206; BESSA, 2007, p. 280; CAVALIERI FILHO, 2019, p. 148.

⁴³⁰ Artigo 373, incisos I e II, do Código de Processo Civil.

⁴³¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 427.

⁴³² CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 427.

⁴³³ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 432.

seu titular de um fato volitivo ou de um acontecimento. Em qualquer caso, porém, há sempre um fato que deve ser provado pela parte que o alega, cabendo ao juiz encontrar a regra abstrata aplicável à relação fática e deduzir as consequências jurídicas⁴³⁴.

O direito das partes em provar os fatos importantes para decisão judicial não é absoluto, pois tem seu limite na observância de outros direitos e no próprio direito à prova e à contraprova da parte contrária. Embora se pudesse cogitar a ausência de restrições legais à admissibilidade de qualquer meio de prova (dado que se busca a verdade objetiva pela confirmação das afirmações de fato realizadas no processo), a experiência prática indica, por outro lado, que não é recomendável a total liberdade na admissibilidade dos meios de prova, seja pela falta de base científica do meio escolhido, seja pelo risco de manipulação ou fraude⁴³⁵.

O Código Civil lista os seguintes meios de prova dos fatos jurídicos em geral: confissão, documento, testemunha, presunção e perícia⁴³⁶. O Código de Processo Civil (Lei Federal nº 13.105/2015), por sua vez, estabelece de forma mais ampla que as partes podem empregar todos os meios legais, bem como aqueles considerados moralmente legítimos, ainda que não especificados nesse diploma, para provar a verdade dos fatos alegados em juízo e relevantes para formação da convicção do magistrado⁴³⁷. São meios de prova tipificados no Código de Processo Civil: depoimento pessoal, confissão, exibição de documento ou coisa, prova documental, prova testemunhal, perícia e inspeção judicial.

Caio Mário da Silva Pereira ensina que a presunção “é a ilação que se tira de um fato certo, para prova de um fato desconhecido”. Nesse sentido, a presunção não é, essencialmente, uma prova, mas sim um processo lógico através do qual a mente pode atingir uma “verdade legal”, a partir de um fato provado e certo. O direito não admite, todavia, que se presuma o fato, e dele se induza a presunção, e nem mesmo que se deduza presunção de presunção⁴³⁸.

⁴³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil teoria geral do direito civil*. 24. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Vol. I. p. 494-495.

⁴³⁵ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 428.

⁴³⁶ Artigo 212 do Código Civil.

⁴³⁷ Artigo 369 do Código de Processo Civil.

⁴³⁸ PEREIRA, 2011, p. 506-507.

A inferência do fato probando através do fato provado pode ser resultado da atividade do juiz ou do legislador, dividindo-se, pois, em presunções judiciais (simples ou *praesumptiones hominis*) e presunções legais – estas últimas subdividas em relativas (*iuris tantum*) e absolutas (*iuris et de iure*)⁴³⁹.

Na presunção judicial, a dedução acerca da ocorrência de um fato pela prova de outro ocorre através de raciocínio realizado, exclusivamente, pelo juiz, sem nenhuma interferência apriorística do legislador. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart esclarecem que a presunção judicial é possível diante de um critério racional indutivo de normalidade ou de probabilidade lógica da coexistência do fato probando (fato “primário” que se busca provar) e do fato provado (fato “secundário” ou indício)⁴⁴⁰.

Vale aqui rememorar, ainda, a distinção entre prova direta e prova indireta (ou indiciária). A prova direta visa comprovar o próprio fato relevante para o julgamento da lide, tal como ocorre, por exemplo, com a testemunha de um homicídio que presencia toda a ação do acusado durante a execução da vítima. Diferentemente, a prova indireta não possui como objeto direto o fato a ser provado, mas algum outro que ligado àquele permite ao juiz presumir logicamente a existência do fato a ser provado, tomando por base as máximas de experiência (conhecimento comum). Voltando ao exemplo do homicídio, a prova será indireta na hipótese de a testemunha não ter visto o momento da execução da vítima, mas apenas ter flagrado o acusado com a arma do crime na mão poucos instantes depois do ocorrido. Neste último caso, o juiz poderá presumir a autoria do crime através de uma operação lógica baseada nas máximas de experiência. Tal presunção, contudo, é sempre relativa e cede mediante prova em contrário⁴⁴¹.

O raciocínio presuntivo do magistrado se baseia na experiência⁴⁴², que deve ser entendida como experiência do homem médio inserido em determinado contexto histórico-cultural. Em outras palavras, para construção da presunção judicial a partir de um fato indiciário, o juiz se vale do senso comum, ou seja, daquilo que comumente ocorre na sociedade, ou que apresenta fontes idôneas e confiáveis⁴⁴³.

⁴³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. v. 2. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 293.

⁴⁴⁰ MARINONI; ARENHART, 2014, p. 291-292.

⁴⁴¹ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 437-438.

⁴⁴² Artigo 375 do Código de Processo Civil: “O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”.

⁴⁴³ MARINONI; ARENHART, 2014, p. 295.

Nesse ponto, avulta a importância da adequada valoração pelo juiz das regras de experiência, as quais o direcionam na construção da presunção à luz das circunstâncias do caso concreto, tornando necessário expor o raciocínio presuntivo mediante a suficiente fundamentação da decisão judicial.

Como bem observa Michele Taruffo, o juiz precisa se valer, frequentemente, de noções e critérios extra ou metajurídicos para construção do raciocínio expresso na decisão (seja, por exemplo, para concretizar ou preencher cláusulas gerais, seja para examinar o arcabouço probatório⁴⁴⁴). No entanto, ao extrair do senso comum, da experiência coletiva ou da ciência aquilo que necessita para formular o aspecto não-jurídico de seu raciocínio, o juiz deve se atentar às “[...] exigências particularmente severas de confiabilidade, de racionalidade, de controlabilidade e de justificação”, porque, nesse momento, avultam as dificuldades, as incertezas e os perigos de errar, notadamente, em uma sociedade tão dinâmica e fragmentária como a contemporânea⁴⁴⁵.

