



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CAMPUS REITOR JOÃO DAVID FERREIRA LIMA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Rodrigo Tissot de Souza

**A QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO: PADRÕES MÍNIMOS PARA  
A CONCRETIZAÇÃO DA FUNÇÃO PREVENTIVA DA RESPONSABILIDADE  
CIVIL DE CONSUMO**

Florianópolis

2022

Rodrigo Tissot de Souza

**A QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO: PADRÕES MÍNIMOS PARA  
A CONCRETIZAÇÃO DA FUNÇÃO PREVENTIVA DA RESPONSABILIDADE  
CIVIL DE CONSUMO**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação  
em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina  
para a obtenção do título de Mestre em Direito.  
Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Dra. Carolina Medeiros Bahia

Florianópolis  
2022

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

Souza, Rodrigo Tissot de

A quantificação do dano moral coletivo: padrões mínimos para a concretização da função preventiva da responsabilidade civil de consumo / Rodrigo Tissot de Souza ; orientadora, Carolina Medeiros Bahia, 2022.  
218 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito, Florianópolis, 2022.

Inclui referências.

1. Direito. 2. dano moral coletivo. 3. responsabilidade civil de consumo. 4. quantificação. 5. função preventiva. I. Medeiros Bahia, Carolina. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Rodrigo Tissot de Souza

**A quantificação do dano moral coletivo: padrões mínimos para a concretização da  
função preventiva da responsabilidade civil de consumo**

O presente trabalho em nível de mestrado foi avaliado e aprovado por banca examinadora  
composta pelos seguintes membros:

Presidente: Prof<sup>ª</sup>. Carolina Medeiros Bahia, Dra.  
PPGD/UFSC

Prof. José Rubens Morato Leite, Dr.  
PPGD/UFSC

Prof. Pedro Rubim Borges Fortes, Dr.  
PPGD/UFRJ

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<sup>ª</sup>. Dra. Carolina Medeiros Bahia  
Orientadora

Florianópolis, 2022.

## AGRADECIMENTOS

Todo o percurso, desde as disciplinas até a efetiva redação da dissertação, ocorreu ao longo da pandemia de Covid-19, fato que dificultou a troca com os demais colegas e o acesso às bibliotecas, fechadas durante a maior parte destes dois anos. Apesar das dificuldades e da solidão inerente ao desenvolvimento de uma pesquisa acadêmica, pude contar com uma rede de apoio significativa, com quem divido o resultado que ora se apresenta.

Qualquer agradecimento será insuficiente diante da contribuição de diversas figuras para que este trajeto fosse possível.

Agradeço à minha família, pelo suporte incondicional ao longo da minha vida e da jornada acadêmica. Especialmente aos meus pais, Cristiane e Roberto, e à minha irmã, Maria Cecília, por jamais pouparem esforços para viabilizar a concretização de meus sonhos; por possibilitarem que eu aproveitasse as oportunidades proporcionadas; por todo o afeto e ensinamentos diários; por estarem sempre ao meu lado, incondicionalmente.

Aos meus sócios, José Guilherme de Bem Gouvêa, Eduardo Junqueira Bertoini e Rodrigo Junqueira Bertoini, pelo incentivo e pelo suporte ao longo das ausências em razão dos compromissos acadêmicos.

Aos amigos e às amigas de toda a vida, por estarem ao meu lado nos mais diversos momentos e por serem parte formativa do meu caráter e dos meus valores.

Àqueles que chegaram mais recentemente em minha vida, proporcionando incondicional apoio e afeto, cuja gratidão resultante é expressada pelo tempo de qualidade fruído conjuntamente.

À minha orientadora, Prof<sup>a</sup> Dra. Carolina Medeiros Bahia, por todas as oportunidades que me concedeu, não apenas no mestrado, mas desde a metade da graduação. A parceria de anos nos conecta para além da pesquisa e das ideias, e se transmuta em uma genuína amizade, fruto de uma admiração que decorre da simples contemplação de sua conduta ética e comprometida com o ensino público de qualidade.

Ao Prof. Dr. José Rubens Morato Leite, primeiro incentivador de minhas atividades de pesquisa, por ter me acolhido no GPDA/UFSC ainda ao longo do meu primeiro semestre, enquanto calouro. Sou grato pela generosidade e pela oportunidade do convívio durante praticamente toda a minha graduação.

*Todos nós somos, por definição, consumidores. Representamos a maior parcela da economia, afetando e sendo afetados por quase todas as decisões econômicas, públicas ou privadas. Somos também o grupo importante da economia cujas vozes são frequentemente ignoradas.*  
(John F. Kennedy, 1962)

## RESUMO

O estudo aborda os alicerces para a formação de padrões mínimos de quantificação dos danos morais coletivos nas relações de consumo, com o objetivo de concretizar a função preventiva da responsabilidade civil, por meio da dissuasão. Diante da verificação da insuficiência da aplicação do instituto para promover a mudança de comportamento nos fornecedores, com a escalada de violações aos direitos transindividuais dos consumidores, o intento primordial é perquirir sobre o seguinte problema de pesquisa: “É viável o estabelecimento de padrões mínimos de quantificação do dano extrapatrimonial coletivo como forma de concretizar a função preventiva da responsabilidade civil?”. Tem-se, como premissa, que os critérios de quantificação do dano devem ser adequados para demover os fornecedores de reiterarem práticas indesejadas, com base em padrões mínimos de quantificação. Dessa forma, o estudo apresenta, em seu capítulo inaugural, as origens da tutela consumerista, com foco na tutela coletiva. Apresentam-se as origens do dano moral, tanto em sua dimensão individual quanto em sua dimensão coletiva, com foco na origem do dano moral coletivo, sua base normativa e conceitual, bem como os instrumentos processuais que o materializam. No segundo capítulo, são estudados os princípios e as funções da responsabilidade civil. Da mesma forma, são analisadas as mudanças históricas que ensejam a adaptação do sistema de responsabilidade civil, de sorte a atender as necessidades sociais. Demonstra-se que há uma nova racionalidade que deve ser aplicada à tutela coletiva quando da aplicação das funções e dos princípios, com enfoque na materialização da prevenção. No terceiro capítulo, verifica-se o cenário atual de quantificação dos danos morais coletivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Estuda-se o fenômeno da ilicitude lucrativa, com base em premissas da Análise Econômica do Direito, de modo a demonstrar a insuficiência dos critérios e métodos de quantificação atualmente utilizados. Conclui-se que é necessário o estabelecimento de padrões mínimos de quantificação que, ao menos, extirpem quaisquer lucros ilegítimos decorrentes de atos violadores dos direitos transindividuais dos consumidores, como forma de forçar os ofensores que promovam melhorias em suas operações, materializando a prevenção, direito básico dos consumidores. São abordados os métodos de arbitramento monofásico e bifásico, com destaque para a técnica de *skimming off*.

**Palavras-chave:** direito do consumidor; dano moral coletivo; quantificação; ilicitude lucrativa; função preventiva.

## ABSTRACT

The study addresses the foundations of a minimum standard for the quantification of collective moral damages in consumer relations, with the objective of materializing the preventive function of civil liability, through the deterrence. The primary intent is to inquire about the following research problem: “Is it feasible to establish minimum standards for the quantification of collective moral damage as a way of emerging the preventive function of civil liability?”. It is assumed, as a premise, that the damage quantification criteria must be adequate to deter companies from repeating unwanted practices, based on minimum quantification standards. Thus, the study presents, in its inaugural chapter, the origins of consumer protection, with a focus on the collective protection. The most common types of damages are analyzed, as well as the responses given by the justice system. The origins of moral damage were presented, both in its individual dimension and in its collective dimension, focusing on the origin of collective moral damage, its normative and conceptual basis, as well as the procedural instruments that materialize it. In the second chapter, the principles and functions of civil liability are studied. As follows, the historical changes that give rise to the adaptation of the civil liability system, in order to meet social needs, are analyzed. It is demonstrated that there is a new rationality that must be applied to collective protection when applying functions and principles, focusing on the materialization of prevention. In the third chapter, the current scenario of quantification of collective moral damages within the scope of the Brazilian Superior Court of Justice is verified. The phenomenon of profitable illegality is studied, based on premises of the Law and Economics, in order to demonstrate the insufficiency of the criteria and quantification methods currently used. It is concluded that it is necessary to establish minimum standards of quantification that, at least, remove any illegitimate profits arising from acts that violate the transindividual rights of consumers, as a way of fully protecting these rights and, finally, materializing prevention through deterrence, a basic right of consumers. The single-phase and two-phase arbitration methods are discussed, with emphasis on the skimming off technique.

**Keywords:** consumer law; collective moral damage; quantification; profitable wrongdoing; deterrent function.



## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2. TUTELA COLETIVA DOS CONSUMIDORES: DA ORIGEM AO DANO MORAL COLETIVO.....</b>	<b>16</b>
2.1.1 Sociedade de massa e sociedade de hiperconsumo: ascensão da sociedade de risco .....	17
2.1.2 Antecedentes históricos da tutela consumerista: combate à fraude, falsificação e vícios de quantidade e qualidade.....	25
2.1.3 Danos aos consumidores e a necessidade de tutela coletiva .....	30
2.1.4 Tutela coletiva no Brasil: antecedentes históricos e arcabouço normativo .....	39
2.2 Dano moral no Brasil.....	49
2.3 Dano moral coletivo: uma categoria autônoma de dano extrapatrimonial.....	54
2.3.1 Fundamento normativo e conceito .....	56
2.3.2 Distinção entre dano moral individual e coletivo: impossibilidade de transposição conceitual e prática que derrui as objeções ao dano moral coletivo.....	62
2.3.3 Breves considerações acerca dos aspectos processuais e práticos da aplicação do instituto: procedimento, prova e beneficiário de eventual condenação .....	66
<b>3. OS PRINCÍPIOS E AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL: ORIGENS, EVOLUÇÃO E APLICAÇÃO NA TUTELA DA COLETIVIDADE .....</b>	<b>73</b>
3.1 Breve esboço histórico das funções da responsabilidade civil.....	76
3.2 Modificações sociais e os impactos na noção conceitual de responsabilidade civil .....	83
3.3 Princípios da responsabilidade civil .....	91
3.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	94
3.3.2 Princípio da solidariedade .....	97
3.3.3 Princípio da reparação integral .....	99
3.3.4 Princípio da prevenção .....	103
3.4 Funções da responsabilidade civil .....	107
3.4.1 Função reparatória .....	108
3.4.2 Função punitiva .....	111
3.4.3 Função precaucional e função preventiva .....	116
3.5 Funções da responsabilidade civil na tutela coletiva dos consumidores.....	123

<b>4. PADRÕES MÍNIMOS DE QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO COMO FORMA DE CONCRETIZAR O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO: CRITÉRIOS E MÉTODOS .....</b>	<b>132</b>
4.1 Cenário atual da quantificação dos danos extrapatrimoniais coletivos nas relações de consumo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça: insuficiência e esvaziamento da tutela coletiva .....	136
4.2 O fenômeno da ilicitude lucrativa e a Análise Econômica do Direito .....	155
4.2.1 Análise Econômica do Direito ( <i>Law and Economics</i> ): conceitos operacionais .....	156
4.2.2 Comportamento dos fornecedores: fatores que favorecem o fenômeno da ilicitude lucrativa .....	170
4.3 Critérios atualmente considerados para a quantificação dos danos extrapatrimoniais coletivos: necessidade de efetivação do combate à ilicitude lucrativa .....	174
4.3.1 Os critérios doutrinários e jurisprudenciais considerados para a quantificação do dano moral coletivo .....	176
4.4 Métodos de quantificação: compromisso com a materialização da função preventiva da responsabilidade civil por meio de padrões mínimos.....	182
4.4.1 Adequada instrução processual: a importância da inversão do ônus probatório como forma de garantia dos dados úteis à quantificação e viabilizar a concretização das funções do dano moral coletivo .....	183
4.4.2 Arbitramento por valor mínimo: indesejada predominância nas cortes brasileiras.....	190
4.4.3 Método bifásico: um necessário avanço para a concretização da função preventiva....	192
4.4.4 <i>Skimming off</i> : técnica de exclusão do proveito econômico ilegítimo .....	197
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>201</b>

## 1. INTRODUÇÃO

A pesquisa debruça-se sobre a forma de estabelecer um padrão mínimo de quantificação dos danos extrapatrimoniais coletivos que seja capaz, em tese, de sanar o descumprimento da enunciada função preventiva da responsabilidade civil no que se refere à tutela transindividual e extrapatrimonial dos consumidores. O intento primordial é perquirir sobre o seguinte problema de pesquisa: “É viável o estabelecimento de padrões mínimos de quantificação do dano extrapatrimonial coletivo como forma de concretizar a função preventiva da responsabilidade civil?”.

Como hipótese básica, a conduzir os caminhos de pesquisa a serem percorridos, tem-se que o ordenamento jurídico brasileiro oferece sustentação doutrinária e legislativa para o reconhecimento do dano extrapatrimonial coletivo com caráter abalizadamente preventivo, desde que os critérios de quantificação do dano sejam adequados, respeitados padrões mínimos. Indica-se, desde já, que o efeito desestimulador das práticas violadoras deve ser atingido sem que sejam maculados os limitantes legais das indenizações, atingindo, de modo legal, válido e eficaz, o proveito econômico obtido por meio do ilícito.

Vive-se um contexto de relações de consumo massificadas, com reiteradas violações aos direitos dos consumidores e com parca satisfação quando da reclamação das ilegalidades cometidas pelos fornecedores. A sociedade de massas colaborou para a consolidação de uma sociedade de hiperconsumo, em que o ato de consumir passou a ser parte de signos identitários. Com esta nova conformação mercadológica, as situações de danos impostas aos consumidores se agravaram e tiveram as suas características modificadas.

Como consequência, o número de demandas judiciais que versam sobre as violações perpetradas em face dos consumidores cresce em ritmo exponencial e reflete bem esta realidade, tanto na tutela individual quanto na tutela coletiva. No entanto, percebe-se que as respostas emanadas do Poder Judiciário no âmbito da tutela coletiva são insuficientes enquanto meios legítimos e eficazes para frear as práticas inadequadas dos fornecedores e induzir comportamentos éticos.

Não se trata de mera impressão, mas de constatação pautada em dados empíricos. Segundo o Centro de Apoio Operacional do Consumidor vinculado ao Ministério Público de Santa Catarina, foi verificado um incremento significativo do número de ações civis públicas ajuizadas com pedidos de condenação por danos morais coletivos em decorrência de relações de consumo. Entre os anos de 2001 e 2010, foram ajuizadas 53 ações civis públicas. Por outro

lado, entre os anos de 2011 e 2020, foram ajuizadas 162 ações civis públicas com pedidos de condenações por danos morais coletivos. Confirma-se, no ponto, que o acréscimo de mais de 205% de demandas no período analisado representa a insuficiência da tutela existente, na forma praticada, no ordenamento brasileiro.

A doutrina muito debate acerca da natureza do dano moral coletivo, bem como de suas finalidades. O ordenamento jurídico brasileiro, por meio da edição da Lei da Ação Civil Pública, n. 7.347/1985, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, n. 8.078/1990, trouxe um novo olhar acerca da tutela dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, notadamente do direito do consumidor, com a previsão da possibilidade de condenação em razão da ofensa aos direitos transindividuais dos consumidores.

O dano moral coletivo surgiu como instituto capaz de responder às violações aos direitos transindividuais, ou seja, às condutas direcionadas em desfavor da coletividade. Houve um longo percurso de aceitação de sua juridicidade no ordenamento brasileiro. Ultrapassada a fase de aceitação, nota-se uma percepção geral de que o dano moral coletivo não vem sendo adequadamente aplicado por parte dos atores jurídicos, diante da resistência dos ofensores em promover mudanças efetivas nas práticas que conduziram às violações.

Especificamente nas relações de consumo, a despeito da remansosa aceitação quanto à possibilidade de que sejam aplicados danos morais coletivos em face de violações aos direitos transindividuais dos consumidores, não se verifica, na prática, a concretização da função preventiva que circunda o sistema consumerista e o sistema de tutela coletiva. Percebe-se, no ponto, que a ausência de parâmetros definidos, ou mesmo que a ausência de aprofundamento na aplicação dos parâmetros existentes determinam a ineficácia do instituto e prejudicam o próprio sistema de tutela coletiva e, em última instância, vulnerabilizam ainda mais a coletividade.

Não são raros os exemplos em que fornecedores perpetram, culposa ou dolosamente, atos violadores dos direitos transindividuais. Como consequência dos atos censuráveis, obtêm proveitos econômicos vultosos. É o caso das publicidades enganosas, da adulteração de produtos, da modificação de sistemas de controle de poluição, entre outros, que redundam em resultados econômicos positivos em detrimento dos mais básicos direitos garantidos por lei à coletividade.

Urge, assim, que sejam estabelecidos parâmetros mínimos de utilização do instituto, notadamente em sua quantificação, para que os fornecedores sejam induzidos a adotarem

condutas éticas, observadoras dos mais básicos princípios que orientam as relações de consumo. Acredita-se, assim, que o instituto do dano moral coletivo sofrerá um incremento de eficácia capaz de promover uma substancial melhoria nas relações de consumo, na confiabilidade do mercado e na própria qualidade de vida dos consumidores.

A pesquisa parte da percepção de que os direitos transindividuais dos consumidores são direitos fundamentais e de que, com a constitucionalização da responsabilidade civil, especialmente nas relações de consumo, a prevenção se tornou um direito básico da coletividade. Passa-se, assim, a explorar os vieses gerais da pesquisa.

Percebe-se, da análise dos precedentes dos Tribunais pátrios, que a utilização de critérios e métodos de quantificação ou reinterpretação dos critérios atuais é fundamental para a efetiva concretização da prometida função preventiva da responsabilidade civil na tutela coletiva. Em suma, o objetivo geral é o estabelecimento de padrões mínimos capazes de efetivar a concretização da função preventiva por meio da correta quantificação do dano extrapatrimonial coletivo, com vistas à redução da litigiosidade decorrente das reiteradas violações aos direitos transindividuais.

Como mencionado, a sociedade de massa aumentou os riscos a que estão expostos os consumidores, mas a tutela oferecida a estes não foi ampliada de forma proporcional, e está praticamente estacionada, atrelada aos cânones racionalidade decorrente da responsabilidade civil clássica. No contexto da sociedade de risco, os danos passaram a ser imprevisíveis, de difícil constatação e com potencial de extensão e alcance ampliados. Neste sentido, como as violações aos direitos do consumidor atingem grande parte da população, o instituto do dano moral individual, limitado à compensação na extensão do dano, é insuficiente para responder aos danos de distintas naturezas, assim como para estimular a mudança de comportamento dos fornecedores.

Dado o contexto, adverte-se que a presente pesquisa não pretende analisar pormenorizadamente o instituto do dano moral individual, muito embora seus aspectos mais básicos devam ser enfrentados para fins de comparação com a modalidade coletiva. Tal análise é importante para marcar as diferenças entre o instituto do dano moral individual e do dano extrapatrimonial coletivo, primordial para a pesquisa que se propõe. Para fins ilustrativos, os casos mais notáveis de danos à coletividade estão ligados aos danos à saúde dos consumidores, à publicidade abusiva ou enganosa e às fraudes quanto à qualidade/quantidade de produtos.

O reconhecimento da modalidade coletiva dos danos extrapatrimoniais importa, principalmente, em evitar a transposição dos conceitos ligados ao dano moral individual ao

dano extrapatrimonial ou moral coletivo, dadas as suas respectivas especificidades. Os mencionados institutos apresentam esferas de proteção distintas. A tutela, portanto, dos consumidores conjuntamente considerados, alvos reiterados de diversas violações aos direitos da personalidade, depende primordialmente da aplicação do dano extrapatrimonial coletivo, motivo pelo qual a prevenção é a pedra de toque do instituto de tutela coletiva.

Assim, a relevância social da pesquisa decorre da necessidade de aplicação da modalidade de dano de acordo com a tutela que se pretende garantir, cuja natureza distinta exige compreensões adequadas à dimensão da coletividade, com quantificação suficiente para promover a alteração de comportamentos. A releitura constitucional da responsabilidade civil importa, necessariamente, em um ajuste das compensações dos danos aos direitos transindividuais à urgente prevenção demandada pela coletividade. Nesse sentido, a aplicação escorreita do instituto, com padrões mínimos bem estabelecidos, pode ser capaz de refrear condutas ilícitas e fortalecer a tutela da coletividade de consumidores, a inaugurar uma nova era nas relações entre fornecedores e consumidores, com observância da ética.

Embora parte da doutrina reconheça o caráter punitivo do dano extrapatrimonial ou moral coletivo, a questão é verdadeiramente controversa. Como parte da contribuição a que pretende presente pesquisa é a redução da litigiosidade e a garantia de efetivação dos direitos insculpidos no ordenamento jurídico pátrio, acredita-se que a solução possa ser encontrada por caminho menos controverso e incontrovertidamente compatível com o ordenamento, cujo avanço progressivo pode, no futuro, redundar em uma alteração legislativa que acolha definitivamente a função punitiva na responsabilidade civil brasileira.

Antes, porém, deve-se elucidar, por meio de aportes teóricos dos fundamentos da responsabilidade civil, dos conceitos operacionais da Análise Econômica do Direito e da revisão jurisprudencial, quais são os critérios de quantificação do dano que respondem aos anseios da função preventiva.

Cumprido destacar que a aceitabilidade do caráter eminentemente preventivo do dano extrapatrimonial coletivo não importa, de plano, a transposição da teoria do dano moral individual, menos ainda a importação acrítica da teoria dos *punitive damages*, cuja aplicabilidade não se acredita na realidade brasileira hodierna. Destaca-se que a renovada aplicação da “nova” categoria de danos requer uma teoria da responsabilidade civil arejada pela constitucionalização deste ramo do Direito, contribuição almejada, sem pretensão de esgotar o tema, pela pesquisa, notadamente quanto à quantificação das indenizações.

Sem adentrar ao cerne da pesquisa, as objeções ao caráter punitivo do dano extrapatrimonial individual ou coletivo não subsistem quando analisadas em relação ao

caráter preventivo do dano extrapatrimonial ou moral coletivo. Ao contrário, a análise comportamental baseada em conceitos econômicos e os fundamentos da própria responsabilidade civil dão suporte ao necessário e urgente caráter preventivo desta categoria de dano.

A própria jurisprudência já reconhece o valor do caráter preventivo no arbitramento do dano moral, seja individual ou coletivo, mas não o aplica efetivamente. Tal conclusão é extraída da manutenção das violações aos direitos transindividuais dos consumidores e da altaligiosidade em termos individuais. Para além disso, o desconhecimento a respeito do instituto torna a aplicação em sede coletiva tímida, sendo apresentadas ressalvas pelos julgadores que prejudicam as finalidades do instituto e da responsabilidade civil constitucionalizada.