A esse respeito, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart argumentam que⁴⁴⁶:

Não é difícil perceber que, se as regras de experiência guiam o raciocínio presuntivo, é preciso controlá-las. Diante disso, impõe-se imediatamente a conclusão de que as regras de experiência, sejam quais forem, devem ser precisamente relatadas e motivadas na decisão para que seja possível controlar o poder do juiz, basicamente a consistência da sua base empírica e sua eventual arbitrariedade.

Nessa toada, compete ao juiz apresentar os motivos que conduziram a adoção de determinada regra de experiência no caso concreto, não apenas para saber se essa fundamentação merece credibilidade, mas também para evitar que o sentido da referida regra seja deturpado por meio da atribuição de um significado que não possui⁴⁴⁷.

Nas ações de responsabilidade civil, sabe-se que o ônus probatório recai, normalmente, sobre a figura da vítima, que busca ser ressarcida pelo dano advindo da conduta do agente. Incumbe, portanto, ao ofendido provar as circunstâncias fáticas que consubstanciam todos os pressupostos necessários para imputação civil (ação ou omissão,

⁴⁴⁴ TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 355, p. 101-118, mai. 2001. p. 103-106.

⁴⁴⁵ TARUFFO, 2001, p. 117.

⁴⁴⁶ MARINONI; ARENHART, 2014, p. 476.

⁴⁴⁷ MARINONI; ARENHART, 2014, p. 477.

dano, nexos causal e culpa, conforme o caso), com vistas a obter, no final do processo, uma condenação do agente ao dever de indenizar.

Como já se teve a oportunidade de expor no primeiro capítulo deste trabalho, essa atividade probatória da vítima, não raro, é bastante difícil, podendo gerar, inclusive, situações de improcedência do pedido reparatório pela insuficiência de provas. Por isso que, à luz do paradigma solidarista, a responsabilidade civil passou pelo aprimoramento de seus pressupostos para não deixar que a carga dos danos (especialmente, os acidentais) recaísse apenas sobre os ombros das vítimas na sociedade de risco. Um grande exemplo disso continua sendo a responsabilidade objetiva, que dispensa a comprovação da culpa do agente.

Na seara do dano, ao lado da ampliação quantitativa e qualitativa desse pressuposto nas últimas décadas, a jurisprudência brasileira também vem flexibilizando a exigência de comprovação dos efeitos nocivos decorrentes da conduta lesiva, em certas situações excepcionais, comumente, relacionadas aos danos morais.

Trata-se do chamado dano *in re ipsa* (ou presumido), técnica que, no Superior Tribunal de Justiça, tem aplicação a casos de dano moral individual, pelo menos, desde a década de 1990⁴⁴⁸. No dano *in re ipsa*, as regras de experiência permitem ao magistrado presumir a existência de um dano sofrido pela vítima como decorrência direta da conduta lesiva do agente, admitindo prova em contrário⁴⁴⁹. Embora a presunção da existência de um dano não esteja adstrita à esfera extrapatrimonial, é nela, contudo, que abundam os casos de aplicação na jurisprudência brasileira⁴⁵⁰.

Cumprir registrar uma crítica tecida por parte da doutrina nacional à figura do dano moral *in re ipsa*. Segundo esta corrente, a técnica de presunção do dano moral se fundaria em um equívoco que associa o abalo extrapatrimonial à ideia de dor ou sofrimento, ou seja, a consequências negativas eventuais advindas da conduta lesiva, e

⁴⁴⁸ CARRÁ; CARRÁ, 2019, p. 122-123.

⁴⁴⁹ Defende-se nesta pesquisa a possibilidade de prova em contrário por se tratar de uma presunção judicial. Além disso, o teor da Súmula nº 385 do Superior Tribunal de Justiça parece corroborar esse entendimento, porquanto admite o afastamento do dano moral (*in re ipsa*) decorrente de anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito quando comprovada a preexistência de inscrição legítima. Por oportuno, cita-se o teor da referida súmula: “Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento”. Vide: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 385*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula385.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2023.

⁴⁵⁰ CARRÁ; CARRÁ, 2019, p. 122.

que não integrariam a definição ontológica dessa espécie de dano. Nesse sentido, a prova da dor deveria sim ser dispensada, todavia, não por ser inerente à ofensa sofrida pela vítima, mas porque o dano moral independe da dor⁴⁵¹. Como exposto no primeiro capítulo, essa corrente parte de uma ideia de lesão a interesse enquanto situação jurídica, e, portanto, identificada com a mera antijuricidade da conduta do agente.

Por isso, e ainda para tal corrente, a lesão a interesse (situação jurídica) extrapatrimonial concretamente merecedor de tutela precisaria ser comprovada pela vítima, assim como acontece com os danos patrimoniais. A dificuldade de obtenção dessa prova não poderia ser justificativa para dispensá-la, não havendo, ademais, necessidade de o juiz recorrer a presunções. Como exemplo, os adeptos dessa posição sugerem a lesão à honra por veiculação de notícia. Nesse caso, o magistrado não observaria simplesmente a notícia e dela faria uma ilação para constatar a existência do dano, mas, ao contrário, observaria a notícia e, objetiva e concretamente, analisaria se ela tem conteúdo difamatório, e se ataca o caráter da vítima, ou se representa ofensa pessoal. Essa seria, pois, a prova da lesão (conduta antijurídica), e, portanto, do “dano”⁴⁵².

A divergência para com essa crítica reside no fato de que ela parte de um conceito normativo de dano que se imiscui no requisito da antijuridicidade ao adotar uma noção de “interesse” enquanto “situação jurídica” tutelada da vítima. Nessa toada, a prova do “dano moral” exigida por essa corrente, na realidade, corresponde à prova da conduta lesiva – no exemplo oferecido acima, o conteúdo difamatório da notícia, o ataque ao caráter da vítima, a ofensa pessoal – não apontando, diretamente, para o dano em si (ao menos, não no sentido normativo adotado nesta pesquisa), mas sim para o comportamento antijurídico do ofensor.

Portanto, e ao assumir que o dano moral corresponde ao comprometimento concreto da idoneidade do bem jurídico atingido satisfazer necessidades extrapatrimoniais da vítima ligadas ao pleno desenvolvimento de sua personalidade, entende-se que a presunção da existência de um abalo continua sendo necessária. Isso porque a prova da conduta lesiva nada mais é do que uma prova indireta (indiciária), da qual se deduz o fato probando (dano) por meio de um raciocínio presuntivo do magistrado.

⁴⁵¹ SCHREIBER, 2015, p. 204-205.

⁴⁵² SCHREIBER, 2015, p. 206.

Dando sequência, o Superior Tribunal de Justiça considera o dano moral coletivo como uma modalidade de dano *in re ipsa*, ou seja, que deriva do próprio evento lesivo, sendo fruto de uma presunção judicial⁴⁵³. Em vista desse entendimento, Bruno Leonardo Câmara Carrá e Denise Sá Vieira Carrá advertem para o risco de se responsabilizar o agente pela mera conduta antijurídica, sob o manto de um suposto “dano” *in re ipsa* – que, em concreto, pode não existir⁴⁵⁴.

Para evitar tal equívoco, os autores destacam a importância de se ter clara a distinção conceitual entre a técnica do dano *in re ipsa* e a responsabilidade civil sem danos (ou por mera conduta). Embora se assemelhem em certos aspectos, essas duas noções têm pontos de partida diametralmente opostos. Enquanto a primeira trabalha com uma espécie de um dano presumido, a segunda prescinde do próprio dano para autorizar a responsabilização do agente em face de uma simples conduta que contraria o ordenamento jurídico⁴⁵⁵.

Em sendo assim, não se vê óbice à verificação do dano moral coletivo em concreto, a partir de uma presunção construída da evolução normal e provável dos acontecimentos com base em padrões objetivos (regras de experiência). No entanto, é imprescindível que esse dano exista⁴⁵⁶. Isso significa dizer que, por mais antijurídica que seja a conduta do agente, se não houver um menoscabo (ainda que aferido *in re ipsa*) que comprometa a idoneidade de um bem jurídico transindividual satisfazer uma necessidade extrapatrimonial da coletividade, não haverá dano moral coletivo. Naturalmente, o Direito poderá responder de outras formas a essa violação da ordem jurídica, porém, não através da tutela ressarcitória.

Nesse contexto, mostra-se necessário refletir sobre o papel do juiz na apreciação de casos envolvendo a proteção de interesses transindividuais, notadamente,

⁴⁵³ Como exemplo, citam-se: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.342.846/RS*, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em: 16 jun. 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201878029&dt_publicacao=03/08/2021>. Acesso em: 09 fev. 2023; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.502.967/RS*, Rel.^a Min.^a Nancy Andrighi, julgado em: 07 ago. 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201403034024&dt_publicacao=14/08/2018>. Acesso em: 20 dez. 2022; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.940.030/SP*, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em: 16 ago. 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100382976&dt_publicacao=06/09/2022>. Acesso em: 20 dez. 2022.

⁴⁵⁴ CARRÁ; CARRÁ, 2019, p. 126-128.

⁴⁵⁵ CARRÁ; CARRÁ, 2019, p. 116.

⁴⁵⁶ TEIXEIRA NETO, 2014, p. 168.

daqueles em que haja pedido de condenação por dano moral coletivo. Considerando que a responsabilidade civil brasileira adota uma cláusula geral de danos, é quase inevitável que o magistrado assuma um maior protagonismo na seleção dos interesses merecedores de tutela, cuja lesão é capaz de produzir dano ressarcível à luz das circunstâncias do caso concreto.

Sob essa perspectiva, parece razoável supor que, diante das características dos interesses transindividuais, a imposição do dever de indenizar em decorrência de um dano moral coletivo exija do julgador um maior esforço de fundamentação, para demonstrar em concreto o dano experimentado pela coletividade. Isso porque, como já abordado anteriormente, o dano moral coletivo está permeado pela utilização de conceitos jurídicos indeterminados e de presunções, que precisam, de certa forma, ser preenchidos ou construídos em vista das particularidades concretas do caso.

Como lembra Rodolfo de Camargo Mancuso, o juiz em ações coletivas se vê colocado, não raro, em posição de avaliar valores metajurídicos, opções políticas, boa aplicação de recursos públicos e outros aspectos, por isso, a maior atenção dada ao dever de fundamentação das decisões judiciais. Expresso no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, e reiterado no artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil, o dever de fundamentação estabelece a necessidade de exposição dos motivos que orientaram a tomada de decisão do magistrado, não bastando para esse fim, por exemplo, a simples menção de conceitos jurídicos indeterminados, sem apontar as razões de sua aplicação no caso concreto⁴⁵⁷.

José Carlos Barbosa Moreira recorda que o dever de motivar as decisões judiciais se firmou nos diferentes ordenamentos jurídicos sob circunstâncias históricas, políticas, sociais e culturais muito distintas. Inclusive, varia, no tempo e no espaço, o que se entende por “decisão motivada”, isto é, a extensão dos requisitos necessários para satisfazer o dever de fundamentação pelo magistrado⁴⁵⁸.

Tal circunstância não impede, contudo, a formulação de justificativas para explicar essa exigência de motivação, a partir de uma análise de política legislativa. Em

⁴⁵⁷ MANCUSO, 2019, p. 310-311.