Vive-se um contexto de escassez de fundamentação teórica na doutrina do dano extrapatrimonial coletivo, essencialmente no que toca à quantificação, com raros juristas que abordam a espécie a fundo. Tal escassez dificulta a fundamentação das decisões judiciais, que no mais das vezes são rasas em respaldo científico no que tange ao instituto e às suas funções, especialmente no momento de quantificação da indenização. É notável, em análise de precedentes, a dificuldade que os julgadores apresentam em definir a natureza do interesse que a tutela coletiva protege, bem como em concretizar função precípua do dano extrapatrimonial coletivo por meio da quantificação dos danos apurados.

Para tanto, entende-se necessário o estudo detalhado quanto às funções da responsabilidade civil e de que forma a quantificação do dano extrapatrimonial coletivo pode ser capaz de induzir comportamentos éticos por parte dos fornecedores. Tais fatores, baseados em critérios e técnicas de quantificação dos danos, são determinantes para a concretização da função preventiva.

Muito embora a jurisprudência leve em conta a função preventiva, inclusive no dano moral individual, tal enunciação não passa de mera carta de intenções, já que os valores são limitados pela extensão dos danos (muitas vezes imaginários, sem uma análise objetiva) e nem sequer compensam as vítimas – incorrendo no velho sistema da responsabilidade civil clássica – que não responde aos anseios da sociedade. O cenário, portanto, é de incentivo às violações aos direitos transindividuais dos consumidores, dada a insuficiência da tutela da coletividade.

O interesse, por fim, é de uma abordagem crítica que fortaleça na doutrina a aceitabilidade da utilização de critérios e técnicas de quantificação que sejam capazes de materializar o caráter preventivo das indenizações por danos extrapatrimoniais ou morais

coletivos. Como consequência, busca-se atingir o equilíbrio entre o consumidor vulnerável e o fornecedor, mesmo que por meio da indução de comportamentos éticos e do abandono de práticas ilícitas que outra representavam significativo proveito econômico aos fornecedores.

Esta pesquisa, pautada em abordagem de método dedutivo, conjuga três elementos para conformar e responder o problema de pesquisa proposto, estruturados nos capítulos que lhe compõem, com base nos objetivos específicos a que se passa a expor.

Com base no contexto apresentado, o primeiro capítulo pretende abordar a emergência da sociedade de massa e de hiperconsumo, demonstrando a mudança nos padrões de danos impostos aos consumidores. A partir de então, serão analisados os aspectos teóricos que envolvem o instituto do dano moral individual, bem como a sua distinção com relação ao dano moral coletivo. Após, será estudado o avanço da tutela coletiva no Brasil, com considerações a respeito dos aspectos processuais e práticos da aplicação do dano moral coletivo.

No segundo capítulo, serão analisados os princípios e as funções da responsabilidade civil, especialmente no que se refere às modificações decorrentes do advento da tutela da coletividade. O objetivo específico do capítulo é evidenciar a insuficiência do sistema clássico de responsabilidade civil para lidar e compensar adequadamente os danos aos direitos transindividuais dos consumidores. Desse modo, será efetuado um comparativo entre a racionalidade clássica e individualista da responsabilidade civil com o paradigma atual dos danos transindividuais aos consumidores, especialmente viabilizando sua nova face após a constitucionalização do direito civil.

Por fim, no terceiro capítulo, será exposto o cenário atual da quantificação do dano extrapatrimonial coletivo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Em seguida, serão estabelecidas as balizas do fenômeno da ilicitude lucrativa, com base em aportes da Análise Econômica do Direito. A intenção é demonstrar que os comportamentos dos fornecedores apresentam bases racionais pautadas em conceitos econômicos. Esta análise conduz à necessidade de adequação dos métodos de quantificação dos danos morais coletivos a padrões mínimos, que devem estar comprometidos com a materialização da função preventiva da responsabilidade civil por meio de padrões mínimos. O objetivo específico é o de contribuir com a doutrina na produção de conhecimento voltada à adequada instrução processual das ações civis públicas e na utilização de critérios e técnicas de quantificação dos danos morais coletivos que extirpem os lucros ilegítimos e incentivem a mudança de comportamento dos fornecedores.



## **2. TUTELA COLETIVA DOS CONSUMIDORES: DA ORIGEM AO DANO MORAL COLETIVO**

A presente pesquisa tem por objetivo investigar padrões mínimos de quantificação dos danos morais coletivos, notadamente para que cumpram, na maior medida possível, a finalidade de concretizar a função preventiva da responsabilidade civil. Todavia, cumpre em uma etapa preliminar do estudo, compreender os fenômenos antropológicos que formaram as condições de surgimento de uma até então inimaginada modalidade de dano: aqueles impingidos aos direitos transindividuais.

Em verdade, à época da efervescência social que deu origem à conformação social a que se refere, nem mesmo se considerava a possibilidade de reconhecimento dos direitos transindividuais, que dirá a chancela estatal para viabilizar os necessários meios de reparação. Por este motivo, torna-se essencial descortinar os alicerces que sustentam o estudo que ora se inicia.

Nesta toada, o trecho inaugural do estudo é destinado à tutela coletiva dos consumidores, desde a sua origem até o surgimento do dano moral coletivo, incluindo arcabouço legislativo brasileiro para a garantia dos direitos transindividuais dos consumidores.

Assim sendo, o capítulo iniciará o seu percurso com uma breve passagem pelas características marcantes da sociedade de massa, da sociedade de risco e da sociedade de hiperconsumo, com suas interconexões e seus reflexos na coletividade dos consumidores. Trata-se de uma análise fenomenológica do “terreno” em que foram semeadas as bases da tutela coletiva, haja vista a necessidade surgida em decorrência das novas conformações sociais e da percepção a respeito da importância dos interesses transindividuais.

Em seguida, será abordada a tutela da coletividade no direito brasileiro, com a exposição a respeito da origem alienígena do instituto, das mudanças de racionalidade e compreensão por juristas pátrios acerca da necessidade da adoção de um sistema de tutela coletiva e, em arremate, do histórico legislativo do sistema coletivo, com aprofundamento a respeito dos dispositivos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), do Código de Defesa do Consumidor (CDC), da Lei da Ação Civil Pública (LACP) e do Código de Processo Civil (CPC).

Por fim, caracterizado o contexto social que deu azo às violações aos direitos transindividuais dos consumidores, bem como o reconhecimento da tutela por meio de instrumentos materiais e processuais, surge a necessidade de dissecar, em si, o instituto que intitula a pesquisa. Dessa forma, serão elucidados, ao fim do capítulo, elementos fundantes do

dano moral coletivo, a sua distinção em relação ao dano moral individual, a desconstrução das objeções ao dano moral coletivo e a exposição a respeito da impossibilidade de transposição dos elementos do dano moral individual para o dano moral coletivo.

Finalizado o capítulo, com os sustentáculos da pesquisa firmados, será possível elucidar, no próximo capítulo, as finalidades da responsabilidade civil, especialmente quando aplicadas à tutela coletiva. Em seguida, vencidos os elementos básicos e fundantes, discutir-se-á os fenômenos que formam e incentivam a ilicitude lucrativa, bem como os critérios e métodos de quantificação do dano moral coletivo, precipuamente com o objetivo de concretizar a função preventiva da responsabilidade civil por meio de um “mínimo existencial” de quantificação, eximindo a coletividade de consumidores de ser submetida às reiteradas violações aos direitos transindividuais.

### **2.1.1 Sociedade de massa e sociedade de hiperconsumo: ascensão da sociedade de risco**

Para melhor compreensão a respeito da demanda social pela tutela coletiva dos consumidores, insta verificar, no tempo e no espaço, o desenvolvimento antropológico e sociológico do consumo. É importante destacar que o presente estudo tem por paradigma a visão ocidental de consumo, de modo que, de antemão, faz-se a ressalva de que não se busca apresentar uma visão universal do fenômeno do consumo e do seu impacto em nossas sociedades.

Intitular um excerto do estudo com a nomenclatura dada a três fenômenos absolutamente complexos e, em certa medida, conceitualmente distintos, pode dar ao leitor a impressão de que a abordagem será insuficientemente fundada e rasa ou pretensiosa. Não deve ser o caso, à vista de que não se pretende esgotar as fontes dos três fenômenos sociais descritos no título, mas sim, a partir de seus conceitos, demonstrar as intersecções e conexões existentes entre estas “estruturas” humanas e os seus reflexos na coletividade de consumidores.

São estes pontos em comum que evidenciarão, ao cabo, de que forma as modificações nas relações sociais, humanas por essência, impactaram o consumo, fragilizaram ainda mais os consumidores e exigiram uma nova disciplina nas relações entre fornecedores e consumidores. É importante fazer a ressalva acadêmica de que as sociedades que serão conceituadas apresentam diversas interpretações pelos múltiplos movimentos que as estudaram, de sorte que serão exploradas as abordagens que melhor se enquadram às finalidades da pesquisa, sem qualquer proselitismo e menosprezo às demais fontes a respeito do tema.

É cediço que a Revolução Industrial foi um marco histórico no sentido de viabilização da escalada da produção. Neste mesmo contexto, os trabalhadores passaram a integrar a massa de consumidores, e com esta massificação os contratos de consumo deixaram de ser negociados a cada celebração, passando a ser padronizados, massificados. As relações entre consumidores e fornecedores se modificaram de forma significativa a partir do incremento produtivo e da massificação dos contratos.

Certamente, a ausência de negociabilidade no trato de consumo e a estandardização das avenças contratuais representam sintomas latentes do agravamento do processo de fragilização dos consumidores diante dos fornecedores. Mesmo assim, nem sequer havia qualquer tipo de debate social a respeito da hipossuficiência dos consumidores e da necessidade de proteção deste grupo difuso. Pelo contrário, o acesso ao consumo, até então restrito às elites, se mostrava como um significativo avanço social e civilizatório.

Dessa forma, ainda que houvesse certa fragilidade na relação de consumo travada, as críticas e necessárias melhorias ficavam ofuscadas pelo discurso dominante de avanço e inclusão econômica, em decorrência do incremento do poder de compra dos trabalhadores. Contudo, o momento, dentre tantos, que marcou de forma acentuada a fragilização dos consumidores e a tomada de consciência a respeito da carência de disciplina específica à coletividade iniciou-se com a ascensão da sociedade de massa, seguida da sociedade de hiperconsumo e um de seus corolários, a sociedade de risco.

A origem do debate acerca da sociedade de massa remonta à discussão a respeito da influência dos meios de comunicação em massa, como o rádio e a televisão, sobre uma sociedade e seus indivíduos. Na origem, a Escola de Frankfurt, capitaneada por Max Horkheimer, Theodor W. Adorno, Jürgen Habermas, entre outros, adotou uma postura crítica, focada na análise das questões sociológicas e políticas envolvidas na comunicação social.

Vital Ataíde da Silva, em estudo a respeito de Adorno e Horkheimer, descreve que a indústria cultural reflete uma estreita relação entre a dominação econômica e a dominação cultural, como componentes de uma ideologia instrumental. Nesse passo, os bens culturais, que são os elementos de massificação, restam incutidos nos indivíduos como algo racional (2007, p. 73). Não havia, até então, um enfoque voltado ao fenômeno de consumo, mas sim ao fato de que a indústria cultural era utilizada com finalidade eminentemente política e ideológica.

À semelhança do que se percebe até os dias de hoje, há uma evidente relação entre vieses ideológicos e a produção da indústria cultural. Para a Escola de Frankfurt, representada por Horkheimer e Adorno, trata-se de uma ardilosa forma de ocultar contradições sociais e relações de dominação por meio de um aparato comunicativo. Assim, a massificação da

comunicação serviria aos interesses dominantes, devendo ser consumida constantemente por todo público (SILVA, 2007, p. 77).

Percebe-se, ainda que em uma abordagem breve, que as críticas dos alemães mencionados acima estão pautadas nas bases da luta de classes, como uma inarredável via de superação do capitalismo, o que não se observou até os dias atuais. Ou seja, ao fenômeno da comunicação em massa, deu-se um tratamento acadêmico voltado às questões políticas de perpetuação de regimes contra a viabilidade de ascensão de outras forças ideológicas.

A comunicação de massas facilitou, com a finalidade de dominação, a padronização de comportamentos e pensamentos. O objetivo primevo, como dito, era a de controle político e econômico sobre os diversos atores sociais. Contudo, a referida padronização legou efeitos outros que não apenas os ideológicos relacionados à política.

Com a percepção de seu potencial, a comunicação em massas passou a ser utilizada para outros fins, notadamente os comerciais. Como consequência da massificação e de sua finalidade precípua, os bens de consumo ofertados por meio da comunicação de massas passam a ter um potencial consumível que atinge a grande maioria das pessoas, a ter em conta que seguem um padrão de consumo imediato, com base nas necessidades criadas por meio da própria cultura de massa.

A indústria cultural foi a grande responsável pela uniformização de vidas, aspirações e sonhos (TORRES, 2019, p. 27). Desse modo, com o uso da estrutura industrial da Revolução Industrial, a consecução do lucro por meio da padronização de comportamentos, gostos e interesses tornou-se não só viável como facilitada e desejada.

O chamado “homem-massa”, conceito cunhado por José Ortega y Gasset, representa o sujeito inserido e submetido à sociedade de massa. Ou seja, há um conformismo esperado com as imposições dos meios de comunicação em massa relacionados às diversas frentes da vida de um cidadão. Não há para o homem-massa qualquer desconforto no que se refere à sua condição, já que ele passa a se sentir parte de um todo que o inspira e o forma enquanto sujeito (1987, p. 47).

Isto porque a homogeneização de desejos e necessidades culminou na formação de uma verdadeira aldeia global, assim conceituada por Herbert Marshall McLuhan, para quem o encurtamento das distâncias é uma consequência dos avanços comunicacionais (1971, p. 38). À guisa de exemplo, os cidadãos de todo planeta, inclusive os considerados periféricos, passaram a ter o legítimo desejo de consumir os mesmos bens, interagir, se comunicar e, em última instância, viver como cidadãos de regiões “referenciais”, como a Europa e os Estados Unidos da América.

No mesmo contexto, houve a aceleração do processo de urbanização e o abrupto crescimento dos centros urbanos, com o agrupamento de milhares ou, em diversos casos, milhões de indivíduos. Esta redução das diferenças entre os cidadãos viabilizou a transferência da utilidade política da comunicação de massas para um uso voltado de forma marcada ao consumo e ao fortalecimento dos ideais capitalistas, com seus signos de felicidade e sucesso.

A massificação das sociedades, conforme seus objetivos ideológicos originários, acaba por neutralizar existências particulares em favor de uma ordem imposta pela cultura dominante. A neutralização das individualidades é uma das características marcantes que acelera o consumismo por encaixar, em uma mesma zona de interesses, a capacidade produtiva herdada da Revolução Industrial e o desejo uniformizado de consumir os bens produzidos com o direcionamento da própria indústria cultural. Trata-se da união de dois fatores que impulsionam decisivamente o capitalismo.

Portanto, no que se refere à Escola de Frankfurt e seus estudiosos, deve ser reconhecida a absoluta pertinência do viés descritivo do fenômeno da comunicação de massas, com a conclusão de que os destinatários da informação se tornam cada vez mais subservientes ao sistema imposto, fazendo deles verdadeiras engrenagens no complexo maquinário de produção, mercantilização, consumo e desperdício. A finalidade inicial de dominação política transmutou-se para uma finalidade ainda de dominação, mas comportamental, voltada ao fenômeno de consumo. A uniformização dos comportamentos facilita o processo de vulnerabilização dos consumidores, eis que previsíveis as condutas e as reações esperadas por parte da coletividade.

Jean Baudrillard, sociólogo e filósofo francês, é um dos grandes teóricos da sociedade de consumo. Para Baudrillard, com a massificação das informações, os objetos de consumo deixaram de ter uma utilidade específica, mas um significado geral, um encadeamento de significantes, com motivações muito mais complexas do que o simples ato de consumir para a finalidade de utilizar determinado bem (2014, p. 26).

Segundo Thorstein Veblen, este signo ínsito aos bens de consumo pode ser percebido desde que a propriedade se originou. Isto porque, segundo o economista e antropólogo estadunidense, há uma hierarquia de consumo, em que as classes abastadas – chamadas pelo autor de classe ociosa -, servem de padrão às classes inferiores, em um infundável ciclo de insatisfação (1983, p. 35).

A Teoria da Classe Ociosa, concebida em 1899 por Veblen, permanece incomodamente atual. A sociedade, à época, já era percebida como um campo de emulação pecuniária, em que os bens de consumo seriam representativos da estima social a determinado

grupo. Para além disso, o consumo foi instrumento de manutenção de estruturas de dominação e diferenciação social (1983, p. 39).

As estruturas sociais em que se baseou Veblen foram alteradas, inclusive com uma demarcação mais vaga e transitória entre as classes sociais. Este apagamento das diferenciações estanques gerou uma necessidade extraordinária de produção e aquisição de bens, a fim de que as classes trabalhadoras pudessem, ao máximo, tentar se aproximar da chamada classe ociosa, detentora dos meios de produção.

Passados mais de cem anos, o fenómeno segue atual, transmutando-se apenas em seu meio de veiculação, hoje observadas nas aldeias globais. No ponto, as redes sociais são as grandes arenas do consumo, e exemplificam a forma com que a comunicação de massas da indústria cultural motiva os sujeitos a consumirem como forma de emular, de alcançar determinada posição, enfim, de se identificarem e de se expressarem por meio do consumo.

A corrida desesperada em direção à plena satisfação e felicidade pelo consumo certamente não dispõe e jamais disporá, para a esmagadora maioria das pessoas, de uma linha de chegada. O que se verifica é o exacerbado desequilíbrio experimentado na sociedade de consumo pela massificação dos comportamentos, com a constatação de invencíveis vazios e a incessante necessidade da sensação de pertencimento.

Não se está a insinuar que a vida social se reduziu à ostentação das possibilidades de consumo, mas sim que o consumo é uma forma de validação social, pautada nas necessidades criadas. Há uma constante necessidade de autoafirmação, vista pela sociedade de consumo como advinda do suposto respeito decorrente da comparação entre os sujeitos.

A felicidade, na sociedade de consumo, representa o referencial absoluto de sucesso. A felicidade passou a ser um direito, consubstanciado na busca incessante pelo bem-estar. Gilles Lipovetsky, em sua primeira fase de estudos a respeito do fenómeno de consumo aplicado à moda, com a publicação da obra “O império do efêmero”, adota uma visão otimista decorrente do consumo como forma de diferenciação.

Isto porque o autor discorda do fato de que a comunicação de massa sufoca o indivíduo e massacra a individualidade por meio da indução de comportamentos. Pelo contrário, aduz que a sociedade contemporânea, notadamente sob a perspectiva da moda, legitima o prazer e oferece escolhas, desenvolvendo o individualismo, por meio da plena autonomia (2009, p. 265).

Mais que isso, Lipovetsky lista o fenómeno de consumo como um dos fatores de solidificação das democracias (2009, p. 335). É importante frisar que as conclusões do estudioso francês foram publicadas em 1987, tendo sido observada uma mudança em seu posicionamento em obras posteriores, como “A felicidade paradoxal”, publicada em 2007, com um viés mais

pessimista do fenômeno de consumo em massa e das consequências do consumo em massa para os indivíduos e para a sociedade.

Zygmunt Bauman faz uma leitura descritiva precisa a respeito da condição do consumidor diante da sociedade. Para ele, o mercado de consumo cria e fomenta uma aflição do sujeito a respeito de sua própria condição, já que na sociedade de consumo todos os sujeitos representam, na verdade, produtos de si mesmos. Por este motivo, o ato de consumir representa um investimento em autoestima e valoração social (2008, p. 76).

Em poucas palavras, o consumo não é ciclicamente realizado como instrumento de satisfação de necessidades, desejos e vontades, mas serve apenas como meio de fazer do sujeito humano um objeto, uma mercadoria, que deva ser “vendável”, ou seja, que tenha atribuído, por outros, um valor significativo. É justamente esta condição de mercadoria de consumo que torna os sujeitos autênticos membros da sociedade de consumo.

Ainda segundo Bauman, há uma ilusão de liberdade quanto às escolhas de consumo. Não há, de acordo com o sociólogo, liberdade, mas tão somente a sensação de liberdade decorrente das alternativas fornecidas pelo próprio mercado. Afinal, embora haja possibilidade de escolha dentre as opções fornecidas, fazer a escolha dentro das alternativas dadas é um ato mandatório (2008, p. 110).

Passou-se, portanto, para uma fase em que a reiteração do consumo, a velocidade das transações e a capacidade de adequar-se às normas impostas pelo mercado representam nada menos do que um passaporte para a integração social. Não se adequar não é uma escolha, e representa um verdadeiro exílio, em que os excluídos são culpados pelo próprio destino, como no caso dos superendividados e dos miseráveis.

O fenômeno descrito por Bauman é uma das facetas do consumismo. Em adição, Lipovetsky quando reconsiderou seu posicionamento originário a respeito do fenômeno de consumo, declarou ser patente a existência da chamada sociedade de hiperconsumo, inaugurada na segunda metade do Século XX, com forte influência da publicidade e dos desejos de todas as espécies (2007). É importante deixar claro que a velocidade do consumo e a necessidade de renovação dos atos de consumo permanece importante, mas com um foco específico na representação do consumo perante terceiros, nesta fase mais voltada ao gozo dos prazeres dos instantes.

Ou seja, o próprio consumidor passa a buscar se convencer de que consome para si, e não para terceiros. Contudo, a própria necessidade de autoconvencimento denota a nítida obrigatoriedade do consumo, que passa a ser ostentado de forma distinta, mas sempre perante os terceiros julgadores. O prazer da experiência pela experiência, portanto, é tão somente

representação de uma recompensa de consumo consubstanciada de forma imaterial. (2007, p. 63).

Para Lipovetsky, o “neoconsumidor” da sociedade de hiperconsumo, a despeito de ser atingido pelas mais severas condições em termos de saúde mental, não seria manipulado ou preso a uma estrutura dominante, mas em constante órbita, “zapeando” novas oportunidades e experiências. Em última instância, passará, ao longo de sua existência, zapeando a sua própria vida na incessante busca pela completude e pela felicidade (2007, p. 70).

No entanto, é importante mencionar que mesmo o consumo experiencial da sociedade de hiperconsumo relega deletérios efeitos à coletividade. Esta menção se faz necessária pelo fato de que há uma cegueira coletiva quanto ao direcionamento dos fornecedores a respeito dos comportamentos a serem adotados, em massa, pela coletividade. Não há como sustentar, desse modo, a dita soberania do consumidor quanto ao seu próprio destino, ainda que este esteja buscando não só bens descartáveis, mas mesmo um consumo exclusivamente pautado nas experiências.

A natureza ideológica da sociedade industrial necessita do mito da soberania do consumidor para garantir a manutenção do volume de produção. O sistema de necessidades é requisito para que a engrenagem do consumo permaneça azeitada, afinal, como bem ilustrou Baudrillard, as comunicações de massa não fornecem a realidade, mas a vertigem da realidade, algo que afeta diretamente a prática dos signos e a escalada da produção, do consumo e do descarte (2014, p. 20).

Especificamente no ponto que interessa à pesquisa que se inaugura, a compreensão da aceleração do fenômeno de consumo, representativo dos signos de abundância, acabam por oferecer, de outro lado, prejuízos cada vez maiores. O próprio sistema de crescimento produtivo pretensamente ilimitado oculta os prejuízos internos em termos de desigualdade e de todas as demais externalidades negativas.

Em uma crítica absolutamente pertinente, Baudrillard aponta para a singularidade do cálculo do PIB (Produto Interno Bruto), que só considera o somatório das “riquezas” produzidas em um recorte geográfico e temporal. Despreza, de outro lado, todos os efeitos negativos e, notadamente, os custos econômicos e sociais atrelados à produção da riqueza (2014, p. 36). Em outras palavras, a degradação ambiental, o recrudescimento das desigualdades sociais e, para o recorte da pesquisa, os danos à coletividade de consumidores, não são contabilizados para aferir a “qualidade” de uma determinada economia.

À vista do exposto, verifica-se que a lógica social do consumo não está baseada no valor de uso de um determinado bem, mas em seus significantes sociais, em processos de



classificação e diferenciação social. Também como demonstrado de forma sintética, este modo de funcionamento do consumo foi gravemente acentuado com o advento da Revolução Industrial, com o aumento da produção, e com o fenômeno da comunicação de massas, que serviu como meio de difundir a “necessidade” de consumir.

O estreitamento da soberania do consumidor, por meio das necessidades criadas e da perpétua insatisfação, são as forças motrizes da produção capitalista. Inobstante, a escalada da produção, no mais das vezes exige celeridade e baixo custo, fatores que, conjugados, expõem os consumidores a toda sorte de riscos.

Os custos para a produção de bens em série com um nível aceitável de segurança e de isenção de vícios ou defeitos é elevadíssimo, de modo que, não raras vezes, o fornecedor assume, em nome de terceiro, o risco de fabricação produtos e prestação de serviços a um custo que não afete o benefício econômico que pretende ser realizado (NUNES, 2005, p. 155-156). Por não participar da decisão a respeito da exposição dos riscos a que são submetidos, os consumidores ficam à mercê de danos que possam afetar, direta ou indiretamente, a saúde, a integridade física e psíquica, os direitos da personalidade e, em última instância, os direitos transindividuais dos consumidores.

Assim, de forma dolosa ou culposa, os fornecedores ao priorizarem processos produtivos menos custosos, optam, por terceiros – consumidores -, a atribuição de determinados riscos que são considerados inaceitáveis. A forma com que a sociedade pós-moderna responde aos riscos é, por Ulrich Beck, limitada ao conceito de “sociedade de risco”. Esta visão a respeito da reação da sociedade em face do risco é inovadora pois os riscos a que são expostos, no recorte desta pesquisa, os consumidores, são difusos, de incertezas científicas fabricadas e de efeitos desconhecidos (2010, p. 12-13).

Destaca-se, desde logo, que não há consenso acadêmico a respeito da efetiva existência da pós-modernidade, assim como de seu início histórico. Adota-se, na presente pesquisa, a estrutura conceitual inaugurada por Zygmunt Bauman, como o ambiente sociocultural em que estamos inseridos, marcado pela globalização e pelo domínio do sistema capitalista.

Isto porque, antes do advento da Revolução Industrial, os riscos eram planificados, de mensuração relativamente precisa, sem efeitos desconhecidos e, majoritariamente, com atuação local. Com a massificação da produção, os riscos são escamoteados, e a ideia propagada pelos fornecedores é a de que o processo de industrialização representa mais segurança, mais previsibilidade e menos exposição aos riscos.

José Rubens Morato Leite e Kamila Pope, em análise que condensa os autores aludidos acima, expõem que a sociedade de consumo e a sociedade de risco apresentam interconexões e

complementariedades, apesar da distinção no que diz respeito ao ponto de vista do observador (2016, p. 34). Esta complementariedade é o que se busca para demonstrar a existência de uma complexidade a que os consumidores estão sujeitos hodiernamente. Ora, o consumo desenfreado e a escalada da produção impõem a aceitação tácita dos mais diversos riscos abstratos e imprevisíveis, tudo em nome de um inatingível – ao menos nas condições e perspectivas da economia como conformada atualmente - bem-estar social.

Percebidos os danos advindos das atividades de risco, há uma grande dificuldade de atribuição da responsabilidade, haja vista o apagamento do nexos de causalidade e o abuso na utilização das excludentes de responsabilidade. Em suma, a chamada “irresponsabilidade organizada” representa a ineficaz resposta das autoridades, judiciais e administrativas, diante dos danos ocasionados em razão dos riscos convertidos em danos (BECK, 2010, p. 9-10).

Portanto, é possível verificar que a breve análise a respeito das transformações sofridas no cenário e na lógica de consumo, do ponto de vista antropológico e sociológico, demonstra uma metamorfose no funcionamento das economias, das sociedades e dos signos de consumo. Tais fenômenos, conjugados, representam a ascensão de uma nova racionalidade capitalista, em que a escalada da produção impera, ainda que presentes novos e imprevisíveis riscos aos consumidores.

As novas conformações sociais decorrentes desta lógica de consumo expuseram inéditas modalidades de danos aos consumidores, inclusive de natureza transindividual, do que se ocupa o presente estudo. Cumpre, no momento, elucidar o histórico da tutela consumerista para, em seguida, analisar os danos enfrentados pelos consumidores, tanto antes quanto depois das transformações sociais elencadas acima, a evidenciar a necessária e urgente demanda pela tutela coletiva dos consumidores.

### **2.1.2 Antecedentes históricos da tutela consumerista: combate à fraude, falsificação e vícios de quantidade e qualidade**

A discussão a respeito da demanda pela tutela coletiva dos consumidores deve, necessariamente, ser precedida de uma abordagem sintética a respeito das radicais alterações sofridas pelas relações de consumo com o advento da Revolução Industrial, motivo pelo qual foram abordados os fenômenos do tópico anterior. E, ultrapassado o percurso obrigatório consistente na análise das conformações sociais que, estas sim, deram origem à necessidade da tutela coletiva dos consumidores, cabe expor um breve histórico a respeito da relação entre consumidores e fornecedores no que se refere aos danos decorrentes do consumo.

Não se desconhece que há menções à existência de dispositivos protetivos aos “consumidores” desde o tão comentado Código de Hamurabi. Evidentemente, os supostos dispositivos não disciplinavam as relações de consumo como tais, mas sim, serviam à disciplina de recorrentes contendas vividas entre arquitetos, empreiteiros, construtores de barcos e seus contratantes. As normas (“Leis” n. 229, 230, 231, 232, 233 e 235, por exemplo<sup>1</sup>) tinham por objetivo a previsão dos deveres de reparar danos causados por serviços mal prestados.

De acordo com as lições de Filomeno (2010, p. 3-5), no século XII a.C., a região onde hoje se localiza a Índia tinha como lei o Código de Massú, com a previsão de punições para os casos de adulteração de alimentos. Da mesma forma, os gregos dispunham, na Constituição de Atenas, com redação de Aristóteles, acerca da fiscalização de combate à adulteração e misturas de produtos.

Ainda sem disciplina específica para as demandas hoje conhecidas como consumeristas, o Império Romano sanava os conflitos decorrentes do consumo por meio do chamado “direito comum”. Inclusive, dada a sua capacidade de adaptação às atividades de comércio, parte da doutrina entende que o *Ius Gentium* se originou justamente do tráfico mercantil (NASCIMENTO, 2008, p. 89).

O tom comum das normas reguladoras das relações de consumo no contexto exposto acima era de busca da garantia por qualidade. Estas normas “protetivas” tinham como pano de fundo a necessidade de assegurar a confiança nas relações de consumo, ou seja, visavam a continuidade da confiança no mercado de consumo mais do que a própria proteção ao consumidor. E, ao longo dos séculos que antecederam a Revolução Industrial, assim permaneceu a lógica regulatória das relações de consumo.

Contudo, a latência da necessidade de tratamento especial às relações de consumo data da Revolução Industrial, fase em que, segundo Ferguson (2012, p. 237), as alterações sociais alicerçadas no desenvolvimento tecnológico deram origem a uma sociedade de consumo abalizada pela introdução de trabalhadores à condição de consumidores.

---

<sup>1</sup> Lei nº 229 – Se um arquiteto constrói para alguém e não o faz solidamente e a casa que ele construiu cai e fere de morte o proprietário, esse arquiteto deverá ser morto.

Lei nº 230 – Se fere de morte o filho do proprietário, deverá ser morto o filho do arquiteto.

Lei nº 231 – Se mata um escravo do proprietário ele deverá dar ao proprietário da casa escravo por escravo.

Lei nº 232 – Se destrói bens, deverá indenizar tudo que destruiu e porque não executou solidamente a casa por ele construída, assim que essa é abatida, ele deverá refazer à sua custa a casa abatida.

Lei nº 233 – Se um arquiteto constrói para alguém uma casa e não a leva ao fim, se as paredes são viciosas, o arquiteto deverá à sua custa consolidar as paredes

Lei nº 235 – Se um bateleiro constrói para alguém um barco e não o faz solidamente, se no mesmo ano o barco é expedido e sofre avaria, o bateleiro deverá desfazer o barco e refazê-lo solidamente à sua custa; o barco sólido ele deverá dá-lo ao proprietário.

Como delineado no tópico precedente, a homogeneização comportamental imposta pela sociedade de massa redundou em uma escalada de consumo alicerçada na uniformização dos padrões produtivos. Houve, portanto, uma confluência de fatores que desencadeou no estouro produtivo viabilizado pela Revolução Industrial. Assim, o consumir como necessidade perene tornou-se um foco da vida social, sustentáculo do sistema produtivo.

Neste contexto de consumo, as relações tornaram-se impessoais, em contraste com a praxe econômica do momento antecedente, em que cada negociante tratava, direta e individualmente, com cada adquirente. Em poucas palavras, era viável a negociação dos termos de cada contrato celebrado entre fornecedores e consumidores.

Inobstante, com a profusão de bens e serviços, houve uma massificação das relações de consumo, que passaram a ser impessoais e estandardizadas. Lopes (1996, p. 109-115) considera que este agregado de fatores gera as interações anônimas e despersonalizadas entre um número relevante de pessoas. Em complemento, Cláudia Lima Marques (2005, p. 65) afirma que esta nova conformação das relações de consumo deu origem aos chamados contratos na forma de adesão, em que as cláusulas são definidas de modo unilateral pelo fornecedor, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente o seu conteúdo.

A consequência prática da massificação das relações de consumo foi o agravamento do espectro de vulnerabilidade dos consumidores, que tiveram ainda mais informações negligenciadas. Ora, a produção em série com um nível de segurança de isenção de vícios ou defeitos é elevadíssimo, ao mesmo tempo que o fornecedor não permite prejudicar o benefício econômico que pretende auferir com medidas de segurança, informação e garantias aos consumidores (NUNES, 2005, p. 155-156).

Reforçados, portanto, os ensinamentos de Beck (2010, p. 12), que descreve a ausência de capacidade dos sistemas jurídicos e da sociedade na lida com os riscos e danos impostos à coletividade, cujas características marcantes são o fato de serem difusos, incertos, de efeitos desconhecidos. Uma verdadeira transição entre a modernidade e a pós-modernidade. Desfaz-se, por consequência, o mito criado por fornecedores de que o processo produtivo industrial tornaria o bem hermético, alheio a qualquer risco de dano.

Apesar do contexto apresentado, com uma transição marcada não só acerca dos hábitos de consumo, mas também da produção de bens e da prestação de serviços, a relação entre consumidores e fornecedores não foi objeto de uma disciplina específica capaz de tutelar os interesses dos mais vulneráveis. Em verdade, nem sequer a noção de vulnerabilidade era percebida, de sorte que as normas permaneceram circunscritas aos limites da reparação de vícios de quantidade e qualidade.

Não há como perceber, antes, durante e após a transição da forma de consumir, até meados do século XX, uma tutela que represente um verdadeiro avanço na disciplina das relações de consumo. Por este motivo, as contendas advindas das relações de consumo eram decididas com base em normas esparsas dedicadas ao regramento de determinado mercado ou pelas normas gerais de responsabilidade civil.

A tutela jurídica dos consumidores, em formato mais semelhante ao que se conhece atualmente, ganhou corpo apenas na segunda metade do século XX, com o celebrado discurso de John Kennedy ao Congresso estadunidense, em 1962. Para o político, as relações de consumo deveriam privilegiar a saúde, a segurança e a confiança dos consumidores, além de garantirem preços justos.

Anos depois, em 1973, a Comissão de Direitos Humanos da ONU declarou os chamados direitos fundamentais do consumidor. Tratar-se-ia de um direito humano de nova geração, relacionado a um direito social econômico.

Verifica-se, assim, a lenta assimilação de uma necessidade prática de tutela dos hipossuficientes em suas dimensões individuais nas relações com os fornecedores. Apesar do lento avanço na tutela individual, esta logrou em garantir, com um considerável nível de uniformização, os princípios gerais de proteção aos consumidores.

Veja-se, por exemplo, que em 1985 a Assembleia Geral da ONU editou a Resolução n. 39/248, cujo objeto era a positivação do princípio da vulnerabilidade no plano internacional. Em suma, oito diretrizes constituíam a descrição das áreas de atuação a serem curadas pelos Estados: a) proteção contra riscos à saúde e à segurança; b) proteção dos interesses econômicos dos consumidores; c) acesso à informação adequada; d) educação do consumidor; e) compensação em caso de danos; f) liberdade de formar grupos e outras organizações de consumidores e a oportunidade de apresentar suas visões nos processos decisórios que os afetem.

É adequado afirmar que, até a década de 80, apesar das discussões internacionais a respeito da tutela coletiva, a proteção aos consumidores conjuntamente considerados não reverberou na grande maioria das normas internacionais e das legislações dos países capitalistas centrais. Como consequência, havia um foco bastante determinado na resolução das questões que envolvessem saúde, segurança, fraudes, falsificações e acidentes de consumo, mas sempre com o recorte limitado à esfera do indivíduo diretamente atingido pela conduta que dera azo ao dano.

O arcabouço normativo brasileiro seguiu a tendência global. Desde a monarquia, percebe-se uma proteção superficial aos consumidores, a exemplo do Livro V das Ordenações

Filipinas, com a previsão de consequências graves para aqueles que falsificassem mercadorias. De uma forma indireta, portanto, ao regular o mercado e a confiabilidade exigida para a trocas comerciais, inaugurou-se uma proteção aos consumidores.

A partir da década de 40 do Século XX, normas esparsas foram editadas, com o objetivo de regular a economia popular, como a Lei n. 1.221/1951. Contudo, apenas em 1969, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 1 à Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, a defesa do consumidor foi citada, em consonância com os movimentos internacionais inaugurados pelo discurso do presidente estadunidense John Kennedy, em 1962.

Ultrapassado o contexto formativo das principais normas protetivas, cumpre descrever as significativas mudanças promovidas nas relações de consumo com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, doravante CRFB/1988.

A defesa do consumidor passou a possuir fundamento constitucional sólido, por meio de proteção afirmativa como atribuição do Estado, insculpido no art. 5º, XXXII, da CRFB/1988<sup>2</sup>. Para além, no capítulo da ordem econômica, a tutela do direito do consumidor é tida como princípio geral da atividade econômica, funcionando como limitante da liberdade econômica, a teor do artigo 179, V, da CRFB/1988.

Em complemento, garantiu-se a perspectiva de proteção ao consumidor por meio da ordenação, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu art. 48, da codificação das normas consumeristas. A ordem deu origem, dois anos depois, em 1990, ao Código de Defesa do Consumidor.

Para Claudia Lima Marques, em capítulo de obra redigida em coautoria com Herman Benjamin e Leonardo Roscoe Bessa (2016, p. 61-62), o Código de Defesa do Consumidor é uma lei visionária, que estabeleceu um novo patamar de boa-fé e qualidade nas relações privadas no Brasil, notadamente no que se refere ao reconhecimento da necessidade de proteção dos mais vulneráveis nas relações econômicas. Além disso, o CDC apresenta uma função social marcada, com fundamento constitucional, e mostra-se como uma norma de ordem pública. Apresenta-se, em comparação com as normas de outros países, com um regramento moderno e avançado.

Consolidou, como princípios básicos das relações de consumo, o direito à vida, à saúde, à segurança, à informação, à liberdade de escolha, à transparência e à boa-fé. Mais que isso, garantiu a proteção contratual, a prevenção e a reparação de danos de quaisquer espécies,

---

<sup>2</sup> Art. 5º, XXXII – O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

inclusive em face de direitos transindividuais. Garantiu, por instrumentos processuais, a possibilidade de concretizar os direitos enunciados.

Delineada uma perspectiva introdutória a respeito do arcabouço normativo consumerista, especialmente compreendidas as motivações para tanto, há que se ratificar que a proteção se cingia, até o advento da CRFB/1988, à proteção da confiança no mercado de consumo. Por via de consequência, alguns dos danos impostos aos consumidores eram tratados com base nas normas gerais de responsabilidade civil.

No entanto, conforme se verá nos tópicos seguintes, o processo legislativo representou, no âmbito da tutela coletiva, uma resposta às demandas advindas de questões recorrentes. No caso das relações de consumo, com a transformação do relacionamento entre consumidores e fornecedores, também foram modificadas as espécies e dimensões dos danos impostos aos mais vulneráveis. Naturalmente, no que importa para a pesquisa que se desenvolve, analisam-se os danos aos direitos transindividuais dos consumidores.

Portanto, buscar-se-á, no próximo ponto, abordar os danos impostos aos consumidores, em sua esfera individual e coletiva, as transformações advindas das mudanças nas relações de consumo e de que forma a atividade legislativa foi relevante para tornar o ordenamento jurídico capaz de abarcar e viabilizar a reparação e compensação das variadas espécies de danos.

### **2.1.3 Danos aos consumidores e a necessidade de tutela coletiva**

No momento que precedeu a Revolução Industrial, as relações de consumo não eram assim reconhecidas, de sorte que todo e qualquer dano reconhecido em favor dos “consumidores” dizia respeito aos vícios de qualidade e quantidade, assim como ao combate à falsificação e às fraudes. Ou seja, os “danos”, em verdade, eram consequências da observância dos princípios gerais de direito, e não corolários do reconhecimento da vulnerabilidade e da necessidade de uma tutela específica.

O foco, neste contexto, era a viabilização da manutenção da confiança no mercado de consumo. Não é exagerado afirmar que o bem jurídico tutelado por meio das normas pré-Revolução Industrial era o próprio mercado e a viabilização da circulação econômica dos bens e dos serviços.

A Revolução Industrial inaugurou, como descrito acima, uma nova forma de relacionamento entre fornecedores e consumidores, sob a égide da despersonalização e da massificação da produção e dos contratos. O resultado foi um largo agravamento da vulnerabilidade desse grupo de sujeitos, que jamais detiveram informações suficientes a

respeito dos processos produtivos, riscos e consequências dos atos de consumo. Todo este processo foi desenvolvido com a anestesia decorrente das estratégias da comunicação de massas, que padronizava comportamentos por meio das agressivas práticas mercadológicas.

Nunes (2005, p. 155) aduz que a consecução dos objetivos de expansão de mercado e redução dos custos de produção passou a ser o ponto focal das práticas produtivas. Evidentemente, a produção a um custo reduzido impede a garantia de um nível suficiente de segurança quanto aos vícios e defeitos, isto porque os fornecedores não pretendem incrementar as camadas de segurança caso isso afete o benefício econômico almejado. Todo este processo passa ao largo dos consumidores, que são expostos aos riscos de dano da atividade executada pelos fornecedores sem qualquer informação aprofundada.

Em suma, pequenos, médios e grandes fornecedores ou conglomerados econômicos colocam em circulação, diariamente, uma infinidade de produtos cujos riscos podem atingir, direta ou indiretamente, os mais diversos bens jurídicos dos consumidores. Em contraponto salutar, estes bens jurídicos, patrimoniais e extrapatrimoniais, passaram a ser suficientemente tutelados, de forma expressa, pela CRFB/1988, pelo Código de Defesa do Consumidor e por leis esparsas.

Inobstante, em termos práticos, o regramento vigente até meados da década de 80 do Século XX era capaz de satisfazer, com relativa eficiência, as modalidades de dano mais difundidas pelo conhecimento jurídico, para as quais o ordenamento havia sido, em tese, arquitetado. Assim, como forma de privilegiar a confiabilidade do mercado de consumo, seria possível antever uma resposta do Estado, por meio de órgãos administrativos e do Poder Judiciário, aos danos de repercussão individual decorrentes de vícios de quantidade ou qualidade, advindos de falsificação e de acidentes de consumo. Estes danos, no mais das vezes, culminavam em repercussão limitada à esfera patrimonial.

À vista desta limitação, tutelou-se, no momento seguinte, a saúde, a segurança, a integridade física e psíquica dos consumidores, o direito à informação e os demais direitos consagrados como básicos dos consumidores. No entanto, juristas e o próprio ordenamento não estavam suficientemente preparados para responder aos danos patrimoniais perpetrados em face da coletividade. Estavam, ainda menos preparados, para dar conta dos danos extrapatrimoniais impostos à coletividade advindos das relações de consumo.

Portanto, o sistema jurídico foi capaz de dar destinação às mais triviais ilicitudes, mas deixou de encaminhar mesmo tratamento às violações impostas à coletividade, especialmente as de natureza transindividuais. A fim de ilustrar a desde sempre urgente necessidade de uma adequada tutela dos direitos transindividuais, cumpre trazer à baila exemplos de célebres



situações em que houve patente violação a tais direitos, no mais das vezes com uma resposta insatisfatória por parte do sistema de justiça.

Certamente, um dos casos mais conhecidos de violação aos direitos transindividuais dos consumidores é advindo do desenvolvimento inadequado de um medicamento, conhecido como talidomida, que era utilizado para evitar enjoos. O medicamento foi desenvolvido na Alemanha e passou a ser comercializado na década de 50 do século XX, atingindo mercados de mais de 140 países.

Por ter a finalidade de inibir enjoos, o medicamento passou a ser utilizado em larga escala por gestantes, que costumam apresentar estes sinais nas fases iniciais da gestação. Em verdade, a sociedade empresária Grunenthal, responsável pelo lançamento do medicamento, afirmou que a substância era inócua e segura, inclusive para gestantes (OLIVEIRA; BERMUDEZ; SOUZA, 1999).

Contudo, o uso do medicamento no curso do trimestre inaugural da gestação causava, em grande parte dos casos, deletérios efeitos colaterais nos fetos, como deformações de membros (STOCCO, 2007, p. 47). Mesmo com o relato de efeitos adversos desde 1956, o medicamento foi difundido no Brasil em 1958, com ampla divulgação voltada à comunidade médica, especialmente sobre sua suposta inocuidade.