⁴⁵⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação da sentença como garantia inerente ao estado de direito. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 19, n. 0, 1979. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8836>>. Acesso em: 25 nov. 2022. p. 284.

sendo assim, a linha mais tradicional de pensamento, relaciona o dever de fundamentação com a preocupação de racionalizar a atividade jurisdicional, sobressaindo sua significação técnica. Nesse sentido, a motivação se apresenta necessária, por exemplo, para: correta interpretação do julgado; determinação precisa de seu conteúdo; impugnação da decisão; ou, ainda, uniformização da jurisprudência⁴⁵⁹.

Embora não negue a importância dos aspectos puramente técnicos, José Carlos Barbosa Moreira explica que o tratamento mais moderno do tema se firma no plano dos princípios fundamentais que devem orientar a atividade estatal. Aqui ganha relevo a ideia de garantia como sustentáculo do dever de expor, publicamente, os motivos da decisão proferida⁴⁶⁰.

Enquanto garantia, a motivação permite verificar, em concreto, a imparcialidade do juiz e a legalidade da decisão. Ademais, assegura às partes a possibilidade de saberem se foram ouvidas e se tiveram seus argumentos avaliados pelo julgador⁴⁶¹.

Sob o aspecto da legalidade da decisão, José Carlos Barbosa Moreira afirma que a motivação se torna mais necessária na medida em que se reconhece, no processo decisório, as opções valorativas do julgador, por exemplo, para concretizar conceitos jurídicos indeterminados, tais como: bons costumes, exercício regular de direito, interesse público e outros. O autor argumenta que⁴⁶²:

[...] ao contrário do que pareceria à primeira vista, a motivação é tanto mais necessária quanto mais forte o teor de discricionariedade da decisão, já que apenas à vista dela se pode saber se o juiz usou bem ou mal a sua liberdade de escolha, e sobretudo se não terá ultrapassado os limites da discricionariedade para cair no arbítrio.

Dito de forma simples, a fundamentação consiste na apresentação pelo juiz das razões de fato e de direito que o convenceram a decidir de determinada maneira. Isso tem uma implicação substancial e não meramente formal. Nelson Nery Junior adverte, por exemplo, que não pode ser considerada substancialmente fundamentada uma decisão que afirme: “segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem

⁴⁵⁹ BARBOSA MOREIRA, 1979, p. 284-285.

⁴⁶⁰ BARBOSA MOREIRA, 1979, p. 285-286.

⁴⁶¹ BARBOSA MOREIRA, 1979, p. 286-287; ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 265.

⁴⁶² BARBOSA MOREIRA, 1979, p. 286.

razão, motivo por que julgo procedente o pedido”. Tal decisão carece de fundamentação, sendo, portanto, nula⁴⁶³.

A preocupação com a adequada motivação da decisão judicial por parte do magistrado não pode ser meramente “ritualística” para ocultar lacunas muito óbvias de suas razões de decidir, apresentando-se antes como “homenagens ornamentais” ao dever de motivar a decisão, do que como real fundamentação do julgado⁴⁶⁴. É necessário, pois, que o juiz exponha com clareza as razões que conduziram sua tomada de decisão, de acordo com o sistema de persuasão racional (ou do livre convencimento motivado), através do qual o magistrado, com liberdade intelectual, e sempre apoiado na prova constante dos autos, explicita os caminhos do raciocínio que o conduziu até a conclusão⁴⁶⁵.

Não se quer com isso defender decisões prolixas. A motivação deve ser “clara, completa e linear”, não havendo necessidade de o magistrado “inchar” a decisão com elementos supérfluos, até porque, ao assim proceder, acaba por produzir, paradoxalmente, uma fundamentação insuficiente⁴⁶⁶.

Além disso, mostra-se oportuno mencionar que, de acordo com uma concepção mais ampla de controle das decisões judiciais, a motivação não se destina apenas às partes integrantes do processo (*controle endoprocessual*), mas também alcança como destinatária a opinião pública, de forma a proporcionar um controle “generalizado” e “difuso” sobre o modo como Estado administra a Justiça (*controle extraprocessual*) – isto para que se fortaleça na comunidade a confiança na tutela jurisdicional, garantindo coesão social e solidez das instituições. A importância desse controle extraprocessual se avulta, sobretudo, no tratamento judicial de conflitos que ultrapassam os litigantes individualmente considerados, englobando um número indeterminado de pessoas que podem ser afetadas pela decisão⁴⁶⁷. Este é mais um elemento a corroborar a necessidade de adequada fundamentação da decisão pelo magistrado em casos de lesão a interesses difusos ou coletivos, com destaque aos danos morais coletivos.

⁴⁶³ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal*. 13. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. p. 334.

⁴⁶⁴ BARBOSA MOREIRA, 1985, p. 11.

⁴⁶⁵ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 437.

⁴⁶⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 299.

⁴⁶⁷ ALVIM, 2018, p. 267; BARBOSA MOREIRA, 1979, p. 288-289.

Portanto, entende-se que o uso de presunções judiciais, construídas com base em regras de experiência daquilo que ordinariamente acontece, pode ser uma técnica utilizada para, assim como ocorre nos danos morais individuais, determinar a existência de um dano extrapatrimonial transindividual, exigindo-se do magistrado, todavia, um maior rigor de fundamentação, notadamente, para concretização dos conceitos jurídicos indeterminados, aqui relacionados à dignidade humana e ao comprometimento das condições necessárias ao pleno desenvolvimento da personalidade, bem como para exposição do raciocínio presuntivo através do qual, fundado em elementos concretos de prova da lesão, é possível, logicamente, deduzir a ocorrência de um dano.

4 CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, viu-se que as transformações sociais acarretadas pelo desenvolvimento tecnológico produziram novas situações lesivas, que reclamaram por parte da responsabilidade civil uma maior preocupação com o ressarcimento das vítimas, a partir da adoção de um paradigma solidarista.

Nesse contexto, a erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil (culpa, nexo causal e dano) abriu caminho para uma maior possibilidade de tutela dos interesses das vítimas. Mais do punir o autor da ofensa, o intuito seria assegurar, sempre que possível, a devida reparação ao lesado pelo dano sofrido.

No campo dos danos, a ampliação dos interesses merecedores de tutela permitiu que se passasse a reconhecer em uma série de situações lesivas um menoscabo apto a ser indenizado, desde que verificados, conforme o caso, os demais pressupostos do dever de indenizar. Esse movimento, no âmbito da tutela coletiva, viabilizou o aparecimento de uma espécie de dano extrapatrimonial experimentado pela coletividade como um todo, e que não se confunde com os danos de seus membros.

Assim, no primeiro capítulo, constatou-se que a responsabilidade civil vem sendo chamada hoje a dar tratamento a uma nova e ampla variedade de lesões a interesses, nunca, porém, prescindido da figura do dano. Suas funções tradicionais são realizadas através da tutela ressarcitória, em casos nos quais não foi possível evitar a ocorrência danosa. O controle de condutas por meio, essencialmente, da ameaça ou imposição de penas deve ser realizado pelos ramos próprios do Direito (penal e administrativo, por exemplo). Em outras palavras, a gestão dos danos na sociedade contemporânea exige uma atuação articulada das diferentes disciplinas jurídicas, cada qual munida de seus princípios e instrumentos no enfrentamento dos desafios do tempo presente, caracterizado pela massificação das relações sociais e pelo incremento significativo dos riscos.

Ademais, estabeleceu-se como conceito normativo de dano a noção de lesão a interesse juridicamente tutelado, no entanto, esclarecendo que “interesse”, nesse contexto, deve ser tomado como a idoneidade de um bem jurídico satisfazer uma necessidade humana. Sob essa perspectiva, o dano não se consubstancia na transformação do bem em si, mas sim na incapacidade (ou menor capacidade) desse bem transformado atender a uma necessidade de seu titular em concreto. Com isso, permitiu-se afastar o

dano de uma acepção vulgar como resultado naturalístico da conduta lesiva, bem como delimitar os campos de análise da antijuridicidade e do dano enquanto pressupostos distintos da responsabilidade civil.

O primeiro capítulo findou tratando dos modos de reparação do dano e das funções assumidas pela indenização nos casos de danos morais. Constatou-se que, embora a reparação *in natura* seja aquela que melhor atenda ao princípio da reparação integral, é a reparação pecuniária que assume primazia na maior parte das ações de responsabilidade civil, em virtude das facilidades práticas obtidas no estabelecimento de um equivalente em dinheiro pelo prejuízo sofrido, especialmente, nos casos em que a recomposição do bem atingido é bastante difícil ou mesmo impossível. Além disso, examinaram-se as funções assumidas pela indenização no ressarcimento de danos extrapatrimoniais, admitindo a existência de uma função compensatória para a vítima e outra punitivo-pedagógica para o agente – sendo esta última, contudo, subsidiária daquela. O método bifásico para arbitramento da indenização por danos morais seria, nesse sentido, o mais adequado na tarefa do magistrado de quantificação do ressarcimento, haja vista que busca assegurar a necessária correspondência entre o dano sofrido e a respectiva indenização, admitindo, contudo, certa modulação desse *quantum* diante de determinadas circunstâncias presentes no caso concreto.

O segundo capítulo, por seu turno, iniciou com o estudo da tutela coletiva no Brasil. Teve-se a oportunidade de analisar como a legislação brasileira, inspirada em experiências estrangeiras, aprimorou o acesso à justiça de demandas coletivas, alçando ao nível constitucional diversos interesses transindividuais (como, por exemplo, preservação do meio ambiente e proteção do consumidor), bem como estruturando um microsistema processual próprio de forma a assegurar o adequado tratamento da matéria em juízo. Viu-se que os interesses coletivos (em sentido amplo) se dividem em: difusos, coletivos e individuais homogêneos, cada qual com características próprias, e que variam conforme a origem, a existência de vínculo jurídico, a determinabilidade dos titulares, a divisibilidade do objeto, dentre outros fatores.

Também se discorreu acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, com vistas a demonstrar que a lesão a determinados interesses transindividuais pode comprometer a finalidade almejada por aquela norma, qual seja, o pleno desenvolvimento da personalidade, e, a partir disso, produzir um dano extrapatrimonial à coletividade.

Ato contínuo, esclareceu-se que os interesses individuais homogêneos, quando lesados, não são capazes de produzir dano moral coletivo, em virtude da natureza individual dessa espécie de interesses, os quais ganham dimensão coletiva apenas em sede processual na hipótese de ostentarem uma origem comum. Sob esse aspecto, a temática do dano moral coletivo se volta apenas aos interesses difusos e coletivos. Apontaram-se como principais fundamentos legais do dano moral coletivo os artigos 1º, *caput*, da Lei da Ação Civil Pública e 6º, incisos VI e VII, do Código de Defesa do Consumidor.

Da doutrina, foram colhidos diferentes posicionamentos contrários e favoráveis ao ressarcimento do dano moral coletivo. Com fulcro nos aportes teóricos expostos no primeiro capítulo, analisaram-se esses diversos entendimentos doutrinários, apresentando crítica àqueles que veem o dano moral coletivo associado: à ofensa de relevantes valores coletivos; e, em especial, a uma ideia de pena. Sustentando uma posição teórica que tem no dano um pressuposto inafastável da responsabilidade civil, procurou-se, ao final, estabelecer o conceito de dano moral coletivo como produto de uma lesão a interesses difusos ou coletivos (em sentido estrito) titularizados por uma coletividade composta de um número determinado ou indeterminado de pessoas, que, sem apresentar repercussão patrimonial, tem o condão de ofender a dignidade humana, comprometendo o pleno desenvolvimento da personalidade de seus membros.