No ano de 1965, o medicamento deixou de ser comercializado no Brasil, com quatro anos de atraso em relação à Alemanha, mas a luta das vítimas do medicamento não cessou (OLIVEIRA; BERMUDEZ; SOUZA, 1998). Como efeito do lamentável caso da talidomida, o Estado adotou medidas regulatórias de saúde mais rígidas, inclusive com a edição do Código Nacional de Saúde. Por outro lado, as vítimas iniciaram um calvário em busca da reparação, compensação e punição dos responsáveis pela introdução no país do medicamento sabidamente nocivo para parcela significativa dos consumidores.

Em profundo estudo a respeito da luta das vítimas da talidomida, Adriana Moro e Noela Invernizzi (2007, p. 612) compilam notícias veiculadas pelo jornal O Estado de S. Paulo entre os anos 1973 e 1974, em que são relatados os andamentos dos processos em trâmite na Grã-Bretanha e no Japão. No caso julgado em Londres, a empresa fornecedora foi obrigada a realizar o pagamento de 20 milhões de libras, dos quais 6 milhões deveriam ser distribuídos entre as 433 vítimas e 14 milhões deveriam ser destinados a um fundo com o objetivo de garantir o futuro das crianças, já que parte significativa delas estaria incapacitada para atividades laborais. No Japão, as famílias de 63 crianças receberam indenizações que variaram entre 28 e 40 milhões de ienes.

Por outro lado, não foi este o destino dos processos julgados no Brasil na década de 1970. Diversos eram os grupos de famílias de vítimas que buscaram a reparação, mas parte significativa dos processos foi extinto sem a condenação do fornecedor, muitos em razão de uma cláusula contratual existente no contrato entre a empresa alemã e a fabricante brasileira, em que se determinava a exclusão de responsabilidade da empresa criadora do medicamento por eventuais prejuízos. Milhares foram as vítimas, centenas foram os processos, e a associação das vítimas divulgou, em 1982, a comemoração pelo atingimento de tão somente 42 condenações obtidas em face da empresa alemã (MORO; INVERNIZZI, 2017, p. 617).

Como forma de amenizar o sofrimento das famílias diante do insucesso de parte substancial das demandas judiciais, houve, após mais de 20 anos do início dos relatos dos efeitos do medicamento nos fetos, a edição da lei n. 7.070/1982, que reconheceu a Síndrome da Talidomida como uma condição capaz de garantir uma pensão especial às vítimas deficientes.

Dessarte, apesar do trágico evento ter sido útil para o fortalecimento do sistema regulatório da saúde brasileira, restou evidente que o sistema de responsabilidade civil brasileiro estava absolutamente despreparado para lidar com as modalidades de dano verificadas. Não apenas com a violação aos direitos transindividuais do consumidor – esta sem qualquer resposta -, mas também com os danos impostos a consumidores em suas esferas individuais. Isto a despeito da existência de um sistema de responsabilidade civil razoavelmente consolidado, embora inspirado por valores positivistas e individualistas que predominavam no Código Civil de 1916, vigente à época.

Em consonância com a lição de Nery Júnior (1998, p. 56), não há como negar a violação à justa expectativa dos consumidores e do público em geral frente aos produtos lançados no mercado, isto é, a presunção de que os produtos funcionem de forma adequada para a finalidade a qual foram desenvolvidos. De mais a mais, além de funcionar para a finalidade anunciada, espera-se que o produto ofereça segurança no uso regular, à exceção daqueles inerentes ao próprio produto, como o risco no uso de uma faca, por exemplo. Não houve, no entanto, adequada resposta por parte dos atores jurídicos e do sistema de justiça.

Outro exemplo bastante emblemático envolvendo fármacos foi o caso dos “filhos da farinha”, já sob a égide do CPC e da lei da ação civil pública. Em 1998, o laboratório farmacêutico Schering do Brasil, fabricante do anticoncepcional Microvlar, realizou testes em uma máquina embaladora de medicamentos. Para tanto, inseriu no equipamento comprimidos que continham tão somente farinha. Inadvertidamente, em decorrência de uma grave falha no processo produtivo, as cartelas advindas dos testes da máquina embaladora acabaram sendo comercializadas regularmente entre os meses de janeiro e abril do mesmo ano.

Em poucas palavras, por absoluta falta com os deveres básicos de cuidado, vigilância e segurança nos testes e, em última instância, no processo produtivo, diversas consumidoras tomaram os comprimidos como se contivessem o princípio ativo capaz de evitar a ocorrência da gravidez. A consequência não poderia ser outra: diversos “filhos da farinha” vieram ao mundo entre 1998 e 1999, tendo sido gestados em úteros de mulheres que buscavam evitar ativamente uma gravidez.

Este foi considerado um dos maiores erros da indústria farmacêutica mundial, em um contexto em que nem sequer havia o número de lote das medicações insculpido nas cartelas. Inclusive, esta foi uma das mudanças regulatórias advindas da escandalosa sequência de erros. Também, é imprescindível destacar que o fato ocorreu sob a vigência do CDC e da CRFB/1988, com um notável avanço na tutela da coletividade.

Em suma, nas demandas individuais as mães obtiveram, em sua maioria, indenizações pelos custos decorrentes da gravidez, compensação por danos extrapatrimoniais na modalidade individual e o pagamento de pensão em favor da criança nascida em razão da falha até que tenha completado 24 anos nas hipóteses em que ingressar no ensino superior e 18 anos caso não adentre à universidade.

O contraste com o caso da talidomida se dá pela efetiva concretização da tutela coletiva advinda da viabilização, por meio da nova conformação do sistema jurídico consumerista – a que se destacará a frente -, da tutela dos direitos individuais homogêneos afetados frontalmente pela conduta ilícita da farmacêutica. A farmacêutica foi ré em ação civil pública, movida pelo Estado de São Paulo e pela Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON/SP), em razão de ter colocado no mercado, à exposição da coletividade, medicamento sem princípio ativo, com resultado gravidez para diversas consumidoras.

O processo chegou a ser apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, autuado sob o n. REsp. 866.636/SP, com relatoria da Ministra Nancy Andrighi. A Corte manteve a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que, por sua vez, confirmou a sentença de primeiro grau. Nela, o Juízo condenou a farmacêutica ao pagamento de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) como forma de compensar os “danos morais coletivos”.

Inicialmente, o pedido veiculado na inicial requeria o pagamento em favor de um Fundo de Reparação de Direitos Difusos e Coletivos, fato que o caracterizaria adequadamente como um dano moral coletivo. Contudo, em razão de um aditamento à inicial feito a pedido do Ministério Público, houve alteração no pedido lançado na exordial, fazendo constar que a condenação fosse “genérica”, de modo que as consumidoras prejudicadas pudessem viabilizar a execução individual da sentença, inclusive quanto ao aludido pedido. Ou seja, apesar da

relevante condenação, deixou-se de tutelar os direitos transindividuais para que o processo focasse tão somente nos direitos individuais homogêneos.

Houve, em razão da parca difusão da teoria dos direitos metaindividuais, falta de tecnicidade no manejo da tutela coletiva, haja vista que a tutela dos direitos coletivos e difusos e a tutela dos direitos individuais homogêneos não se anulam. Em suma, poderia o processo judicial ter seguido com ambos os pedidos, um para compensar os direitos transindividuais violados, com a condenação revertida em favor do Fundo de Reparação dos Direitos Coletivos e Difusos; e o outro para compensar a violação aos direitos extrapatrimoniais das consumidoras diretamente afetadas, por meio da tutela coletiva, por serem direitos individuais homogêneos.

O caso descrito serve para demonstrar que há um contraste de tratamento entre os processos individualizados da talidomida e a ação civil pública dos “filhos da farinha”, em razão da última ter sido ajuizada sob a égide dos institutos de tutela coletiva a que se dedicarão os próximos tópicos. Ainda assim, mesmo com a infraestrutura jurídica capaz de sustentar a tutela dos direitos transindividuais, a falta de difusão, entre os operadores do direito, a respeito das especificidades da tutela coletiva, da distinção entre os direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos e da diferenciação entre a esfera individual e coletiva dos direitos extrapatrimoniais fez com que a resposta por parte do Poder Judiciário não atendesse o completo potencial e, pior, as necessidades advindas do caso em concreto.

Conforme se verá ao longo deste capítulo, para além da dificuldade na elaboração de normas que viabilizassem a tutela coletiva, houve uma forte resistência de parte dos atores jurídicos no sentido de não reconhecer a possibilidade de tutelar certos direitos transindividuais, como os extrapatrimoniais. Inobstante, as normas foram satisfatoriamente editadas e as resistências têm sido gradativamente reduzidas.

Antes, porém, deve ser posta luz em outros casos relevantes de violações aos direitos transindividuais dos consumidores, de modo a reforçar a importância da tutela específica para estes direitos. Passa-se, neste sentido, à análise de exemplos que envolvem a adulteração de produtos que colocam em risco a saúde e a segurança dos consumidores e de casos atrelados ao uso inadequado de ferramentas de publicidade e *marketing*.

Em termos de publicidade, a indústria automotiva é parte recorrente no polo passivo das ações. A título de exemplo, cita-se a fraude constatada em softwares de mensuração de emissão de poluentes em veículos automotores vendidos como ecologicamente sustentáveis, escândalo conhecido como “dieselgate”.

Em razão da publicidade, diversos consumidores foram ludibriados a respeito dos atributos ambientais dos veículos. Após denúncia nos Estados Unidos da América, verificou-se

que a real emissão dos poluentes era de 10 a 40 vezes superior à medição apresentada pelo software. Inviável, portanto, negar a violação dolosa cometida não só contra o mercado de consumo, afetando sua confiabilidade, mas também contra a própria saúde dos consumidores, que acreditavam estar em posse de veículo ecologicamente adequado.

Lamentavelmente, verifica-se que o comportamento da Volkswagen, responsável pelo *dieselgate*, variou em diversos países, de acordo com a resposta oferecida pelo sistema de justiça. Desse modo, em países cujos riscos de condenação se mostraram mais relevantes, com valores elevados, verificou-se a confissão e a celebração de acordos vultosos. Por outro lado, em países com o Poder Judiciário mais enfraquecido, ou mesmo sem um sistema de tutela coletiva eficaz, não se constatou a urgência da pessoa jurídica violadora em resolver os danos por si criados (FORTES; OLIVEIRA, 2019).

Outro evento com potencial violação aos direitos transindividuais dos consumidores ocorreu com o lançamento do veículo Veloster, da Hyundai. Em 2011, o veículo foi lançado no país com intensa atividade publicitária. As propagandas afirmavam que o veículo tinha potência de 140 cavalos. Contudo, após testes conduzidos por proprietários insatisfeitos com o desempenho do veículo, constatou-se que o automotor desenvolvia apenas 128 cavalos, isto em razão de alterações efetuadas em um propulsor, especialmente para o mercado brasileiro.

Ainda na esfera publicitária, mas desta vez na indústria de bebidas, houve a veiculação de publicidade que objetificava a mulher negra, com viés discriminatório e sexista. Abaixo, segue reprodução da publicidade (AMÉRICO, 2012):



Todavia, a publicidade, veiculada em revistas durante os anos de 2010 e 2011, não foi considerada abusiva e discriminatória pelo Poder Judiciário do Espírito Santo. Pelo contrário, o Juízo competente compreendeu que não se verificaram elementos mínimos de abusividade e

discriminação que ensejassem a violação ao Código de Defesa do Consumidor e aos direitos transindividuais dos consumidores.

Por fim, é possível mencionar casos de adulteração de produtos, que expõem a coletividade de consumidores a imensuráveis riscos de danos objetivos à saúde e à integridade física. Certamente, são os casos com maior cobertura midiática, haja vista a sua recorrência e o seu impacto na coletividade. A adulteração de produtos é capaz de minar, como efeito da violação aos direitos transindividuais dos consumidores, a confiança em um determinado mercado e a própria qualidade de vida dos consumidores que, obrigados a consumir, não se sentem seguros quanto produtos adquiridos.

A Operação Leite Compensado, deflagrada pelo Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (GAECO), do Ministério Público do Rio Grande do Sul, trouxe ao conhecimento do público um grave esquema de adulteração do leite por produtores e transportadores locais. Basicamente, os produtos laticínios eram rejuvenescidos por meio da adição de água, neutralizantes proibidos e mesmo soda cáustica. Além de estender a vida útil dos produtos, havia, por parte dos fornecedores, a intenção de aumentar o volume e reduzir os custos da operação (LEHMEN, 2017).

A odiosa prática, além de dolosa e absolutamente irresponsável, expunha um número indeterminado de consumidores ao risco de consumir produtos potencialmente lesivos à saúde. Dentre os consumidores mais recorrentes de produtos laticínios estão parcela dos hipervulneráveis, como crianças e idosos.

A recorrência da conduta era tanta que diversas fases e desdobramentos foram conduzidos pelas autoridades. O efeito nos consumidores não poderia ser outro que não o abalo inarredável na confiança no mercado de laticínios e potencialmente na saúde de um número indeterminado de consumidores que adquiriram os produtos adulterados.

Além do leite, outro produto alimentício que lidera a lista de adulterações é a carne bovina. No ano de 2017, ganhou os noticiários a deflagração da Operação Carne Fraca, que investigou a venda de carnes impróprias para consumo em decorrência do tempo e da adição de outros produtos, como por exemplo o papelão. Dentre os alvos da Operação Carne Fraca estavam os maiores frigoríficos do país (SALOMÃO, 2018).

À exemplo da adulteração do leite, a adulteração da carne também importa em grave dano aos direitos transindividuais dos consumidores, afinal a segurança alimentar é elemento basilar na relação entre fornecedores de gêneros alimentícios e fornecedores. Em segundo plano, o dano à coletividade decorre de dolosa fraude cujo objetivo é aumentar a margem de

lucro de determinado produto, independentemente dos sabidos efeitos que isto pode ocasionar nos consumidores, ou seja, gerar para si uma lucratividade ilegítima.

Encerra-se a lista de exemplos com as reiteradas fraudes de adulteração de combustíveis, que seguem a mesma lógica da adulteração de gêneros alimentícios, qual seja, o aumento do volume do produto como forma de reduzir custos e alargar a margem de lucro. Contudo, a adulteração de combustível pode, em contato com o motor do veículo, danificar sistemas essenciais ao seu funcionamento. Pior, a depender do produto adicionado e do efeito no veículo, a adulteração pode colocar em risco a segurança do consumidor.

Ano a ano, a lista de operações de fiscalização de postos de combustível aumenta. A recorrência das operações se dá pelo fato de que os fornecedores mantêm a prática lesiva aos consumidores. É possível constatar, com margem razoável de certeza, que a manutenção da adulteração de combustível se dá pelo simples fato de que é compensador, em termos financeiros, perpetrar a prática abusiva. Igualmente, verifica-se que, a despeito da dedicação dos órgãos fiscalizatórios, a atividade coercitiva administrativa e judicial é insuficiente para refrear a prática (GARCIA, 2017).

Assim como as demais adulterações, a confiabilidade no mercado de combustíveis é minada. Evidentemente, os consumidores que dependem dos combustíveis para atividades do cotidiano mantêm a aquisição do produto, mas com a premente incerteza quanto à qualidade do bem adquirido. Neste contexto, não é exagerado afirmar que os consumidores permanecem em constante estado de desconfiança, fato que reduz a qualidade de vida, haja vista a incerteza quanto aos possíveis danos decorrentes da trivial aquisição de combustíveis.

Dessarte, possível verificar que da relação entre fornecedores e consumidores podem decorrer variadas formas de danos, individuais ou coletivas. Dentre as modalidades de danos comuns, já tuteladas suficientemente pelo ordenamento jurídico, destacam-se as de natureza individual na esfera patrimonial. Todavia, os exemplos de práticas ilícitas de fornecedores listadas acima tornam palpável a existência de danos que transcendem a individualidade dos consumidores, afetando de forma difusa a coletividade, na dimensão extrapatrimonial.

Em verdade, a garantia de preservação da dignidade humana pressupõe a salvaguarda de situações subjetivas que contemplam para além do indivíduo. Ademais, estas garantias coletivas são formas eficazes de viabilização do pleno desenvolvimento das personalidades dos componentes de grupos, determinados ou indeterminados. Esta construção surge em um contexto de restrição máxima quanto à existência de danos que não sejam passíveis de reparação (TEIXEIRA NETO, 2018, p. 36).

Não são poucos, portanto, os exemplos de ações e omissões adotadas por fornecedores cujos efeitos são percebidos de forma acentuada na coletividade, marcadas pela queda de confiança no mercado de consumo e pela queda da qualidade de vida dos consumidores. Estes valores, quando violados, representam sintomas (efeitos) de uma violação que extrapola os limites da patrimonialidade. Não é demais recordar que, como visto, mesmo o regramento mais vetusto da relação entre fornecedores e consumidores buscava tutelar os valores acima mencionados.

É certo que os direitos transindividuais apresentam fundamento nos direitos básicos dos consumidores e sustentáculo na própria dignidade humana, com reflexo e projeção na coletividade. Estas são as bases para o livre desenvolvimento da personalidade dos consumidores, de modo que a sua tutela deve ser efetiva, responsiva e integral. Como é possível extrair dos exemplos listados no tópico, diversas modalidades de violações aos direitos transindividuais são identificáveis, embora nem sempre recebam o tratamento adequado para reconhecê-las, processá-las, compensá-las e prevenir a sua repetição.

Indubitavelmente que estas “novas” formas de dano, decorrentes da afronta aos direitos transindividuais dos consumidores, não contavam com o reconhecimento expresso do ordenamento jurídico e integral da comunidade jurídica. Por conseguinte, não eram contempladas por institutos capazes de responder adequadamente ao ilícito, com formas eficientes e adequadas de compensação. O estudo que se propõe será delimitado ao estudo da quantificação do dano moral coletivo, instrumento de concretização da tutela coletiva dos direitos transindividuais, com ênfase na função preventiva.

Entretanto, antes de adentrar ao estudo do instituto em si, com sua conceituação, percurso histórico, diferenciação em relação ao dano moral individual e objeções, cumpre analisar o surgimento da tutela coletiva no Brasil. Isto porque a infraestrutura normativa é a base na qual se sustenta o instituto do dano moral coletivo, tendo, inclusive, previsão expressa. Além disso, é primordial compreender o sistema de tutela coletiva para amoldar a lógica e a finalidade da tutela coletiva aos direitos transindividuais dos consumidores, notadamente quando de sua violação, a fim de viabilizar a sua concretização quando verificados eventos danosos, sanando a lacuna instrumental até então observada.

#### **2.1.4 Tutela coletiva no Brasil: antecedentes históricos e arcabouço normativo**



Por tutela coletiva, compreende-se, de forma ampla, o arsenal de instrumentos materiais e processuais utilizados com a finalidade de prevenir ou solucionar litígios que envolvam direitos qualificados como difusos ou coletivos.

Antes, porém, de abordar o histórico da tutela, cumpre conceituar os objetos de tutela das normas a serem abordadas, quais sejam, os direitos difusos e coletivos, bem como diferenciá-los dos direitos individuais homogêneos. Tal conceituação mostra-se fundamental para o desenvolvimento do estudo, haja vista que o dano moral coletivo, tema da pesquisa envolvendo sua quantificação, é o instrumento utilizado para compensar as violações impostas aos direitos coletivos e difusos de um determinado grupamento social, no caso em comento, dos consumidores.

Estes direitos são categorizados como coletivos *lato sensu*, e ganharam força ao longo do Século XX, como uma resposta ao individualismo do então predominante Estado liberal. O objetivo visado à época era, portanto, a transformação para um Estado mais garantidor, como bem observa Teixeira (2015, p. 175).

Certamente, os movimentos sociais surgidos, no Brasil e no mundo, após a Segunda Guerra Mundial, representam o maior signo de fortalecimento das demandas por proteção aos bens coletivos e difusos. Nos Estados Unidos da América, ficaram conhecidos os movimentos revolucionários das décadas de 50 e 60 do Século XX, liderados por mulheres, negros, ambientalistas e, em alguma medida, consumidores (BESSA, 2006, p. 79).

Como descrito em momento anterior, as relações de consumo foram profundamente alteradas com o advento da Revolução Industrial. Todavia, a tomada de consciência a respeito da existência de disparidade na relação entre fornecedores e consumidores veio apenas no Século XX, em paralelo aos movimentos revolucionários de grupos determinados. Não à toa, o já mencionado discurso do presidente estadunidense John Kennedy em prol dos consumidores deu-se exatamente neste período. Havia, como é possível concluir, um ambiente fértil para a profícua demanda pelo desenvolvimento da disciplina e tutela dos direitos coletivos.

Este contexto histórico demonstra que o mínimo existencial, consubstanciado no respeito aos direitos mais básicos de cada categoria envolvida, foi a base para a consolidação e defesa dos direitos transindividuais. Nos termos lecionados por Teixeira (2015, p. 176), a passagem dos direitos individuais (obrigações de abstenção do Estado), para os direitos sociais (obrigações de prestações por parte do Estado) e, por fim, para os direitos transindividuais,

representa a transformação entre a primeira, segunda e terceira dimensão dos direitos fundamentais.

Estes direitos fundamentais, de terceira geração ou terceira dimensão, estão ligados aos valores de solidariedade, e se conectam à viabilização do desenvolvimento com sustentabilidade econômica, ambiental e social. Destarte, a terceira dimensão de direitos está atrelada aos campos que tutelam o meio ambiente, a autodeterminação dos povos, a qualidade de vida das populações, os consumidores, as crianças, os adolescentes, os idosos e as pessoas com deficiência, bem como o patrimônio artístico, cultural, paisagístico e turístico.

Em comum, a classificação dos direitos acima delimitados como transindividuais, com a possibilidade de viabilização da tutela por meio de instrumentos coletivos, haja vista o condicionamento do exercício à existência de um grupo determinado ou não de sujeitos. Mas, embora sejam facilmente identificados por uma perspectiva contemporânea, os interesses difusos careceram de uma abordagem teórica suficientemente fundamentada por um período significativo.

A verdade é que a indefinição conceitual persistiu por um longo lapso, embora já se reconhecesse a necessidade de tutela da coletividade. Os interesses difusos permaneceram mal colocados entre os interesses simples (sem exigibilidade e oponibilidade) e os interesses legítimos (posições protegidas), sabendo-se, tão somente, que os interesses difusos não se identificam com os direitos subjetivos em sua dimensão clássica, haja vista a impossibilidade de definição de um titular definido. Neste mesmo contexto histórico, o interesse público deixou de ser identificado como puramente o interesse do Estado, para ser reconhecido como o bem geral, ou mesmo o interesse geral da sociedade (MAZZILLI, 2016, p. 55).

Verificou-se, historicamente, um contexto de preocupações e debates similares, ao longo das décadas de 70 e 80 do século XX, a respeito do avanço da vida social, sem o correspondente acompanhamento do direito. Estudiosos como José Carlos Barbosa Moreira, Ada Pellegrini Grinover e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior foram alguns dos responsáveis pela ascensão do tema no debate jurídico. Inclusive, por não se enquadrarem perfeitamente na teoria da classificação dos direitos, os direitos difusos e coletivos foram tratados, inicialmente, como “interesses” (VITORELLI, 2020, p. 94).

Henrique da Rosa Ziesemer (2018, p. 20) leciona que, no campo jurídico, a criação ou a compreensão dos direitos e interesses difusos e coletivos foi vista, inicialmente, como uma guinada à modernidade. Isto, é claro, sem considerar civilizações antigas que apresentavam, cada qual em seu contexto, a preocupação pela tutela de grupos. De qualquer forma, foi atribuído a este avanço uma posição de busca pela eficácia, já que em apenas uma ação judicial

seria possível resolver questões de milhares de pessoas em situações semelhantes. Passou-se, nesse sentido, a tornar palpável uma preocupação há muito visível.

No Brasil, a CRFB/1988 concretizou a tutela de determinados direitos coletivos e difusos, mas não se dedicou a delimitar os conceitos operacionais desta categoria. Por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor não só consolidou a existência desta categoria de direitos, como os conceituou. Isto porque a própria lei protetiva traz diversas normas do processo coletivo, complementares às leis específicas. Assim sendo, o diploma categorizou a divisão dos direitos coletivos *lato sensu*, em seu artigo 81, *in verbis* (BRASIL, 1990):

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os 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;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

A partir dos conceitos descritos pelo artigo 81 do CDC, verifica-se que a categorização se dá por três elementos básicos: a titularidade, a divisibilidade e a origem.

No que se refere à titularidade, são indeterminados e indetermináveis os detentores de direitos difusos, ao passo que são indeterminados, embora determináveis os titulares de direitos coletivos em sentido estrito e de direitos individuais homogêneos. Quanto à divisibilidade, são divisíveis os direitos individuais homogêneos, enquanto são indivisíveis os direitos difusos e os direitos coletivos em sentido estrito. Por fim, acerca da origem, os titulares dos direitos podem estar ligados por uma mesma situação de fato nos direitos difusos, por uma prévia relação jurídica nos direitos coletivos em sentido estrito ou por situações de fato ou de direito equivalentes, nos direitos individuais homogêneos (DONIZETTI; CERQUEIRA, 2010, p. 40).

Em termos práticos, os direitos difusos são coletivos por uma questão material, sem que seja necessária a imposição legal, afinal são necessariamente fruídos por um número indeterminado de pessoas. Por isso, Camargo (2016, p. 133) arremata que a indivisibilidade deduz a necessidade de que a tutela seja exercida unicamente de forma coletiva.

Como exemplo, pode-se mencionar os danos decorrentes de publicidade enganosa ou abusiva, bem como da comercialização de produtos com alto grau de periculosidade ou

nocividade, quando tão somente a exposição dos consumidores já representa uma violação aos direitos transindividuais, a culminar na redução da confiabilidade de determinado mercado de consumo. Em comum o fato de que os beneficiários são os consumidores, todos conjuntamente considerados, haja vista a necessidade da tutela dos direitos pertencentes à coletividade.

Assim como os direitos difusos, os direitos coletivos em sentido estrito também são indivisíveis. Por outro lado, estes pertencem a um grupo determinável de pessoas, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica basilar (TEIXEIRA, 2015, p. 178). São, segundo a lição de Kazuo Watanabe (2007, p. 824), os direitos indivisíveis que, a despeito de qualquer organização, apresentam identidade que ao largo de sua harmonização formal ou por entidade representativa, passam a formar uma unidade que viabiliza a sua defesa de forma conjunta.

Não são raros, no campo dos direitos coletivos em sentido estrito, os casos de abusividade em cláusulas contratuais em contratos de adesão. Nestes casos, a concretização da tutela coletiva viabiliza o aproveitamento por parte de todos aqueles que celebraram vínculo contratual com os fornecedores praticantes da abusividade declarada. Portanto, mesmo aqueles que não são partes no processo judicial serão atingidos e farão jus ao reconhecimento da nulidade de eventual cláusula contratual. Isto porque o artigo 103, II, do CDC<sup>3</sup>, prevê que a sentença definidora de direitos coletivos em sentido estrito deterá efeito para além das partes processuais, abarcando todos os que mantêm vínculo contratual com o fornecedor em questão.

Quanto aos direitos individuais homogêneos, tem-se que os sujeitos são determináveis e divisíveis, com ligação entre as partes por uma situação de fato ou origem comum. Por este motivo, diferenciam-se da tutela coletiva clássica, esta ocasionada por questões materiais dos direitos tutelados, já que a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos – divisíveis e de sujeitos determinados – é realizada tão somente por uma questão de economia processual. Ora, cada sujeito atingido, por ser determinado, poderia plenamente pleitear a reparação do direito violado de forma individual, haja vista a divisibilidade do direito.

Facilita-se, no caso dos direitos individuais homogêneos, a prestação jurisdicional com a “união” de ações que poderiam ser individuais em um único processo. Desse modo, a soma das condenações é plenamente divisível ao fim da lide, o que não ocorre nos conflitos

---

<sup>3</sup> Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81

envolvendo direitos difusos e coletivos em sentido estrito. O foco, nos direitos individuais homogêneos, é a tutela coletiva pela eficiência judicial, com resultados uniformes e ágeis.

Para elucidar o foco do estudo nos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, cumpre remarcar que o dano moral coletivo não representa a soma de danos morais individuais, motivo pelo qual não haverá aprofundamento no estudo dos direitos individuais homogêneos. É, dessarte, inviável a condenação por danos morais coletivos em ações que tutelam puramente direitos individuais homogêneos (BESSA, 2011, p. 523).

Em resposta às intoleráveis agressões e lesões a direitos transindividuais titularizados pela sociedade ou por agrupamentos da sociedade, houve a organização destes grupos, nos termos já expostos, para demandar o reconhecimento material e instrumentalização processual dos direitos difusos e coletivos. Dessa forma, após a sedimentação dos conceitos operacionais sobre os quais a pesquisa se desenvolverá, cumpre analisar o histórico da tutela coletiva no Brasil, desde o aporte teórico obtido no direito italiano até as normas que viabilizam, atualmente, a concretização destes direitos.

No decorrer da década de 70 do século XX, Mauro Cappelletti (2002, p. 51), ao observar a movimentação social em torno dos direitos difusos e coletivos, percebeu a carência do sistema jurídico italiano no que se refere às respostas às violações de direitos da coletividade. Assim, inaugurou os estudos que fizeram surgir, na doutrina local, a busca por soluções para os vazios inerentes à proteção dos direitos transindividuais. Nesse contexto, o sistema processual iniciou uma lenta transição de uma atmosfera contaminada pelo individualismo liberal para um ambiente com crescentes exigências no que toca à ordem social, com a necessária e urgente criação de novas formas de tutela.

Era comum, à época, que a inexistência de institutos adequados acabasse por inviabilizar a tutela da integridade destes direitos, em face da indeterminabilidade dos sujeitos e da indivisibilidade do objeto. Exsurgiu, na comunidade, uma pressão social por mudanças nos sistemas processuais de tutela coletiva. A consequência prática: a defesa dos direitos transindividuais se tornou, como não poderia ser diferente, uma questão de interesse público.

Já em 1979, Ada Pellegrini Grinover (1979, p. 32) registrou que o direito processual deveria se adaptar às modificações dos sistemas políticos, sociais e econômicos vigentes. A sistemática processual representa um instrumento de viabilização e materialização dos direitos, de sorte que deveria receber um novo enfoque, capaz de fazê-la tutelar, de forma efetiva, os chamados “novos direitos coletivos”.

No Brasil, os estudiosos pioneiros em matéria de ações coletivas foram os acadêmicos radicados na Itália nos anos 70 do século XX, sob a batuta do professor Mauro Cappelletti. Naquele contexto, os italianos estudavam as *class action* estadunidenses. Entretanto, os estudos iniciados na década de 70 verteram-se, concretamente, em resultados no ordenamento jurídico brasileiro apenas em 1985, com a edição da Lei da Ação Civil Pública (CAVALCANTI, 2014, p. 22).

Não se desconhece a precedência da Lei da Ação Popular, em 1965, muito embora se deva mencionar sua pouca adesão em termos práticos. Isto porque a legitimação era concedida para que qualquer cidadão pleiteasse a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao erário, em suas diversas esferas, e este recorte não ganhou adesão social para a sua efetiva aplicabilidade. Não se tutelava, por meio da mencionada lei, a miríade de direitos transindividuais a que pleiteava a sociedade (CAMARGO, 2016, p. 176-179).

Aluisio Mendes (2002, p. 197) bem sintetiza a primeira etapa de desenvolvimento da tutela coletiva, como sendo decorrente do surgimento de leis extravagantes e dispersas, que previam a possibilidade de determinadas entidades e organizações ajuizarem, em nome próprio, ações para a defesa de direitos coletivos.

No entanto, não bastava apenas reconhecer os direitos decorrentes da solidariedade. Era necessário que o sistema jurídico os tutelasse adequadamente, assegurando verdadeira fruição. Ou seja, da declaração de existência dos direitos, fez-se mister efetivá-los. Cabe, no ponto, ao direito processual a incumbência de atuar em face das ameaças de violação ou de violações. Era mandatório, portanto, ultrapassar o modelo processual individualista em prol de um modelo social dinâmico (GRINOVER, 2000, p. 13).

A partir de 1985, ultrapassada a primeira etapa de desenvolvimento, a composição específica do processo coletivo ganhou força, em razão do estoque intelectual obtido no continente europeu e da própria pressão social para respostas efetivas em face dos danos impostos à coletividade, até então sem consequências jurídicas consistentes. O processo coletivo, como não poderia ser diferente, representa uma contraposição ao sistema de processo civil clássico, em que o titular de um direito busca, por si, a sua tutela, de forma individual.

A Lei da Ação Civil Pública (LACP), n. 7.347/1985, norma basilar da tutela coletiva brasileira, teve por objetivo originário a tutela do meio ambiente, do consumidor e dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Assim, verifica-se pelo escopo do art. 1º da LACP, que houve um significativo avanço no que se refere aos bens jurídicos tutelados. Inobstante, ainda nesta fase os bens tutelados não foram dispostos em rol

exemplificativo, sem expressa abertura para a proteção de todo e qualquer interesse difuso ou coletivo.

Segundo Teori Zavascki (2006, p. 33), deve-se o fenômeno legislativo inaugurado em 1985, não apenas aos esforços de Barbosa Moreira, Pellegrini Grinover, Watanabe, entre outros, mas também à tomada de consciência a respeito da impossibilidade de adiar a operacionalização dos mecanismos capazes de proteger os direitos difusos, gravemente açoitados, por exemplo, pelo aumento dos sujeitos poluidores. Da mesma forma, os indivíduos enquanto consumidores, atingidos crescentemente pelas consequências de uma economia de mercado nocivamente voltada ao lucro.

No mesmo contexto, por ter uma natureza semelhante se comparada ao direito do meio ambiente, a tutela do consumidor fez parte das mesmas discussões. Veja-se, por exemplo, que em um período anterior à década de 80 do século XX, predominava a concepção de cunho individualista do direito, absolutamente imprópria para a efetiva proteção do bem ambiental (LEITE; AYALA, 2014, p. 181). Inobstante, por meio da Lei n. 7.347/1985, a tutela do meio ambiente, a exemplo da tutela coletiva consumerista, foi reforçada e instrumentalizada, passando a compor a onda protetiva dos direitos coletivos e difusos.

Em seguida, com a promulgação da CRFB/1988, foram enumerados diversos direitos cuja tutela poderia e deveria ser garantida de forma coletiva, em atenção ao interesse público inerente a estes direitos materiais. Cumpre destacar que a LACP foi recepcionada pelo novo sistema constitucional, ampliando seu espectro de tutela. Nesse sentido, a LACP foi alterada pela CRFB/1988, com a ampliação do rol de legitimados e a ampliação de seu objeto. Entre 1989 e 1990, foram promulgadas leis de proteção, de cunho material, aos investidores do mercado imobiliário, às crianças e aos adolescentes e às pessoas com deficiência.

No entanto, o significativo aporte processual se deu com o advento do Código de Defesa do Consumidor, em 1990. Na norma protetiva, o Título III aborda especificamente a proteção do consumidor no âmbito dos tribunais, com detalhamento a respeito de procedimentos para a tutela coletiva de danos sofridos de forma difusa, coletiva ou individual homogênea.

O advento do Código de Proteção e Defesa do Consumidor marcou mudança a ser celebrada no ordenamento jurídico brasileiro, conforme destaca Cavalieri Filho (2001, p. 137):

Pode-se afirmar que o Código do Consumidor é a mais revolucionária lei do nosso século, fruto de um consciente e bem sucedido esforço do legislador para adequar a nossa legislação à realidade social no que diz respeito às

relações de consumo. Tem sido proclamado que ele representa uma verdadeira mudança na ação protetora do direito civil brasileiro, pois de uma visão liberal e individualista passamos a uma visão social, que valoriza as legítimas expectativas das pessoas nas relações de consumo.

Como mencionado alhures, a defesa do consumidor possui fundamento constitucional, por meio de proteção afirmativa como atribuição do Estado, insculpido no art. 5º, XXXII, da CRFB/1988. Para além, no capítulo da ordem econômica, a tutela do direito do consumidor é tida como princípio geral da atividade econômica, no artigo 170, V, da CRFB/1988<sup>4</sup>. Com o fito de organizar o microssistema, o artigo 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias<sup>5</sup> determina a codificação das normas, que deu origem ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Miragem (2004, p. 40) alerta que não se deve reduzir o espectro de proteção do direito do consumidor tão somente ao aspecto econômico ou social, de modo que o seu alcance e sentido estariam restritos. A intenção, nesse sentido, é justamente demonstrar que, enquanto direito fundamental, o direito do consumidor exige esferas de proteção para além da tradicional tutela individual dos direitos da personalidade, motivo pelo qual o subsistema se preocupou em aprimorar a tutela coletiva.

Pelo fato de que a presente pesquisa abordará os danos extrapatrimoniais impostos à coletividade, cumpre elucidar, brevemente, o advento do Código Civil de 2002 (CC/2002) como veículo dos direitos da personalidade.

Dessarte, complementando o sistema protetivo, nasce o CC/2002, primeiro diploma brasileiro a tratar expressamente a respeito dos direitos de personalidade. Os direitos da personalidade são tratados, no CC/2002, de modo exemplificativo, assim como os direitos básicos do consumidor, presentes no artigo 6º do CDC, forçando a assim nominada por Claudia Lima Marques (2003, p. 304) convivência de paradigmas protetivos do CC/2002 e do CDC.

O artigo 6º, VI, do CDC<sup>6</sup>, refere, como direito subjetivo, a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos. Ao considerar a equivalência e completude que os direitos básicos do consumidor têm com os direitos da

---

<sup>4</sup> Art. 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:  
V – defesa do consumidor.

<sup>5</sup> Art. 48: O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará o Código de Defesa do Consumidor.

<sup>6</sup> Art. 6º: São direitos básicos do consumidor:

VI – A efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.



personalidade do Código Civil, é de se assumir que o legislador teve, ao editar o CDC, a intenção de tutelar amplamente os direitos da personalidade e os valores coletivos dos consumidores em relação às condutas violadoras dos fornecedores.

Ressalta-se, por oportuno, que os pormenores processuais relacionados à tutela coletiva, especificamente à ação civil pública, serão abordados ao fim do presente capítulo, após a abordagem do dano extrapatrimonial coletivo, de modo que o instrumental possa ser avaliado na aplicação do instituto.

Como adiantado, o escopo da pesquisa é a quantificação do dano moral coletivo como forma de concretizar a função preventiva da responsabilidade civil de consumo. Inobstante, mister esclarecer que a construção teórica que se busca apresentar, de aplicação do dano moral coletivo, serve à proteção dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito dos consumidores, ou seja, fazem parte da sistemática de processo coletivo.

Por este motivo, apresentou-se historicamente a modificação das relações de consumo que agravou o quadro de vulnerabilidade dos consumidores. Com a inauguração de uma nova forma de se relacionar, temperada com a vulnerabilidade agravada, a sociedade passou a suportar novas modalidades de danos, dentre os quais se destacam os danos extrapatrimoniais impostos à coletividade, no mais das vezes com os efeitos de queda de confiança em um determinado mercado ou mesmo de queda de qualidade de vida dos consumidores, nos termos demonstrados pelos exemplos dos tópicos anteriores.

Em suma, e sem adiantar o debate sobre os instrumentos aplicáveis, o subsistema de processo coletivo representa a preocupação advinda da demanda social por uma tutela adequada e efetiva, em resposta às violações surgidas a partir da modificação das relações entre consumidores e fornecedores e veiculadas academicamente na década de 70 do século XX. Mais que isso, em consonância com as lições de Mancuso (2004, p. 93), a nova realidade social impôs demandas específicas de proteção da pessoa humana, com instrumentos de tutela que não devem ter por base apenas a titularidade do bem jurídico, mas a relevância em si do interesse, notadamente nos casos de interesse público.

Elaborou-se, ao longo do tópico, um resgate histórico para demonstrar o surgimento de um sistema de tutela coletiva vigente no país, como resposta aos danos incomodamente indenés descritos no ponto anterior. Este sistema, por sua vez, possui instrumental capaz de garantir a apreciação judicial de atos que, potencialmente, tenham atingido a coletividade em sua esfera extrapatrimonial, a ensejar a compensação pelos danos morais coletivos. Esta tutela deve garantir não apenas a promoção dos direitos difusos e coletivos, mas também a prevenção em

relação a novos danos, motivo pelo qual a caracterização e a quantificação do dano moral coletivo mostram-se essenciais.

Sendo incontroversa a necessidade da tutela coletiva dos direitos transindividuais e a existência de um arcabouço normativo capaz de instrumentalizá-la, a pesquisa passará a abordar o instituto do dano moral coletivo em si, capaz de responder diretamente às violações descritas como outrora indeníveis. Mais que compensar as violações, buscar-se-á demonstrar, ao longo do desenvolvimento do trabalho, que o dano moral coletivo apresenta função primordial preventiva, de modo a concretizar a finalidade do próprio arcabouço normativo sobre o tema, em dedicada proteção ao livre desenvolvimento da personalidade, dos direitos básicos dos consumidores, da confiabilidade do mercado de consumo, enfim, dos direitos transindividuais conhecidos no subsistema.

## **2.2 Dano moral no Brasil**

O campo dos danos extrapatrimoniais sempre foi objeto de grandes e acirrados debates, com relevantes impactos e desdobramentos na jurisprudência. Por este motivo, faz-se mister elucidar os caminhos primeiros dos danos extrapatrimoniais no ordenamento pátrio, consubstanciados na figura do dano moral em sua esfera individual, com um breve percurso histórico, conceito e fundamento normativo.

Desde já, ressalta-se que a figura do dano moral individual é autônoma, assim como o é a figura do dano moral coletivo, e justamente por este motivo o intuito se faz necessário. Inclusive, a adequada conceituação de cada figura, que de comum tem apenas a natureza extrapatrimonial, é fundamental para que sejam marcadas as suas distinções, a impossibilidade de transposição de teorias e a desconstrução das objeções ao dano moral coletivo que são fundadas em características do dano moral individual, como se verá em um desdobramento do próximo tópico.

A aceitabilidade da compensação por danos extrapatrimoniais em sua dimensão individual passou por uma árdua trajetória de aceitação no âmbito do Poder Judiciário. Isto se deu pelo fato de que não havia uma norma no ordenamento que garantisse, de forma direta e objetiva, a tutela da esfera imaterial da personalidade dos sujeitos. Assim, apesar da fundamentada construção doutrinária, o Judiciário foi reticente no reconhecimento do dever de reparação integral consistente na compensação por danos extrapatrimoniais.

Antes do advento do Código Civil de 1916 (CC/1916), o dano moral não era reconhecido enquanto categoria autônoma capaz de compensar a violação de bens imateriais.

Reconhecia-se a existência de violação, mas não a possibilidade de compensação por meio de pecúnia. Ou seja, um período sem avanços consideráveis no campo nos direitos extrapatrimoniais.

Após o advento do CC/1916, de índole individualista e patrimonialista, com inspiração no Código Napoleônico, não houve previsão expressa acerca da existência da categoria “dano moral”. Inobstante, o mencionado diploma dispunha de diversas previsões que garantiam a reparação de danos impostos a bens jurídicos representativos dos chamados direitos da personalidade. Contudo, na prática, tais compensações por danos extrapatrimoniais só ocorreriam se estivessem, simultaneamente, vinculadas e dependentes em relação à violação de direitos patrimoniais.

Evidentemente, o condicionamento da compensação por danos imateriais à existência de danos materiais causou imenso desconforto na doutrina. Passou-se a defender, com maior veemência, a autonomia do dano moral em relação ao dano material, com fundamento no art. 159 do vetusto Código<sup>7</sup>, que apresentava uma cláusula geral de indenização. Ao sintetizar o contexto, Cahali (2011, p. 20) aduz que a doutrina, salvo raras exceções, já se orientava no sentido de garantir a reparabilidade independente do dano moral, enquanto, lamentavelmente, a jurisprudência representava o maior entrave à sua admissão.

A grande mudança adveio na década de 60 do Século XX, quando, ainda antes da CRFB/1988, parte dos julgados passou a reconhecer o dano moral enquanto categoria autônoma, sem que estivesse atrelado ao dano material, ultrapassando o entendimento adotado à época pelo próprio Supremo Tribunal Federal (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2016, p. 293). Persistentemente, os julgados apresentavam grande dificuldade em quantificar o dano extrapatrimonial, por estar este, na visão dos magistrados da época, atrelado à dor e ao sofrimento.

Contudo, o assunto deixou de ocupar o campo da teorização doutrinária com o advento da CRFB/1988, que previu expressamente a possibilidade de indenização quando da ocorrência de dano moral. Trata-se do preceito sedimentado no art. 5º, V e X, no campo das garantias fundamentais. Segundo a disposição do inciso V, é “assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. No inciso X, dispõe-se “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

---

<sup>7</sup> Art. 159: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código.

Retirou-se, a partir da vigência da CRFB/1988, qualquer hesitação em relação à reparabilidade, de forma autônoma, do dano moral. Destarte, o ordenamento como um todo adaptou-se à nova sistemática da possibilidade de compensar danos impostos à personalidade. Como consequência, houve previsão expressa a respeito da viabilidade no CDC, em seu art. 6º, VI e VII<sup>8</sup>, e no Código Civil de 2002, no art. 186<sup>9</sup>, complementado pelo art. 927<sup>10</sup>.