Ressalvou-se, entretanto, que dentro de uma análise adstrita à teoria do dano, a verificação *in concreto* do comprometimento da idoneidade de determinado bem jurídico satisfazer uma necessidade extrapatrimonial da coletividade ligada ao pleno desenvolvimento da personalidade de seus membros, dificilmente, vai conseguir se desviar da apreciação (ainda que através de um raciocínio presuntivo) de um efetivo abalo compartilhado no meio social (indignação, sofrimento, intranquilidade, repulsa), sob pena desse conceito de dano, na prática, não ser capaz de funcionar como um filtro autônomo do dever de indenizar, abrindo espaço para condenações fundadas tão somente na antijuridicidade da conduta do agente.

À semelhança dos danos morais individuais, a indenização em dinheiro ostenta também uma dupla função: compensatória e punitivo-pedagógica. Por isso, defendeu-se o uso do método bifásico para arbitramento do valor da indenização por danos morais coletivos. Dessa forma, no primeiro momento, o valor base da indenização é fixado a partir do interesse atingido, levando em consideração, inclusive, outros

precedentes semelhantes; e, no segundo, o *quantum* passa por adequação em vista das demais circunstâncias do caso concreto, para, ao final, estabelecer o valor definitivo da condenação. Dentre os critérios considerados na segunda fase, destacaram-se: a gravidade da lesão; a extensão do grupo atingido; a culpabilidade do agente; a condição econômica do ofensor; a reiteração de fatos semelhantes; o proveito econômico obtido com a conduta lesiva; e outros. A destinação do montante da indenização se dá a fundos públicos, por força do artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública.

Por fim, no que concerne ao uso de presunções judiciais para demonstrar a ocorrência do dano moral coletivo, verificou-se que o Superior Tribunal de Justiça já o considera uma espécie de dano *in re ipsa* (ou presumido), isto é, que decorre do próprio evento lesivo. Nesse sentido, entendeu-se ser viável a construção de um raciocínio presuntivo por parte do magistrado, para, a partir da prova direta da conduta lesiva do agressor, presumir a existência de um dano extrapatrimonial causado à coletividade, tendo em conta as regras de experiência, ou seja, daquilo que ordinariamente acontece e se espera. Ponderou-se, por outro lado, a necessidade de maior rigor na observância do dever de fundamentação da decisão judicial em casos de dano moral coletivo, por envolver o uso de conceitos jurídicos indeterminados e presunções. Isso para evitar situações de desvirtuamento do instituto, nas quais, sob um falso rótulo de “dano”, se pretende punir a mera conduta antijurídica.

Tendo atingido os objetivos propostos, esta pesquisa confirmou a hipótese inicialmente delineada. À luz do ordenamento jurídico brasileiro, concluiu-se que o dano moral coletivo não admite hipóteses de responsabilização do agente pela mera antijuridicidade da conduta, sendo necessário para atribuição do dever de indenizar, além da verificação dos demais pressupostos da responsabilidade civil, a existência de um dano em sentido normativo, entendido, nesse contexto, como a lesão a interesses difusos ou coletivos, da qual resulte um comprometimento concreto da finalidade almejada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, o pleno desenvolvimento da personalidade.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- ANGELIN, Karinne Ansiliero. *Dano injusto como pressuposto do dever de indenizar*. Dissertação (mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 797, ano 91, p. 11-26, mar. 2002.
- BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. Qual o conteúdo significativo do chamado princípio da reparação integral?. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v.9, n.32, p. 257-289, jul.-set. 2022.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação da sentença como garantia inerente ao estado de direito. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 19, n. 0, 1979. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8836>>. Acesso em: 25 nov. 2022.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *Revista de Processo*, v. 39, p. 55-77, Jul-Set/1985. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6056082/mod_resource/content/1/Tutela%20jurisdicional%20dos%20interesses%20coletivos%20ou%20difusos.pdf>. Acesso em: 26 out. 2022.
- BASTOS, Daniel Deggau. *A responsabilidade pelos riscos e o defeito do produto: uma análise comparada com o direito norte-americano*. 2020. 356 p. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2020.
- BASTOS, Daniel Deggau. *Responsabilidade civil pela perda do tempo: o dano ressarcível e as categorias jurídicas indenizatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BENJAMIN, Antonio Herman V. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor*, [S.l.: s.n.], 1995. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/8688>>. Acesso em: 23 out. 2022.
- BESSA, Leonardo Roscoe. Ação coletiva. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do*

consumidor. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. Cap. XIV, p. 470-509.

BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. *Revista da EMERJ*, v. 10, n. 40, p. 247-283, 2007. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista40/Revista40_247.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2022.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 12, p. 44-61, out.-dez. 1994.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Pode a coletividade sofrer dano moral?. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n. 15/96, p. 271, 1ª quinzena ago. 1996.