A respeito do objeto tutelado, Maria Celina Bodin de Moraes ilustra o reconhecimento pleno dos direitos da personalidade como bens jurídicos, reflexo dos deletérios efeitos da Segunda Guerra Mundial, motivo pelo qual se colaciona a sua lição (2003, p. 147):

O que antes era tido como inconcebível passou a ser aceitável, e, de aceitável, passou a evidente. Se era difícil dimensionar o dano, em questão de poucos anos tornou-se impossível ignorá-lo. Se era imoral receber alguma coisa pela dor sofrida, não era a dor que estava sendo paga, mas sim a vítima, lesada em sua esfera extrapatrimonial, quem merecia ser compensada pecuniariamente, para assim desfrutar as alegrias e outros estados de bem-estar psicofísico, contrabalançando os efeitos que o dano causara em seu espírito

A leitura apresentada acima representa justamente o contexto em que o ser humano foi colocado no centro do ordenamento, com a pedra de toque formada pela dignidade. No entanto, fica evidente que, à época da aceitação de sua autonomia, o dano moral ainda era pouco atrelado aos elementos objetivos caracterizadores, mas sim aos seus efeitos. Esta inversão de compreensão a respeito do instituto impôs certas barreiras à aceitação e desenvolvimento do instituto, motivo pelo qual o seu conceito teve de ser formulado progressiva e cautelosamente.

O conceito mais recorrente de dano moral individual o caracteriza como a lesão ao patrimônio imaterial ou incorpóreo de um sujeito, com a violação aos seus direitos da personalidade (DORETTO, 2018, p. 9). Para Farias, Rosenvald e Braga Netto (2016, p. 298), Moraes (2003, p. 72) e Cavalieri Filho (2012, p. 80), o dano moral corresponde a lesão à dignidade da pessoa humana. Em comum, os conceitos apresentam a violação a interesses existenciais merecedores de tutela, de modo a garantir a dignidade da pessoa humana como fundamento da República.

---

<sup>8</sup> Art. 6º: São direitos básicos do consumidor:

VI – A efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;  
VII – O acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados.

<sup>9</sup> Art. 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

<sup>10</sup> Art. 927: Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Como se vê, os conceitos mais aceitos de dano moral, em sua esfera individual, deixam de relacioná-lo aos seus efeitos típicos, como a dor e o sofrimento. Afinal, diversas violações indenizáveis aos direitos da personalidade podem não apresentar os efeitos típicos observados em outros casos, notadamente pela margem de subjetividade percebida. Registra-se, portanto, que a caracterização do dano extrapatrimonial prescinde de elementos subjetivos como a dor e o sofrimento<sup>11</sup>. Importa, em poucas palavras, a origem do dano consubstanciada em uma lesão injusta ao bem jurídico tutelado, e não os seus efeitos.

Não há, é bem verdade, definição legal dos critérios objetivos a serem verificados para fins de constatar a incidência de eventual dano moral. Por este motivo, a detida observação das violações aos direitos imateriais, com reflexos nos direitos da personalidade e, em última instância, na dignidade, deve ser cautelosa e precisa.

No campo do direito do consumidor, a vulnerabilidade, em suas mais diversas formas, serve para conferir meios específicos de tutela da parte atingida pela fragilidade reconhecida em lei. É a vulnerabilidade, um dos princípios informadores do microsistema consumerista, funcionando como sustentáculo de instrumentos processuais que facilitam a tutela, em juízo, dos direitos violados em decorrência de relações de consumo. Menciona-se, a título de exemplo, a responsabilidade objetiva e a inversão do ônus probatório.

Conforme leciona Carolina Medeiros Bahia (2012, p. 88), o número crescente de vítimas expostas às atividades humanas, a desproporção técnica e econômica entre as vítimas e os fornecedores, assim como o incremento em complexidade nas relações de consumo, passaram a dificultar a comprovação de culpa dos agentes econômicos. Como consequência, verificou-se o aumento da frequência em que as vítimas restavam desamparadas.

A prova da culpa, portanto, passou a se tornar praticamente impossível em uma série de ocasiões envolvendo consumidores e fornecedores, especialmente pela disparidade econômica, técnica e organizacional. Submeter, nesse sentido, a tutela de direitos violados à teoria subjetiva da responsabilidade civil redundaria na chancela dos danos perpetrados. É neste contexto que, por equidade, se passou a considerar que a ausência de contribuição da vítima para o dano, bem como a excessiva gravidade de suportar, individualmente, o dano, eram relevantes (LIMA, p. 115).

A partir das questões expostas, fundamentou-se a responsabilidade extracontratual a partir do nexo de causalidade entre o dano e o fato gerador, ou seja, a teoria objetiva da

---

<sup>11</sup> Enunciado n. 444, Conselho da Justiça Federal: “O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como a dor ou o sofrimento.

responsabilidade civil. Considerado o contexto social, não seria razoável exigir que a reparação dependesse da presença de um comportamento voluntário comprovado. O foco passou a ser a reparação do dano, destacando que dano e reparação não se medem pela culpabilidade, mas sim pelo fato causador da lesão ao bem jurídico em si (LIMA, p. 116).

Dessa forma, aplicando-se a responsabilidade objetiva, os fornecedores passaram a responder, independentemente de culpa, pelos danos extrapatrimoniais sofridos pelos consumidores. Mais que isso, havendo a inversão do ônus probatório, cumpre ao fornecedor desconstruir a versão aduzida pelo consumidor e demonstrar eventuais excludentes de responsabilidade. Não se dispensa, contudo, que o consumidor demonstre minimamente a existência de uma ação ou omissão por parte do fornecedor, bem como o liame entre a conduta e o dano percebido.

No que toca ao dano moral individual, a quantificação da compensação sempre foi objeto de acirradas disputas teóricas. Isto porque a quantificação dos danos materiais é consideravelmente mais simples, haja vista que basta aferir a diferença patrimonial observada pela vítima antes e depois do evento danoso. Todavia, como perlustra Seabra (2003, p. 54), não há critério de equivalência absoluta para mensurar o dano moral sofrido pela vítima, já que este é impalpável.

Para estabelecer as balizas da quantificação, deve-se verificar que o princípio da reparação integral está arquitetado no sistema civilista, no art. 944 do Código Civil<sup>12</sup>, e no sistema consumerista, por meio do art. 6º, VI, do CDC. À vista da dificuldade prática de obter a reparação integral através de uma nova conduta do ofensor, tem-se, por praticidade, que a compensação deve ser feita via pecúnia. Como defendido por Santana (2014, p. 174), o valor fixado, diante da dificuldade intelectual de fixação, deve atender às funções compensatória, punitiva e preventiva. O valor arbitrado, segundo o estudioso, deve ser global, sem distinção quanto às funções atendidas.

A fraqueza do sistema de arbitramento é justamente o excesso de poder concedido ao julgador, assim como a insegurança jurídica e a variação de montantes arbitrados para situações semelhantes, como decorrência da subjetividade inerente ao procedimento (STOCCO, 2007, p. 1.678). Uma das formas, diga-se, não muito eficazes, de solucionar o alto nível de arbitrariedade do procedimento seria contar com a razoabilidade e a proporcionalidade quando da análise da conduta e do dano, respeitados os precedentes que efetivamente materializem as funções da responsabilidade civil.

---

<sup>12</sup> Art. 944: A indenização mede-se pela extensão do dano.

Por fim, cumpre delinear, brevemente, os limites da quantificação e a destinação do *quantum* compensatório. Como limites ao arbítrio da quantificação, menciona-se a extensão do dano, nos termos do art. 944 do Código Civil, e a vedação ao enriquecimento sem causa, prevista no art. 884 do Código Civil<sup>13</sup>. O montante compensatório do dano moral individual é destinado à vítima da ofensa combatida, ou seja, àquele(a) que sofreu a violação de seus direitos da personalidade.

A breve introdução a respeito do fundamento normativo do dano moral individual e de suas características básicas é essencial para a compreensão da aceitabilidade dos direitos imateriais enquanto bens violáveis e passíveis de reparação no ordenamento brasileiro. Inobstante, as figuras do dano moral individual e do dano moral coletivo não se confundem, representando, cada qual, categoria autônoma no âmbito da responsabilidade civil. Exatamente por isso, a compreensão dos aspectos teóricos basilares de cada instituto é fundamental para marcar as suas diferenças. Passa-se, portanto, à análise do dano moral coletivo.

### **2.3 Dano moral coletivo: uma categoria autônoma de dano extrapatrimonial**

Conforme descrito no item que discorreu a respeito da tutela coletiva, a mudança sofrida no trânsito econômico e, em última instância, na relação entre fornecedores e consumidores, trouxe à lume as novas questões a serem enfrentadas no campo da responsabilidade civil. No âmbito do direito privado, a responsabilidade civil é a área que percebe, recorrentemente, as mais profundas revisões estruturais, já que decorre de sua própria natureza a necessidade de adaptação frente aos novos fatos sociais.

A responsabilidade civil tem a finalidade precípua de pacificar as relações sociais, restabelecendo o equilíbrio entre as partes após evento danoso. Por exercer tal mister, é fundamental que a responsabilidade civil apresente efetividade, haja vista a necessidade de confiança social no sistema de restabelecimento do *status quo ante*. Portanto, a responsabilidade civil tem visto suas fronteiras em franca expansão, visando a mais ampla reparação dos danos causados.

Em suma, há o reconhecimento de que toda ação ou omissão que, infringindo um dever genérico ou específico decorrente de regras e princípios jurídicos, venha a causar um dano injusto a terceiros, pessoas ou coletividades, merece uma resposta enérgica do ordenamento

---

<sup>13</sup> Art. 884: Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

jurídico (DORETTO, 2018, p. 3). Assim, a responsabilidade não é apenas um fenômeno social, mas jurídico, já que as ações ou omissões verificadas são capazes de gerar consequências não só para os lesados, como também para os agentes.

Eventualmente, caso se verifique que a responsabilidade civil não cumpre com a sua função, de modo que a vítima não retorne ao *status quo ante*, as perdas sociais são tão deletérias quanto os próprios prejuízos não reparados, tendo em conta o terreno fértil para o sentimento de impunidade. Por si, o reconhecimento de que nenhum dano deve passar incólume faz superar a vetusta compreensão de que a impossibilidade de individualização dos lesados importa em ausência do dever de indenizar. Viabiliza-se, a partir de tal observação, a necessidade de compensar aqueles danos que são impostos, com natureza extrapatrimonial, à coletividade, quando da violação de seus direitos transindividuais.

Para além das categorias clássicas da responsabilidade civil, como consequência da proteção integral da coletividade, edifica-se uma categoria específica para qualificação dos danos extrapatrimoniais de dimensão coletiva, decorrente das relações inauguradas pela sociedade complexa e massificada. Esta nova categoria está escorada na dimensão coletiva da dignidade da pessoa humana, ou seja, representa a expansão dos interesses legitimamente protegidos pelo ordenamento jurídico.

O tópico que se inaugura tem por finalidade a apresentação do dano moral coletivo como categoria jurídica autônoma. Isto porque a transindividualidade e a despatrimonialização inerentes ao dano moral coletivo fazem com que este instituto não se enquadre na estanque divisão entre dano material e dano moral, tão popular no estudo da responsabilidade civil clássica. Esta afirmação é verificável pelos exemplos típicos de violação aos direitos transindividuais dos consumidores, como aqueles decorrentes da publicidade abusiva ou enganosa, da adulteração de produtos alimentícios, da adulteração de combustíveis, de insegurança alimentar e mesmo de insegurança no mercado de fármacos.

Com efeito, a árdua tarefa de conceituar o dano moral coletivo apresenta-se essencial para a finalidade de viabilizar uma aplicação útil e eficiente do instituto. Contudo, a conceituação mostra-se absolutamente complexa, haja vista o uso de expedientes comparativos com o dano moral individual aliados à utilização de expressões demasiadamente vagas, que elevam a um patamar insustentável a discricionariedade dos julgadores. O fundado receio da dificuldade conceitual é nada menos que a inutilização do instituto por sua banalização.

Portanto, buscar-se-á um conceito normativo fundamentado, palpável e verificável em situações práticas, sem desconsiderar a margem de discricionariedade inerente à apreciação de qualquer dano extrapatrimonial. Ultrapassado o conceito do instituto, será possível diferenciá-



lo do dano moral individual, debater as principais objeções à utilização do instituto, verificar, em cotejo com as normas aplicáveis, a operatividade do instituto no ordenamento brasileiro e, por fim, colocar luz na problemática da quantificação do dano moral coletivo.

### **2.3.1 Fundamento normativo e conceito**

Cumprido analisar, à guisa de introdução, uma síntese dos pressupostos para o reconhecimento da responsabilidade civil, consubstanciada no dever de reparar o dano verificado. De forma abrangente, Maria Helena Diniz (2006, p. 37) leciona que a responsabilidade civil deve ser precedida de três elementos indispensáveis: a) a existência de ação ou omissão, qualificada juridicamente; b) a ocorrência de um dano causado à vítima (patrimonial ou extrapatrimonial); c) a possibilidade de verificação do nexo de causalidade entre ação e dano.

Adentrando ao aspecto da responsabilidade civil que interessa ao estudo que se apresenta, Schreiber (2007, p. 133) observa que o dano, em poucas palavras, é a lesão a um interesse concretamente merecedor de tutela, seja ele patrimonial, extrapatrimonial, individual ou metaindividual. Destaca-se que o interesse jurídico é representado, historicamente, por aquilo que uma determinada comunidade considera digno de tutela. Funciona, portanto, o conceito de dano como uma cláusula geral, de modo que se perquirirá a existência de um dano quando da análise de um caso concreto, sob a égide do ordenamento jurídico (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2016, p. 241).

Portanto, uma vez tutelada a dignidade da pessoa humana, consubstanciada nos direitos da personalidade e nos direitos transindividuais dos consumidores, qualquer lesão a ela imposta deve ser objeto de resposta do ordenamento jurídico. Neste ponto, cumpre adentrar ao histórico formativo da tutela dos direitos imateriais, afinal são estes os fundamentos justificadores da compensação por danos impostos à personalidade dos sujeitos, inicialmente em sua esfera individual.

Em um segundo momento, com o avançar das formas de se relacionar e, mormente, na natureza dos danos observados, verificou-se a necessidade de tutelar, de forma integral, a projeção destes direitos imateriais na coletividade, tendo em conta que a violação a estes direitos culmina em impedimento ao livre desenvolvimento da personalidade da coletividade. Este fenômeno foi observado anteriormente, quando da constatação da existência de

determinadas práticas mercadológicas que, a despeito de impingirem danos à coletividade, permaneciam incólumes diante da coletividade afetada.

Deve-se, neste momento, conceituar o dano moral coletivo para que seja viável explorar suas especificidades e o seu fundamento normativo.

Em obra da primeira geração dos estudos atinentes ao dano moral coletivo, Xisto Tiago Medeiros Neto (2012, p. 102) alertou para os desafios da transposição dos conceitos clássicos da responsabilidade civil para a coletividade. O próprio conceito de direito subjetivo deve ser alargado, a fim de que sejam recepcionados aqueles titularizados por determinadas coletividades. O autor aduziu, portanto, que o novo campo de abrangência dos direitos subjetivos deve tutelar não apenas os interesses individuais, mas também os de natureza metaindividual.

A tutela coletiva, nos dizeres de Carolina Medeiros Bahia e Heloísa Gomes Medeiros (2016, p. 157), representa a concretização de uma forma de proteção dos direitos decorrentes da personalidade, vocacionados à concretização da cláusula geral de proteção da pessoa humana. Assim, novos e eventuais valores incorporados à personalidade são tutelados, notadamente no contexto da sociedade de massa, que coloca em avanço o progresso da tecnologia e a escalada industrial, formadores de novas ameaças.

Conforme delineado, a responsabilidade civil desenvolveu-se de tal maneira a tutelar os direitos fundamentais de terceira geração, consubstanciados nos direitos de solidariedade. Assim, foram alçados à condição de direito os interesses transindividuais. Como consequência, há que se reconhecer a cisão entre os institutos de responsabilidade civil voltados à tutela da esfera individual dos sujeitos e os institutos de responsabilidade civil voltados à tutela dos danos decorrentes de violações aos direitos metaindividuais.

Em estudo voltado ao fundamento normativo do dano moral coletivo, Fernanda Orsi Baltrunas Doretto (2018, p. 13-14) determina que a referida tutela deve visar a reparação dos danos causados à coletividade enquanto um sujeito de direitos único, cuja origem está posicionada na personalidade individual de cada um dos componentes da massa de interesses difusos e coletivos. Para ela, portanto, os danos morais coletivos emanam seu fundamento das personalidades individuais dos integrantes da massa fluida dos entes coletivos.

Os interesses tutelados pelos direitos transindividuais, deve-se dizer, representam um terceiro gênero, distinto dos interesses individuais e interesses públicos puros. Há, nos grupos sociais intermediários, a formação de um terceiro gênero de direitos tutelados, representativos

da projeção de direitos imateriais na coletividade, que reverbera em termos de bem-estar na sociedade como um todo.

Rodolfo Camargo Mancuso, por sua vez, aduz que os interesses coletivos não representam o desejo em si de um grupo, tampouco a soma dos interesses individuais dos membros que o compõe. Isto porque, no primeiro caso, tratar-se-ia do grupo como entidade autônoma, com vontade própria; no segundo caso, não haveria essência coletiva, mas tão somente a forma de exercício de interesses individuais homogêneos, por definição (2004, p. 54). Para o autor, em resumo a ser transcrito, os interesses coletivos:

Ultrapassam esses dois limites, ficando afetados a um ente coletivo, nascido a partir do momento em que certos valores individuais atraídos por semelhança e harmonizados pelo fim comum, se amalgamam no grupo. É síntese, antes que mera soma.

Estes interesses coletivos, conforme delimitados, subdividem-se nos direitos difusos e nos direitos coletivos em sentido estrito, cuja diferenciação já fora abordada alhures. De qualquer forma, cumpre recobrar que os interesses transindividuais, nas categorias mencionadas, a despeito de representarem situações distintas, ambas merecem de tutela por meio do microsistema de processo coletivo, com o indubitável cabimento de compensação por danos morais coletivos em caso de violação.

Cabe recordar que interesses difusos representam um universo mais representativo que os interesses coletivos em sentido estrito. Os interesses coletivos em sentido estrito dependem da formação de uma relação jurídica de base, ou seja, um vínculo jurídico preexistente, formativo da aglutinação em grupos sociais. Em suma, ao passo que interesse difuso considera o sujeito enquanto humano, o interesse coletivo em sentido estrito localiza o humano em sua projeção amalgamada, de forma corporativa (MANCUSO, 2004, p. 86).

Não há que se firmar, portanto, um exercício retórico elástico para constatar a plena possibilidade de definição de uma nova dimensão de direitos, dissociados da necessidade de determinação do titular. Há, no contexto de reposicionamento da responsabilidade civil, uma nova concepção dos interesses mercedores de tutela, incluídos aqueles de natureza coletiva, com previsão expressa no direito positivo. Inclusive, com a positivação no ordenamento jurídico, esta categoria deixa de ser considerada tão somente “interesse” para ser reconhecida como “direito”.

Inicia-se o sobrevoo normativo pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1994), que estabelece, entre os direitos básicos do consumidor, o que segue:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

[...]

Deve-se destacar, da mesma forma, a disposição prevista na Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), com redação dada após a edição do Código de Defesa do Consumidor, pela Lei n. 8.884/1994:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

[...]

II - ao consumidor;

[...]

IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Não se discute, portanto, a previsão legal e o cabimento da resposta às violações aos direitos transindividuais. Os pontos de contato entre o sistema civilista clássico e a proteção dos interesses de natureza transindividual foram reconhecidos, inclusive com respaldo expresso. No entanto, a indicação normativa não é, por si, suficiente para delimitar o conceito do dano moral coletivo, assim como não apresenta os seus pressupostos de aplicação, tampouco qual o modelo de responsabilidade civil a ser aplicada.

No ano de 2006, ao desenvolver o início da teoria a respeito do dano moral coletivo, Leonardo Roscoe Bessa já anunciava que os equívocos na aplicação do instituto decorriam da inexistência, no campo material, de substrato próprio e sedimentado a respeito dos direitos metaindividuais, fato que obriga o intérprete e o aplicador a recorrer aos institutos e conceitos impróprios para solucionar problemas complexos e próprios da sociedade massificada (2006, p. 79). Nos termos desenvolvidos, os problemas decorrentes deste novo contexto requerem o uso de uma racionalidade própria, com soluções feitas sob medida e compatíveis com a natureza coletiva dos direitos violados.

Coube à doutrina desenvolver as características técnicas do instituto. Para tanto, reconheceu-se a mudança do direito rumo ao primado dos interesses coletivos sobre os individuais, com os esperados reflexos nos institutos da responsabilidade civil. Antes, porém, de adentrar às características específicas de aplicação do instituto, a doutrina enfrentou um árduo desafio na própria delimitação do conceito de dano moral coletivo.

Em um primeiro momento, as tentativas doutrinárias de conceituação do dano moral coletivo incorreram no mesmo equívoco das teorizações iniciais do dano moral individual: a relação com sentimentos negativos. Buscou-se, nesse sentido, associar a ideia de dano moral coletivo a abalos, indignações, desalentos, diminuição de estima, dor, sofrimento ou mesmo comoção popular (TEIXEIRA NETO, 2018, p. 39).

Sabendo-se dos inconvenientes da conexão dos efeitos do dano moral individual com os seus pressupostos, não é de surpreender o eco percebido na mesma tentativa quanto aos danos coletivos. Pior, há evidente incompatibilidade entre a percepção de sentimentos individualizados e a natureza transindividual dos direitos tutelados. Inclusive, este foi, durante largo lapso temporal, fundamento para afastar o cabimento do dano moral coletivo no Superior Tribunal de Justiça e, por via de consequência, em outras cortes brasileiras.

Cahali (2011, p. 388), estudioso do dano moral, ao empreender a tarefa de conceituar o instituto de tutela dos direitos transindividuais, determinou que o dano moral coletivo decorre de injusta lesão da esfera moral de uma dada coletividade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Em sentido bastante semelhante, Medeiros Neto (2012, p. 137) define o instituto como a lesão injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados pela coletividade (em seu todo ou qualquer de suas expressões), os quais possuem natureza extrapatrimonial, refletindo valores e bens fundamentais para a sociedade.

Certamente, os conceitos propostos por Cahali e Medeiros Neto demarcam distinções essenciais em relação ao dano moral individual, vez que se pretende tutelar, em última instância, o interesse público relacionado aos valores de uma determinada coletividade. Não se tutela, à diferença do dano moral individual, uma concepção preocupada com o valor da pessoa individualizada, mas sim, de modo socializado, os valores de uma comunidade.

Há que se reconhecer o início promissor da sedimentação de um conceito, embora a proposta conceitual apresentada se mostre demasiada ampla, com certa imprecisão, capaz de prejudicar a própria aplicação do instituto diante da alargada margem de discricionariedade decorrente da abertura de inúmeras interpretações. Em verdade, esta é uma das dificuldades enfrentadas na operacionalização do instituto por parte do Poder Judiciário, que demanda um conceito sistematizado e operativo.