BORGARELLI, Bruno de Ávila. O método bifásico do cálculo dos danos extrapatrimoniais e sua adoção pela jurisprudência brasileira. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 18, p. 493-509, jan.-mar. 2019. Disponível em: <<http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/581>>. Acesso em: 20/01/2023.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. *Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012*. Aprova o regulamento de aplicação de sanções administrativas. Disponível em: <<https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2012/191-resolucao-589>>. Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 966.427/SP*, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em: 10 dez. 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602120147&dt_publicacao=17/12/2020>. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 2.160.486/PR*, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em: 28 nov. 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202201981280&dt_publicacao=05/12/2022>. Acesso em: 09 fev. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em Recurso Especial nº 1.927.324/SP*, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em: 05 abr. 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101991955&dt_publicacao=07/04/2022>. Acesso em: 09 fev. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.283.434/GO*, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em: 07 abr. 2016. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100993965&dt_publicacao=15/04/2016>. Acesso em: 28 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.529.892/RS*, Rel.^a Min.^a Assusete Magalhães, julgado em: 27 set. 2016. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500913317&dt_publicacao=13/10/2016>. Acesso em: 28 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.342.846/RS*, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em: 16 jun. 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201878029&dt_publicacao=03/08/2021>. Acesso em: 09 fev. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 598.281/MG*, Rel. Min. p/ acórdão Teori Albino Zavascki, julgado em: 02 mai. 2006. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200301786299&dt_publicacao=01/06/2006>. Acesso em: 19 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 712.006/DF*, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em: 05 ago. 2010. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200401784551&dt_publicacao=24/08/2010>. Acesso em: 04 fev. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.057.274/RS*, Rel.^a Min.^a Eliana Calmon, julgado em: 01 dez. 2009. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200801044981&dt_publicacao=26/02/2010>. Acesso em: 19 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.293.606/MG*, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em: 02 set. 2014. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102720867&dt_publicacao=26/09/2014>. Acesso em: 20 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.473.846/SP*, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em: 21 fev. 2017. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201401841291&dt_publicacao=24/02/2017>. Acesso em: 09 fev. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.502.967/RS*, Rel.^a Min.^a Nancy Andrichi, julgado em: 07 ago. 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201403034024&dt_publicacao=14/08/2018>. Acesso em: 09 fev. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.539.056/MG*, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em: 06 abr. 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201501446406&dt_publicacao=18/05/2021>. Acesso em: 09 fev. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.610.821/RJ*, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em: 15 dez. 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400199005&dt_publicacao=26/02/2021>. Acesso em: 19 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.664.186/SP*, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em: 27 out. 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201603078225&dt_publicacao=17/11/2020>. Acesso em: 09 fev. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.726.270/BA*, Rel. Min. p/ acórdão Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em: 27 nov. 2018. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201703025040&dt_publicacao=07/02/2019>. Acesso em: 09 fev. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.832.217/DF*, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em: 06 abr. 2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902426992&dt_publicacao=08/04/2021>. Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.838.184/RS*, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em: 05 out. 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902755505&dt_publicacao=26/11/2021>. Acesso em: 09 fev. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.940.030/SP*, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em: 16 ago. 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100382976&dt_publicacao=06/09/2022>. Acesso em: 20 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.968.281/DF*, Rel.^a Min.^a Nancy Andrighi, julgado em: 15 mar. 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101972580&dt_publicacao=21/03/2022>. Acesso em: 09 fev. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 7*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2005_1_capSumula7.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 385*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula385.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2023.

BUERES, Alberto J. *Derecho de daños*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CALVO COSTA, Carlos A. *Daño resarcible*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

CALVO COSTA, Carlos A. El significado y las especies de daño resarcible. *Revista de Derecho de Daños*, Ed. Rubinzal Culzoni: Santa Fé, 2012-3, p. 193-227, dezembro 2012. Disponível em: <<http://www.calvocosta.com.ar/articulos.php>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

CALVO COSTA, Carlos A. Las nuevas fronteras del daño resarcible, *La Ley*, 2005-D, p. 1413-1430. Disponível em: <<http://www.calvocosta.com.ar/articulos.php>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CARLOS STEINER, Renata. *Interesse positivo e interesse negativo: a reparação de danos no Direito Privado brasileiro*. Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.

CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. Funciones y fines de la responsabilidad civil. In: ESPANÉS, Luis Moisset de et al. *Homenaje a los congresos de derecho civil*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009. Tomo III. p. 1287-1330.

CARNELUTTI, Francesco. *Il danno e il reato*. Padova: Casa Editrice Dott, 1930.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. A (in)viabilidade jurídica do dano moral coletivo. In: ROSENVALD, Nelson (Coord.); TEIXEIRA NETO, Felipe (Coord.). *Dano Moral Coletivo*. Indaiatuba: Foco, 2018, p. 53-71.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta*. São Paulo: Atlas, 2015.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara; CARRÁ, Denise Sá Vieira. Dano in re ipsa, responsabilidade civil sem dano e o feitiço de Áquila: ou de como coisas distintas podem coexistir sem se tocar. *Revista Jurídica da FA7*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 115-131, jul.-dez. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2019.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2015.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado nº 379*. IV Jornada de Direito Civil. Brasília, 2007. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/IV%20Jornada%20volume%20I.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2022.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado nº 445*. V Jornada de Direito Civil. Brasília, 2012. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em: 27 dez. 2022.

COUTO E SILVA, Clovis V. do. O Conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 2/2015, p. 333-348, jan.-mar. 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 36. ed. rev. atual. São Paulo: SaraivaJur, 2022. 7 v.

DISTRITO FEDERAL. Décima Oitava Vara Cível de Brasília [1ª instância - processos físicos]. *Processo nº 2013.01.1.076218-9*, Juiz de Direito Substituto Mário José de Assis Pegado, julgado em: 01 dez. 2015. Disponível em: <<https://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=177&CDNUPROC=20130110762189>>. Acesso em: 28 mar. 2023.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Processo nº 2013.01.1.076218-9 (Acórdão nº 1131026)*, Desembargadora Relatora Maria Ivatônia, julgado em: 10 out. 2018. Disponível em:

<[https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivres2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=&numero=1131026&tipoDeRelator=TODO&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFORMATIVOS\]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivres2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=&numero=1131026&tipoDeRelator=TODO&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFORMATIVOS]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1)>. Acesso em: 28 mar. 2023.

FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. Tradução de António de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva, 1938.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *A imputação sem nexos causal e a responsabilidade por danos*. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 21. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 79, p. 283-307, 1984. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67016>>. Acesso em: 26 out. 2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Réquiem para a reforma dos processos coletivos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 983, ano 106, p. 23-29, set. 2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, v. 31, n. 1, p. 33-59, 2007. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/revfd/issue/view/935>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

KERN, Bernd-Rüdiger. A função de satisfação na indenização do dano pessoal: um elemento penal na satisfação do dano?. Tradução de Lélcio Candiota de Campos. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 17, p. 25-46, 1999.

KONDER, Carlos Nelson. Abuso lucrativo da liberdade de imprensa e pretensões ressarcitórias pecuniárias: indenização punitiva x lucro da intervenção. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v.23, n.113, p. 59-75, jul.-set. 2022.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. rev. e atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. *Revista da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 105, p. 1223-1234, jan./dez. 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. v. 2. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Vol. V. Tomo II.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 19, p. 181-207, mar. 2001.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro). *Revista CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan.-mar. 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 32. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. O dano moral coletivo e o valor da sua reparação. *Rev. TST*, Brasília, v. 78, n. 4, p. 288-304, out.-dez. 2012. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/35831/014_medeiros_netto.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 16 nov. 2022.

MILARÉ, Édís; MILARÉ, Lucas Tamer. A ação civil pública como instrumento preventivo/reparatório da danosidade ambiental. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública após 30 anos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Cap. XIV, p. 266-269.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Responsabilidade civil pelo dano ambiental e o princípio da reparação integral do dano. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 32, p. 68-82, out.-dez. 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 95, n. 854, p. 11-37, dez. 2006.

MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Coimbra: Coimbra, 2008. Vol. I.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal*. 13. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. Edição Kindle.

NUNES, Ana Luisa Tarter; BESSA, Leonardo Roscoe. Direitos metaindividuais: direitos materialmente coletivos (DMC) e direitos processualmente coletivos (DPC). *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 111, ano 26, p. 101-119, mai.-jun. 2017.

OWEN, David G. A punitive damages overview: functions, problems and reform. *Villanova Law Review*, Radnor Township, v. 39, p. 363-413, 1994. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol39/iss2/3>>. Acesso em: 30 ago. 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil teoria geral do direito civil*. 24. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Vol. I.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 18, p. 169-214, jan.-mar. 2019.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Conceito normativo de dano: em busca de um conteúdo eficaz próprio*. No prelo.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PETEFFI DA SILVA, Rafael; WALKER, Mark Pickersgill. Punitive damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência brasileira do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Revista Sequência*, v. 37, n. 74, p. 295-326, dez. 2016. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2016v37n74p295>>. Acesso em: 30 jul. 2022.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life: possibilidade de recepção de novas modalidades de danos pelo ordenamento brasileiro. *Revista Ajuris*, n. 117, p. 311-341, mar. 2010.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. Tomo LIII.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1967. Tomo LIV.

PRADE, Péricles. *Conceito de interesses difusos*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

PUPP, Karin Anneliese. *O conceito de dano ressarcível como elemento essencial da responsabilidade civil: uma abordagem à luz do credit scoring como caso paradigma para melhorias ao acesso à justiça*. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2018.

PÜSCHEL, Flavia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 17-36, jul./dez. 2007. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9666/Flavia%20Portella%20P%C3%BCschel.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2022.

PÜSCHEL, Flavia Portella. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único do código civil. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 91-107, mai. 2005. Disponível em:

<<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35266/34060>>.
Acesso em: 01 mai. 2022.

RAMOS, André de Carvalho. A ação civil pública e o dano moral coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 25, p. 80-98, jan. 1998.

REINIG, Guilherme Henrique Lima. *O problema da causalidade na responsabilidade civil – a teoria do escopo da de proteção da norma (Schutzzwecktheorie) e a sua aplicabilidade no direito civil brasileiro*. 293 p. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

REIS, Clayton. *Dano moral*. 6. ed. atual. ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROSENVALD, Nelson. O dano moral coletivo como uma pena civil. In: ROSENVALD, Nelson (Coord.); TEIXEIRA NETO, Felipe (Coord.). *Dano Moral Coletivo*. Indaiatuba: Foco, 2018, p. 97-127.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 6. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. VitalBook file.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: que é o terceiro estado?*. Tradução de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SIRENA, Pietro. O conceito de dano na disciplina italiana e francesa da responsabilidade civil. Tradução de Fábio Siebeneichler de Andrade e Lucas Girardello Faccio. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 47, n. 149, p. 391-416, dez. 2020.

Disponível em:

<<https://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/1170>>.

Acesso em: 03/02/2023

STOCO, Rui. Responsabilidade civil sem dano: falácia e contradição. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 975, jan. 2017. Disponível em:

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_Biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.975.09.PDF>. Acesso em: 15 mai. 2020.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 9. ed. rev. atual. reform. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. Tomo II.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. 2 v.

TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil*. 4. ed. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 355, p. 101-118, mai. 2001.

TEIXEIRA NETO, Felipe. Ainda sobre o conceito de dano moral coletivo. In: ROSENVALD, Nelson (Coord.); TEIXEIRA NETO, Felipe (Coord.). *Dano Moral Coletivo*. Indaiatuba: Foco, 2018, p. 29-51.

TEIXEIRA NETO, Felipe. *Dano moral coletivo: a configuração e a reparação do dano extrapatrimonial por lesão aos interesses difusos*. Curitiba: Juruá, 2014.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021. 4 v.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 8. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TUNC, André. *La responsabilité civile*. 2. ed. Paris: Economica, 1989.

VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. rev. atual. Coimbra: Almedina, 2000. Vol. I.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da prática forense. *Rev. Fac. Dir. S. B. C.*, São Bernardo do Campo, v. 2, p. 60-71, 1992. Disponível em: <<https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/article/view/713>>. Acesso em: 23 out. 2022.

WOLKMER, Antonio Carlos. Direitos Humanos: novas dimensões e novas fundamentações. *Revista Direito em Debate* [online], v. 11, n. 16-17, 2013. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/768>>. Acesso em: 27 abr. 2021.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition*. Cidade do Cabo: Juta, 1990.