Em outras palavras, a vinculação entre dano moral coletivo e a mera lesão a interesses transindividuais de natureza extrapatrimonial não pode jamais ser considerada equivocada, mas deixa de avançar quanto às circunstâncias e consequências efetivamente danosas. Quanto às consequências do dano, não se está a dizer que a presunção de dano decorrente da violação de interesses transindividuais é desacertada, mormente à vista da natureza *in re ipsa* do dano. Pelo contrário, defende-se tão somente que a construção de uma análise conceitual criteriosa tende a favorecer a aplicação do instituto, evitando que este seja repelido, no uso da discricionariedade conferida por um conceito largo, por intérpretes não familiarizados com o instituto.

Da mesma forma que o vetusto conceito que atrelava o dano moral coletivo a sentimentos negativos, o protótipo conceitual com o uso de expressões sem conteúdo preciso ou desprovidas de delimitação acaba por enfraquecer a tecnicidade do instituto (TEIXEIRA NETO, 2014, p. 155). Em complemento, Judith Martins-Costa (2014, p. 7077) critica o uso do que chama de “conceito-passaporte”, que possibilita ao Juízo o ajuste e reajuste de soluções conforme entender necessário, oportuno ou conveniente, inclusive de modo a violar a sistemática do ordenamento jurídico, justamente por dar força ao ânimo subjetivo do julgador.

De modo a contribuir na construção de um conceito operativo, Felipe Teixeira Neto (2018, p. 31) aduz que o dano moral coletivo, a grosso modo, representa a transindividualização de um prejuízo de natureza extrapatrimonial verificado, sendo este um pressuposto demarcatório. Ademais, para temperar a proposição conceitual, propõe o autor a caracterização da natureza do dano com a análise da utilidade frustrada por meio da lesão do respectivo bem jurídico. Tem-se, nesse sentido, que o dano deve ser extrapatrimonial e deve atingir bens jurídicos imateriais que, uma vez violados, prejudiquem o pleno desenvolvimento da personalidade.

Deve-se ter em conta, nesse sentido, que a concreção da dignidade humana perpassa as fronteiras da personalidade individualmente considerada. Os mecanismos de proteção da dignidade humana devem resguardar a realização de direitos e interesses viabilizadores do pleno desenvolvimento da personalidade (TEIXEIRA NETO, 2018, p. 36). Isto porque o sujeito deve ser considerado na sua relação com os demais, ou seja, coletivamente. É justamente neste cenário que ganham espaço áreas como o direito ambiental, o direito urbanístico e, evidentemente, o direito do consumidor.

Em sendo tais direitos titularizados pela coletividade, a realização da personalidade de cada indivíduo depende diretamente da garantia e do respeito dos mencionados interesses de ordem extrapatrimonial. Por corolário da titularidade plurissubjetiva genética, como já elucidado alhures, a proteção deve ser efetuada de modo global (MANCUSO, 2004, p. 91).

Em louvável tentativa de depurar o conceito de dano moral coletivo, Felipe Teixeira Neto (2018, p. 44) registra que uma premissa subestimada na concretização do instituto é que a caracterização da referida modalidade de dano pressupõe a frustração de uma utilidade extrapatrimonial tutelada pelo direito. Cumpre rememorar, no ponto, que a natureza *in re ipsa* do dano não dispensa o esforço, ainda que abstrato, no sentido de verificar se a ilicitude perpetrada contra os direitos transindividuais possui efetivo potencial de comprometimento da finalidade que se busca viabilizar pela proteção conferida pela ordem jurídica.

Assim sendo, reconhece-se, em consonância com a literatura majoritária a respeito do instituto, que o dano moral coletivo requer lesão de razoável relevância, de modo que desborde os limites da tolerabilidade, com gravidade capaz de atingir valores coletivos. Contudo, há a necessidade de elevar a compreensão a respeito do instituto, evitando sua banalização e viabilizando uma aplicação técnica e rigorosa, essencialmente para o fim de justificar a necessária quantificação capaz de garantir a prevenção de novos danos. Para isso, considera-se pertinente o aporte teórico de Felipe Teixeira Neto, consubstanciado em seu conceito de dano moral coletivo (2018, p. 47):

Pensa-se que definir dano moral coletivo como o prejuízo decorrente da lesão de um interesse transindividual que implica em consequências extrapatrimoniais associadas ao comprometimento do livre desenvolvimento da personalidade ainda é o caminho que mais se coaduna com a essência dogmática da figura em questão.

Em suma, a despeito das nuances entre os conceitos apresentados, tendo alguns o escopo mais aberto e subjetivo, e outros demandando características mais específicas, tem-se em comum o reconhecimento da existência de danos extrapatrimoniais que atingem a coletividade conjuntamente considerada. Por este motivo, tendo o comprometimento ao livre desenvolvimento da personalidade como pedra de toque, deve-se diferenciar o dano moral individual do dano moral coletivo.

### **2.3.2 Distinção entre dano moral individual e coletivo: impossibilidade de transposição conceitual e prática que derrui as objeções ao dano moral coletivo**

As maiores dificuldades enfrentadas pelo instituto do dano moral coletivo são derruídas pela diferenciação a que se propõe fazer. Infundadas críticas ao instituto voltado à tutela da coletividade são baseadas em ultrapassados dogmas que se relacionam tão somente ao dano

moral individual. Assim sendo, conscientes das diferenças e da autonomia das categorias jurídicas apresentadas, possivelmente os críticos do dano moral coletivo cessariam a guerra ao instituto.

Como demonstrado em tópico anterior, o surgimento da tutela coletiva decorreu de uma pronunciada necessidade social. Sendo o campo de proteção da tutela coletiva os direitos transindividuais, conclui-se que toda a racionalidade do modelo jurídico do dano moral coletivo distingue-se do dano moral individual.

Bem assevera Xisto Tiago Medeiros Neto (2012, p. 158) ao observar que aquele que buscar explicações acerca do dano moral coletivo com base na racionalidade que rege as relações privadas individuais incorrerá em erro. Não há, portanto, como se ancorar nos conceitos e na lógica peculiares à concepção teórico-jurídica do dano pessoal para compreender o fenômeno de dano extrapatrimonial imposto à coletividade.

Em verdade, aspecto significativo na construção da confusão teórica entre as categorias autônomas de dano extrapatrimonial é a própria nomenclatura adotada. Ao tratar ambas categorias como danos “morais”, aqueles que não estão familiarizados com o campo dos direitos transindividuais tenderão, naturalmente, a reproduzir o conhecimento acumulado a respeito do dano moral individual. Não bastasse isso, o próprio dano moral individual padece de dificuldades conceituais próprias.

Bahia e Medeiros (2016, p. 166) alertam de forma objetiva que os avanços conceituais não são suficientes para desfazer as dificuldades de caracterização do dano moral coletivo, que persistem fortes. Em adição, a falta de pacificação quanto ao conceito de dano moral coletivo convida o intérprete a realizar a transposição teórica entre os institutos, representando uma falsa solução de aplicabilidade do dano moral individual ao dano moral coletivo.

Não é exagerado recordar, como exposto quando da abordagem da tutela coletiva, que o dano moral coletivo serviu, enquanto categoria autônoma, como forma de forçar o repensar da responsabilidade civil. A responsabilidade civil abandonou, ainda que parcialmente, a clássica visão individualista, para privilegiar uma preocupação com os valores da comunidade, em uma concepção socializada. Não à toa, Renata Vilela Multedo e Fernanda Nunes Barbosa (2014, p. 14) definem que o dano moral coletivo representa uma lesão não patrimonial a interesse difuso, com a finalidade precípua de proteger, em última instância, o próprio interesse público.

Sabendo-se da repisada autonomia entre os institutos, a insistência na transposição teórica do dano moral individual para o dano moral coletivo representa um equívoco metodológico, vez que faz presumir uma inadequada neutralidade na defesa do indivíduo. Esta



neutralidade, em tese, seria capaz de garantir a aplicabilidade à coletividade. Trata-se de grave erro que reduz a importância de ambas as categorias.

Inclusive, o equívoco metodológico é percebido pelas frequentes objeções postas tanto por parte da doutrina quanto por parte da jurisprudência. A primeira representa a rejeição da possibilidade de violação de direitos da personalidade da coletividade, por entender que estes são personalíssimos; a segunda representa a rejeição da coletividade como sujeito de direito.

Como forma de contextualizar a primeira objeção, cumpre mencionar o paradigmático voto do ministro Teori Zavascki, proferido em 2010, nos autos do REsp n. 971.844/RS, em que o julgador negou o cabimento do dano moral coletivo com base no argumento de que não seria possível vislumbrar o aspecto subjetivo na coletividade. Nas palavras do julgador: “Necessária sua vinculação com a noção de dor, sofrimento psíquico e individual, incompatível, assim, com a noção de transindividualidade – indeterminabilidade do sujeito passivo, indivisibilidade da ofensa e reparação da lesão”.

Inclusive, a posição exarada por Teori Zavascki fora anteriormente abordada em obra a respeito da temática. Para melhor aprofundar as suas razões, cumpre trazer o seu posicionamento (2006, p. 69):

Com efeito, a vítima de dano moral é, necessariamente, uma pessoa. É que o dano moral envolve, necessariamente, dor, sentimento, lesão psíquica, afetando “a parte sensitiva do ser humano, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”, ou seja, “tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado”. Assim, não se mostra compatível com o dano moral a ideia da transindividualidade (da indeterminabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa e da reparação) da lesão.

Ora, como exaustivamente aludido, o próprio dano moral individual ultrapassou o requisito estritamente subjetivo. Assim, com uma concepção mais objetiva, mesmo o dano extrapatrimonial de dimensão individual passou a não mais necessitar da demonstração de dor, angústia, sofrimento e outros sentimentos próprios de cada subjetividade.

Há, por corolário da própria definição, incompatibilidade entre aspectos subjetivos como os mencionados e o dano moral coletivo. Não há como exigir, a título de requisito de caracterização, os efeitos típicos – e não requisitos - do dano moral individual para vislumbrar a violação aos direitos transindividuais da coletividade.

Como bem apontou Leonardo Roscoe Bessa (2006, p. 88), as respostas que os estudiosos e operadores do direito buscam quanto aos questionamentos relacionados ao dano

moral coletivo não podem e não serão encontradas no modelo teórico clássico da responsabilidade civil. Isto porque, logicamente, a racionalidade privatista e individualista não se coaduna com os objetivos visados pelas normas que protegem direitos transindividuais. Do contrário, coloca-se em risco a própria eficácia do microsistema de tutela coletiva.

Em complemento, verifica-se que o viés de abordagem individualista que busca barrar a aplicação do dano moral coletivo é consequência de uma formulação jurídica pautada nos direitos imateriais considerado como extensões do ser humano em sua acepção personalíssima (SANTANA, 2014, p. 144). Esta visão é fortemente influenciada pelas bases do Código Civil francês de 1804, que inspirou o sistema civilista brasileiro até o advento do Código Civil de 2002.

A transposição, portanto, mostra-se equivocada. O equívoco, com a devida vênia, no raciocínio apresentado reside justamente na combatida transposição do arcabouço teórico do dano moral individual para o dano moral coletivo. Deve-se, no âmbito coletivo, verificar de que forma a violação pode ter afetado a coletividade conjuntamente considerada, com restrições ao livre desenvolvimento das personalidades decorrentes da lesão aos direitos transindividuais, com possível efeito de rebaixamento de qualidade de vida e na confiança no mercado de consumo, motivos pelos quais há um interesse público latente. Os dois últimos, contudo, são apenas efeitos, e não requisitos.

Quanto à segunda objeção, deve-se mencionar, à guisa de contextualização, que parte significativa dos operadores do direito atuantes hodiernamente foi academicamente formada em um contexto anterior ao CC/2002. Assim, naturalmente buscaram amoldar o dano moral coletivo ao aporte teórico que obtiveram ao longo de sua formação, ignorando a nova lógica que a tutela coletiva reclama para o tratamento dos direitos extrapatrimoniais. Nesta esteira, para além da incapacidade de reconhecer a independência do dano moral coletivo em relação aos aspectos subjetivos humanos, os objetores do dano moral coletivo não admitem a legitimidade da coletividade em pretender ver realizadas as compensações pelas violações observadas.

A CRFB/1988 reconheceu expressamente a existência de direitos difusos e coletivos, especificamente no Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), Capítulo I (“Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”). Em consonância, o Código de Defesa do Consumidor, no art. 81, previu a existência dos direitos coletivos e difusos. Não há como admitir que o sistema jurídico seja arquitetado de modo a enunciar, de modo vazio, a existência de direitos sem a correspondente titularidade, ou seja, sem a possibilidade jurídica de tutelá-los com eficácia.

A visualização dos à época inéditos conflitos sociais, com a efervescência dos direitos transindividuais, ocasionou novas configurações de danos. As coletividades, enquanto titulares, alçaram a possibilidade, inclusive no plano processual, de reivindicar proteção e reparação aos danos verificados. Ora, há a representação prática da capacidade expansiva do sistema de responsabilidade civil. Os danos, anteriormente reconhecidos quanto às pessoas naturais, passaram a ser percebidos em face de coletividades (MEDEIROS NETO, 2012, p. 149).

Em decorrência, a estruturação atual do sistema jurídico conferiu não apenas a titularidade destes direitos, como também a prerrogativa de proteção e compensação por meio do Poder Judiciário. Por uma questão de prática processual, a representação em juízo naturalmente não pode ser feita pela coletividade em si considerada, de sorte que a norma atribuiu aos legitimados pela Lei n. 7.347/1985 o poder-dever de pleitear as compensações decorrentes das violações aos direitos transindividuais.

Em tese, as objeções apresentadas contra o dano moral coletivo são insustentáveis com a adequada análise do aporte teórico e legislativo. Todavia, a realidade observada no âmbito do Poder Judiciário demonstra que, por um período de tempo significativo, não houve satisfatório grau de conhecimento por parte dos atores jurídicos quanto às especificidades desta categoria autônoma de dano. Como consequência, todo o sistema de proteção dos direitos coletivos e difusos acabou fragilizado, e as vítimas se tornam espectadoras de reiteradas violações sem a correspondente consequência prevista no ordenamento.

Inclusive, de modo a corroborar as diferenças entre os institutos, parcela minoritária da doutrina defende que o dano moral coletivo possui uma natureza de pena civil (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2016, p. 358-364). Tal fato apenas torna mais evidente a dissociação entre dano moral individual e dano moral coletivo, que apresentam lógicas de aplicação distintas, com privilégio de funções diversas da responsabilidade civil, como se verá no próximo capítulo. A título de curiosidade, naturalmente só seria possível conceber o dano moral coletivo como pena civil mediante uma reforma legislativa que permita a sanção estritamente punitiva, condição inobservada no ordenamento vigente.

Em seguida, passar-se-á a analisar os aspectos processuais e práticos de aplicação do dano moral coletivo, como elementos básicos do procedimento, natureza da prova, formas de quantificação e a destinação das eventuais condenações.

### **2.3.3 Breves considerações acerca dos aspectos processuais e práticos da aplicação do instituto: procedimento, prova e beneficiário de eventual condenação**

Sendo certo que a discussão a respeito da aplicação e, em última instância, da quantificação do dano pressupõe a compreensão do exercício procedimental, serve o presente tópico para abordar, sinteticamente, os elementos básico do procedimento de verificação e apuração dos danos morais coletivos. Assim, buscar-se-á elucidar o procedimento em si, com descrição dos legitimados ativos, a natureza da prova do dano e os beneficiários de eventual condenação.

Conforme exposto alhures, a demanda advinda do surgimento dos direitos coletivos e difusos exigiu uma adaptação do sistema jurídico, com o modelo individualista cedendo espaço para uma visão coletivista do direito. A tutela até então vigente, portanto, não seria capaz de responder, com o grau de rigor necessário, à complexidade inaugurada com o reconhecimento da necessidade de proteção da coletividade de consumidores. Mais que isso, a própria natureza dos direitos transindividuais exige que o sistema de compensação seja capaz de alterar práticas comerciais lesivas aos consumidores, de modo a não perpetuar as graves violações.

Neste contexto foi editada a Lei da Ação Civil Pública, n. 7.347/1985, que disciplina o instrumento processual capaz de viabilizar, no mundo dos fatos, o processamento dos danos ocasionados aos direitos transindividuais dos consumidores. Portanto, a ação civil pública, enquanto parte do processo coletivo, apresenta natural contraposição ao regime do processo civil tradicional, em que o titular de um direito busca a sua própria tutela de modo individual. O advento da LACP colocou o ordenamento jurídico em um novo patamar de procedimentalização do processo coletivo, com efetivo ganho de força.

Exemplificativamente, a ação civil pública é capaz de tutelar bens jurídicos como o meio ambiente, aqueles dos consumidores, os de valor artístico, estético, histórico e paisagístico, assim como qualquer outro interesse difuso e coletivo. Como mencionado no tópico específico, a LACP serviu como complemento à Lei da Ação Popular, editada 20 anos antes. É, nas palavras de Teixeira (2015, p. 201), um marco que colocou o Brasil na vanguarda da normatização das ações coletivas, garantindo um instrumento moderno.

Considerando que o CDC contém normas a respeito do microssistema de processo coletivo, tendo inclusive alterado disposições da LACP, anota-se a interação viva entre as normas mencionadas. O próprio art. 90 do CDC<sup>14</sup> prevê a aplicação da LACP nos regramentos

---

<sup>14</sup> Art. 90: Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei n. 7.347/1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

gerais da ação coletiva disciplinada no diploma consumerista. A compatibilidade entre os sistemas também está descrita no art. 21 da LACP<sup>15</sup>.

Pois bem, ultrapassado o introito, e ciente da possibilidade de ajuizamento de demanda objetivando a reparação de dano moral coletivo (art. 1º, LACP e art. 6º, VI, do CDC), cumpre verificar quem são os legitimados a levar a termo a instrumentalização do instituto. Segundo Santana (2014, p. 147), trata-se de legitimação concorrente e disjuntiva, ou seja, podem os legitimados agirem por conta própria, sem a necessidade de consultar quaisquer outros legitimados, com garantia de capacidade jurídica, desde que componha os entes dispostos nos art. 82 do CDC e 5º da LACP.

No diploma consumerista, os legitimados são, concorrentemente: Ministério Público, União, Estados, Municípios, Distrito Federal, entidades e órgãos da Administração Pública (direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, desde que especificamente destinado à defesa dos interesses e direitos pleiteados), associações legalmente constituídas (há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos pleiteados). Na norma processual da ação civil pública, além dos citados acima, estão legitimados: Defensoria Pública, autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista. Da análise, constata-se, por corolário, que não pode o consumidor, individualmente, ajuizar ação coletiva, ainda que componha a coletividade cujos interesses foram violados.

A legitimação no microssistema de processo coletivo ultrapassa a dualidade insculpida no Código de Processo Civil, que a divide nos modelos ordinário e extraordinário. Segundo Elton Venturi (2007, p. 215), há no processo coletivo uma legitimação autônoma que independe do direito material a ser tutelado. Deixa, a ação, nesse sentido, de ser a representação de demandas intersubjetivas, se adaptando às controvérsias desenhadas, não mais por um determinado titular do direito subjetivo, mas sim por um condutor processual especialmente credenciado (MANCUSO, 2006, p. 225).

No que se refere à competência para conduzir e julgar a demanda capaz de apurar eventual cabimento de compensação por dano moral coletivo, as disposições entre as normas são distintas. A LACP, no art. 2º, determina que deve ser a jurisdição da local em que ocorreu o dano. O CDC, por outro lado, apresenta-se mais abrangente, estabelecendo, no art. 93, que a competência varia de acordo com a extensão do alegado dano, podendo ser local, regional ou nacional.

---

<sup>15</sup> Art. 21: Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

Por dano local, exemplifica-se o clássico caso de exigência de cadastro de idosos em companhia municipal de trânsito para a finalidade de gozar do benefício de gratuidade. O dano é regional quando abrange área territorial maior que a de uma comarca, ultrapassando ou não os limites de um Estado, hipótese em que o foro competente será o da capital do Estado ou do Distrito Federal, de forma concorrente. É a hipótese de um dano extrapatrimonial coletivo imposto por uma companhia que tenha atuação restrita a um Estado da federação, de modo que há natural limitação dos atingidos. O dano pode ser considerado nacional quando extrapolar os limites regionais, com significativa proporção, de modo a atingir diversos Estados federados e, por via de consequência, afetando o país, com a competência da capital do Estado verificado, ou mesmo do Distrito Federal, de forma concorrente. Trata-se da hipótese de uma campanha publicitária abusiva, veiculada em rede nacional, de forma a abranger indiscriminadamente todos aqueles submetidos à publicidade.

Paulo Camargo (2016, p. 185) aduz, à vista do exposto, que a competência para as ações coletivas é territorial-funcional, já que considera o local do dano e a sua abrangência como determinantes à fixação do Juízo competente. Buscou-se, com a complementação das normas, assentar o interesse público presente na condução das demandas coletivas pelos órgãos mais próximos e, assim sendo, mais capazes de melhor instruir o feito, em termos de produção probatória.

Instaurado o procedimento, deve-se abordar a natureza da prova exigida para a finalidade de impor a condenação à compensação pelos danos morais coletivos. É notável a existência de uma dificuldade probatória no que se refere ao dano, mas não à existência do evento lesivo. Como consequência, deve o legitimado comprovar a existência do fato danoso.

Na esmagadora maioria dos casos, o dano em si não há como ser comprovado por decorrer do próprio fato. Exigir a prova do dano, à vista da impossibilidade prática, representaria um penoso retorno à fase da irreparabilidade dos danos extrapatrimoniais por ausência de demonstração do dano. Como solução, a doutrina e a jurisprudência adotaram o entendimento de que o dano decorre *ipso facto*, ou seja, decorre do próprio ato lesivo, com uma presunção. Trata-se da conformação da expressão dano *in re ipsa*. Com lucidez, Lacerda resume (2017, p. 119):

Por exemplo, no caso de um medicamento introduzido no mercado, medicamento este que se revela cancerígeno, não é necessário investigar qualquer sentimento de revolta ou medo da população, sendo o bastante a demonstração da venda do produto que afeta a saúde pública. Em outro exemplo, no caso de derramamento de esgoto em uma lagoa, pouco importa

se nenhuma comunidade consumia a água, pois o dano é considerado objetivamente, pela lesão ao interesse legítimo tutelado.

Sendo certo que a constatação do dano decorre de uma presunção de sua existência, importa observar a marcada importância do adequado conceito de dano moral coletivo para que não haja nem restrição em sua aplicabilidade e tampouco banalização do instituto. A natureza do dano *in re ipsa* existe tão somente em razão da dificuldade probatória, que não deve servir à irreparabilidade do dano. Desse modo, há uma flexibilização para que os danos, em observância da razoabilidade e da ponderação, sejam compensados adequadamente.

Ainda no aspecto probatório, cumpre mencionar que a inversão do ônus probatório é incentivada, à vista da aplicabilidade do CDC. Entretanto, mesmo que inaplicado o CDC, viável a distribuição dinâmica do ônus probatório, forte no Código de Processo Civil. A ideia, no ponto, é compensar a vulnerabilidade da coletividade e a dificuldade da produção probatória. No que toca à quantificação do dano, a inversão do ônus probatório poder se mostrar essencial para a obtenção de valiosas informações da atividade econômica que ensejou o dano, como os custos, o proveito econômico obtido, as bases racionais que conduziram à decisão de perpetrar o dano, entre outros.

Quanto à responsabilidade, importante mencionar que se trata de aplicação típica da modalidade objetiva, em que não é necessário perquirir a culpa do agente ofensor. Isto porque, no microsistema consumerista, o dever de indenizar os danos causados independe de culpa, a teor dos art. 12 e 14 do CDC<sup>16</sup>. Ademais, em aplicação da teoria do risco, cumpre trazer à baila a regra do art. 927, parágrafo único<sup>17</sup>, em ratificação à responsabilidade objetiva para as hipóteses de dano extrapatrimonial coletivo decorrente de relações de consumo.

Ressalte-se, por oportuno, que os valores das condenações decorrentes de danos morais coletivos são, por força de lei, destinados ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, nos

---

<sup>16</sup> Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

<sup>17</sup> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

termos do art. 13, da LACP<sup>18</sup>. Isto porque é da natureza dos direitos violados a indivisibilidade, fato que culmina na decorrente impossibilidade de reparação direta dos integrantes da coletividade.

Inicialmente, a LACP estatuiu o fundo federal, deixando autorizados os Estados a inaugurarem seus respectivos fundos para o recebimento dos valores originados da mencionada modalidade de dano. O fundo federal foi regulamentado pelo Decreto n. 1.306/1994 e pela Lei n. 9.008/1995. A norma estabelece que o fundo deve ser administrado por um Conselho Federal Gestor, integrado à estrutura do Ministério da Justiça. Participam do Conselho dez membros, dos quais seis são indicados pelo Poder Executivo Federal, um é indicado pelo Ministério Público Federal e três são de entidades civis que tenham entre as suas finalidades a defesa dos direitos difusos.

A finalidade do fundo é justamente proporcionar meios de recomposição da coletividade com a alocação flexível dos recursos, com foco na prevenção de novos danos (LACERDA, 2017, p. 168). Há, inclusive, nesta flexibilidade orçamentária certas semelhanças com o *fluid recovery* estadunidense, sobre o qual haverá ponto específico adiante.

Ao longo do capítulo, apresentou-se e demonstrou-se, de forma preliminar, as modificações experimentadas na forma de consumir, notadamente com os reflexos na conformação das sociedades. Para além disso, elucidou-se o processo de surgimento dos direitos transindividuais, essencialmente como um resultado, para o recorte do estudo, da alteração nas relações entre consumidores e fornecedores. A partir de então, buscou-se verificar os reflexos das mudanças sociais no universo jurídico, com a importação e criação de institutos adequados para lidar com a nova categoria autônoma de direitos.

Ainda, perquiriu-se as respostas do ordenamento jurídico às violações aos direitos extrapatrimoniais. Dessa forma, com a sustentação teórica do arcabouço normativo da tutela coletiva e da ascendente aceitabilidade dos direitos transindividuais como categoria autônoma, passou-se a diferenciar as modalidades de danos extrapatrimoniais. Portanto, verificou-se o conceito normativo de dano moral coletivo, bem como apresentou-se a distinção entre dano moral individual e dano moral coletivo, exprimindo a veemente impossibilidade de transposição teórica de um instituto ao outro, sob pena do enfraquecimento do dano moral coletivo.

Por fim, no presente tópico, descreveu-se, brevemente, aspectos práticos e procedimentais do dano moral coletivo, à exceção dos critérios de quantificação do dano e das

---

<sup>18</sup> Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados



funções precípua do instituto diante das finalidades da responsabilidade civil de consumo, objetos do estudo nos próximos capítulos. A fim de concretizar a função preventiva da responsabilidade civil por meio da adequada quantificação de padrões mínimos de quantificação, deve-se compreender a estrutura das funções da responsabilidade civil, notadamente no âmbito da tutela coletiva.

Dessa forma, o próximo capítulo será destinado, em um primeiro momento, à discussão a respeito das funções da responsabilidade civil clássica. Em seguida, com a análise de casos típicos de violação aos direitos transindividuais dos consumidores, verificar-se-á a necessidade de uma releitura das funções da responsabilidade civil para a tutela coletiva. Em seguida, será possível vislumbrar qual ou quais das funções da responsabilidade civil devem preponderar quando da quantificação das compensações por danos morais coletivos. Em outras palavras, o próximo capítulo complementarará este que se encerra para erigir os alicerces que deverão ser considerados no momento da quantificação das condenações, especialmente para preservar, em uma análise prospectiva, os direitos transindividuais dos consumidores.

### **3. OS PRINCÍPIOS E AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL: ORIGENS, EVOLUÇÃO E APLICAÇÃO NA TUTELA DA COLETIVIDADE**

A ideia de “responsabilidade” pode ser extraída da própria coexistência de pessoas em um determinado corpo social, considerada a natureza gregária dos seres humanos. Dessa forma, é de se supor que as consequências dos exercícios de ações e omissões são inerentes à ideia de sociedade como forma de autopreservação de determinados valores tidos por essenciais a cada grupamento.

Conceitualmente, a análise histórica de um instituto jurídico permite realizar a compreensão não só de sua origem, mas dos valores e demandas sociais que o originaram, permitindo inferir conclusões a respeito de diversos aspectos da vida social de uma determinada comunidade. O campo da responsabilidade civil é pródigo em exemplos para esta finalidade.

Dessa forma, sabendo-se que a responsabilidade civil tende a refletir, de modo natural, os desejos e inconstâncias da sociedade, cumpre verificar detalhadamente as funções que são atribuídas a este campo do direito, com base nos princípios do subsistema. Isto porque, a depender do contexto de uma determinada sociedade, os princípios aliados às funções da responsabilidade civil são capazes de dar novas roupagens aos institutos conhecidos, a fim de responder aos anseios da comunidade.

É razoável partir da premissa de que a responsabilidade, para fins de direito civil, representa a imposição de uma obrigação de reparar eventuais danos por si causados, mesmo que decorrentes do risco de uma atividade exercida ou mesmo de evitar que estes danos aconteçam em razão de ações de um determinado agente. Pode-se afirmar, portanto, que conceitualmente a responsabilidade civil apresenta uma estabilidade desde o Século XIX, com pequenas adaptações para a ampliação da tutela dos bens jurídicos.

O capítulo que se inaugura deve ser orientado pela pergunta: para que serve a responsabilidade civil?

Por isso, o capítulo busca elucidar a racionalidade finalística instrumental da responsabilidade civil. Assim, torna-se relevante, sob uma perspectiva funcionalista, o resultado

que se pretende obter com o sistema. Isto porque a reparação do dano não é a única solução para um evento danoso, como arraigado na racionalidade jurídica que reinou nos últimos séculos.

A abordagem funcionalista do direito provoca um novo funcionamento do próprio Judiciário, antes preocupado tão somente com o silogismo entre fato e norma. Atualmente, espera-se que os magistrados conduzam a sua atuação não apenas em observância do fato e da norma, como também dos efeitos de sua decisão. Ou seja, o resultado que se pretende obter é relevante, notadamente no âmbito dos direitos transindividuais.

Em um retorno histórico, cumpre elucidar que o direito civil clássico esteve pautado no individualismo filosófico e no liberalismo econômico. O individualismo prega que o homem é livre para realizar suas escolhas, sendo um dono de seu destino por meio da sua própria vontade. Nessa linha, o liberalismo sustenta a ideia de livre mercado, proibindo limitações às intervenções de qualquer espécie.

O livre arbítrio e a autonomia da vontade são os sustentáculos do pensamento clássico. Para fins de responsabilidade civil, estes valores correspondem aos requisitos da prova de ilicitude e da culpa, sem os quais não haveria como imputar qualquer responsabilidade consistente em indenizar eventual efeito decorrente de ação ou omissão. É essa, em resumo, a base ideológica e conceitual da responsabilidade subjetiva que dominou séculos de pensamento jurídico no campo da responsabilidade civil.

O esquema clássico de responsabilidade civil, dominante durante Séculos, se consolidou com o Código de Napoleão. Contudo, a predominância da lógica clássica foi questionada ao longo do Século XX, notadamente por sua falta de conexão com o sistema econômico vigente e pela dificuldade em quantificar os danos de forma efetiva (GHERSI, 2003, p. 18).

A virada de racionalidade ocorreu com a preocupação em estudar a vítima e o dano em si, haja vista a existência de danos sem ilícito e sem culpa, que merecem, da mesma forma, reparação.

Assim como a queda da Bastilha representou o fim de um sistema monárquico, ou a queda do muro de Berlim representou o fim do comunismo, a insuficiência da responsabilidade civil clássica para responder aos inúmeros danos perpetrados de forma sistemática serviu para expor o fim de um paradigma racional de direito. Os novos danos, dentre os quais se incluem os extrapatrimoniais coletivos, causaram e causam perplexidade, além de demandar soluções criativas por parte dos sistemas jurídicos. Foi o que se observou – ainda que de forma pouco aprofundada – na segunda metade do século XX.

Para Cristiano Chaves de Farias (2017, p. 21), a responsabilidade civil do século XXI demonstra a instabilidade de nossos tempos. Mais do que isso, o autor afirma que a responsabilidade civil deve ser vista com olhares contemporâneos, reconhecendo a complexidade dos tempos atuais. Não por outro motivo o campo da responsabilidade civil é o que mais se modifica a partir de movimentos sociais organizados ou espontâneos.

Em suma, pelo fato de que a responsabilidade civil é capaz de extrapolar a rígida tradição civilística, deve-se ter especial atenção às formas com que este campo do direito pode contribuir para a efetivação de direitos fundamentais. Evidentemente, transpor os parâmetros teóricos clássicos no que se refere aos pressupostos não é tarefa fácil, mas é inegável a necessidade de que determinadas modulações sejam impostas, em razão da realidade encarada pela sociedade.

Um dos alicerces desta possibilidade de modulação de institutos da responsabilidade civil é a discussão a respeito das funções da responsabilidade civil. Não se pretende, como dito, ignorar por completo a teoria clássica, mas oxigená-la com a antecipação de soluções concretas para a efetivação de direitos, diante da omissão do legislador.

Ora, o próprio ocaso do dano moral coletivo como instituto autônomo se deu por meio de uma progressiva aceitação por parte dos atores jurídicos. Não há, para o instituto, um regramento exaustivo, mas tão somente menções curtas e objetivas em poucos dispositivos legais. Da mesma forma, o fundamento da responsabilidade, que passou da culpa para o risco, atendeu aos anseios sociais derivados do avançado progresso da técnica em detrimento da saúde e segurança da sociedade.

À vista disso, destina-se o presente capítulo ao estudo dos princípios e das funções da responsabilidade civil enquanto fundamentos para a aplicação adequada do dano moral coletivo, consideradas as especificidades da contemporaneidade. Como forma de contextualizar a abordagem a ser dada à pesquisa, será feito um breve esboço histórico das funções atribuídas à responsabilidade civil, compreendendo o conceito deste campo do direito. Em seguida, serão abordadas as modificações da responsabilidade civil como respostas aos anseios sociais. Por fim, serão tratados os princípios norteadores da responsabilidade civil contemporânea, assim como as funções individualizadas da responsabilidade civil, inclusive com aplicação na tutela coletiva dos consumidores.

Ao fim do capítulo, pretende-se ter consolidadas as fundações sobre as quais será tratada a quantificação do dano moral coletivo, notadamente com a finalidade de obter, efetivamente, o cumprimento das funções da responsabilidade civil na pós-modernidade, objeto do terceiro capítulo que compõe a dissertação que ora se apresenta.

### 3.1 Breve esboço histórico das funções da responsabilidade civil

A fim de contextualizar a abordagem do presente tópico, cumpre trazer à baila lição de Bobbio (2007, p. 53) a respeito do estudo do direito. Até a metade do século XX, o estudo geral dos institutos jurídicos foi pautado pela predominância de um viés estruturalista, em que se considerava relevante a forma de funcionamento do próprio sistema. Após, verifica-se que uma abordagem funcionalista ganhou força, motivada pelo questionamento a respeito de qual seria a utilidade do sistema jurídico.

Por isso, buscar-se-á extrair, em uma perspectiva do passado, quais eram as funções que orientavam o uso da responsabilidade civil, especialmente dos sistemas jurídicos que influenciaram e inspiraram o ordenamento jurídico brasileiro. Naturalmente, a ter em conta a inesgotabilidade, em termos de extensão e de complexidade do tema, a análise será breve, restringindo-se às funções predominantes em cada época estudada.

Historicamente, a ideia de responsabilidade civil sempre esteve atrelada ao cumprimento de uma obrigação. Evidentemente, com o desenvolver das sociedades, as naturezas dessas obrigações foram adequando-se às necessidades do grupamento social. Paul Ricoeur (1995, p. 37), em “O Justo”, define que não há responsabilidade sem a noção de imputação, haja vista que, buscando-se a obrigação, deve-se atribuir ao suposto autor uma ação. Complementam-se, nesse sentido, a autoria e a imputação com a finalidade de estabelecer a responsabilidade.

Antes mesmo do conceito de responsabilidade civil existir enquanto sistema próprio, a ideia de vingança predominava enquanto meio capaz de retribuir danos. Com o advento de sistemas legislativos razoavelmente organizados – em que a Lei de Talião é exemplo notável, percebe-se ainda a predominância de um viés social de vingança. Não à toa, a norma supramencionada é demonstrativa de um longo período de autotutela, em que a noção anterior ao advento do sistema autônomo de responsabilidade civil tinha por finalidade a punição dos agentes ofensores.

A substituição da vingança direta dos envolvidos, ofensor e vítima, para a compensação pecuniária representa o produto de uma longa construção teórica sobre a forma como devem ser reparados os ilícitos cujos efeitos consubstanciam-se em danos. É justamente sob a égide desta substituição que a responsabilidade civil é concebida em um sentido considerado mais moderno.

Consiste, no sentido exposto, na consolidação de um dever de restituição, à vítima, de um montante em pecúnia, com o objetivo de sancionar o ofensor e satisfazer, na medida do possível, a vítima. Adicionou-se, assim, a noção fundamental de que a responsabilidade civil para além de punir, deve ser eficaz para a finalidade de reparar, diante da vítima, o dano verificado e combatido.

No ponto, é relevante abordar o desenvolvimento da responsabilidade civil no âmbito do direito romano. Ainda que a tradição do direito romano tenha sido interrompida pela ascensão da vontade codificadora erigida pelos valores iluministas, pautados essencialmente na suposta racionalidade e completude da lei, suas lições são valiosas para compreender a dinâmica dos sistemas que o sucederam (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2017, p. 56).

Portanto, antes que os códigos tomassem o mundo ocidental, diversos foram os aportes do direito romano para a estruturação, compreensão e aprimoramento da responsabilidade civil. Há uma presente continuidade que caracteriza os sistemas de direito privado ao longo do planeta, motivo pelo qual deve-se analisar, ainda que brevemente, a cultura romanística a respeito da responsabilidade, seus fundamentos e seus efeitos.

Em um estudo detalhado a respeito da responsabilidade civil contratual, Andrea Zoppini (1991, p. 20) leciona que no direito romano a legitimidade para reagir por danos pessoalmente sofridos era tão somente de quem os havia sofrido, em uma alusão à ideia de vingança. Posteriormente, alcançou-se a consolidação de uma punição por meio de uma pena monetária a ser arbitrada pelo Juízo competente.

É importante destacar que no contexto inicial do direito romano, não havia o termo “civil”, de forma que o sistema análogo era paralelo e complementar ao direito penal. Isto porque o direito civil não era encarado como um campo estanque e contraposto ao direito penal. Em suma, na primeira fase de desenvolvimento romano, a função destacada da responsabilidade civil não era a de compensação e reparação, mas sim de punição daquele tido como responsável pelo dano<sup>19</sup>.

Em seguida, percebe-se a ascensão de uma pretensão de previsão geral dos possíveis danos, por meio da edição da *Lex Aquilia*. Ou seja, as autoridades pretenderam listar os atos lesivos mais comuns, cominando, de forma antecipada, uma forma de reparação, com quantias variáveis. Vislumbra-se, nesta etapa de desenvolvimento do sistema jurídico, uma tentativa preliminar de sistematização e organização da responsabilidade civil.

---

<sup>19</sup> Segundo Farias, Netto e Rosenvald, a própria Lei das XII Tábuas previa que determinados fatos ensejariam penas pecuniárias com caráter punitivo, e não diretamente relacionadas aos danos observados (2017, p. 56).

Antes disso, o casuísmo romano evidenciou a notável ausência de um princípio geral de responsabilidade civil, fator que dificultava não apenas a antecipação da responsabilização como também a própria noção de prevenção quanto à recorrência de determinados danos. Ainda que a Lei Aquilia tenha avançado no sistema de responsabilidade civil por prever um procedimento específico para conduzir as demandas indenizatórias, percebe-se que a norma não esteve sequer próxima de instituir uma regra geral de reparação de danos injustos (ALSINA, 1997, p. 33).

É importante destacar que a Lei Aquilia desconsiderava a culpa como fator de imputação de responsabilidade ao ofensor. O sistema civilista dava importância tão somente ao ilícito a ser combatido. Ressalva merece ser feita ao fim do período de vigência da Lei Aquilia, no período clássico romano, em que a culpa passa a ser considerada como medida geral de responsabilidade (ALSINA, 1997, p. 35).

Segundo Carlos Augusto Cannata (1990, p. 25), com o advento da República Romana, atenuaram-se as penas pessoais, culminando em uma responsabilidade pautada e organizada para garantir a adjudicação de quantia de dinheiro ao ofendido. A história do direito costuma ilustrar esta transformação da responsabilidade civil punitiva em responsabilidade civil compensatória, ou seja, da mudança de foco do ofensor para a vítima, como um avanço civilizatório.

De fato, deixar de impingir punições físicas ou de restrições de liberdades básicas para privilegiar a condenação pecuniária representa um avanço em termos de tutela da dignidade. No entanto, tal dogma deve ser revisitado com a racionalidade exigida pelas questões concernentes à contemporaneidade, não quanto às punições físicas, mas quanto às punições pecuniárias, de modo a privilegiar uma atuação voltada à prevenção, mesmo que se necessite de uma responsabilidade civil menos tolerante com os agentes ofensores, conforme se verá adiante.

Em verdade, a transformação de penas pessoais para a adjudicação de quantia pecuniária não necessariamente supera a finalidade punitiva da responsabilidade civil. É consabido que a quantificação das condenações é a etapa na qual o julgador terá a oportunidade de concretizar uma ou mais de uma das funções da responsabilidade civil. Ou seja, uma condenação pecuniária pode, ao exceder a extensão do dano, converter-se em punição. Doutra banda, limitando-se a quantificação à extensão do dano, estar-se-ia diante de uma função puramente compensatória. Isto para ilustrar, como se pretende investigar no presente estudo, que a quantificação é fundamental para dar efetividade às funções declaradas da responsabilidade civil.

Em retorno aos efeitos do ilícito, verifica-se que o estudo do sistema de responsabilização demonstra uma descendente das penas privadas. Inclusive, por uma análise das alterações legislativas do período, verifica-se que desde a Lei das XII Tábuas até o Corpus Iuris de Justiniano houve uma significativa redução do caráter aflitivo da resposta dada pelo ordenamento jurídico ao ato ilícito reconhecido enquanto tal.

Em contrapartida, no direito romano clássico, a pena privada tornou-se útil aos pretores, superando a noção de pena ressarcitória. Há que se mencionar, contudo, que excepcionalmente os pretores auxiliavam as vítimas reconhecendo a função da pena em observância aos interesses do ofendido. Paolo Cendon (1987, p. 29) refere, nesse contexto, que a pena privada assumiu os seus contornos no período romano clássico, com o acolhimento do direito privado de pena. Tal movimento tornava a pena punitiva para o réu e satisfatória para a vítima, opondo-se ao viés exclusivamente reparatório.

Como consequência da distinção, o delito e o crime se tornaram institutos absolutamente diversos. O primeiro se ocupava dos ilícitos civis, combatidos por meio da pena civil. O segundo, por sua vez, era punido por meio da aplicação de uma pena pública. Evidentemente, os operadores jurídicos delinearam os objetivos das áreas marcadas acima, sendo certo que a pena privada buscava o restabelecimento de posição patrimonial e a pena pública buscava a punição do criminoso (ALSINA, 1997, p. 45).

Curiosamente, Maria Gazia Baratella (2006, p. 12) assevera que mesmo a pena privada sofreu ramificações no século I, com as chamadas *ex maleficio* e *ex stipulato*. A pena privada *ex maleficio* tinha por objetivo punir o ofensor que violasse, de forma ilícita, direito alheio, resultando em uma condenação que, via de regra, representava um valor múltiplo ao correspondente ao dano efetivamente mensurado, a ser revertida integralmente ao ofendido. Por outro lado, a *ex stipulato* originava-se de relações contratuais, servindo para penalizar determinados inadimplementos de obrigações negociadas. A pena *ex stipulato* era exigível mesmo que o credor não se manifestasse neste sentido, funcionando, na prática, como um “preço” para liberação de uma parte quanto à responsabilidade por inadimplemento contratual.

Com o advento do Império Romano, a pena privada entrou em novo processo de decadência, com uma crise marcada pela ascensão da pena pública. Para fundamentar a substituição entre as modalidades de penas, os legisladores aduziam que a pena pública era mais efetiva, dado que a pena privada perderia sua força coercitiva diante daqueles considerados mais pobres. Em contrapartida, a responsabilidade civil permaneceu focada no ressarcimento decorrente dos danos.



A substituição da pena pública pela pena privada representa um dos sinais de assunção do poder estatal, com exclusividade, para a punição das violações dos direitos pessoais, sempre com a necessária intervenção de uma autoridade. A atuação estatal teria como balizas, neste momento, os requerimentos oferecidos pela vítima do alegado dano. Como consequência, as penas sofriam variações de acordo com a gravidade da lesão e do tipo de bem tutelado. Isto porque, com a ascensão da compreensão de que a punição seria imposta em prol do interesse público da coletividade, passou o direito positivo a distinguir a pena da reparação pecuniária da lesão (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2017, p. 58).

Percebe-se, portanto, que em raias distintas, a função punitiva e a função reparatória permaneceram relevantes no ordenamento jurídico romano.

O brevíssimo descritivo a respeito da relação do direito romano com as funções da responsabilidade civil demonstra de forma clara a existência de um movimento pendular, com períodos de predominância da função preventiva e com períodos de valorização da função reparatória. Tal análise torna evidente que o aludido movimento “evolutivo” de abandono das penas privadas em favor de compensações pecuniárias não se mostra linear e unívoco. Pelo contrário, é possível extrair dos institutos mencionados que as funções punitiva e reparatória coexistiram, com alternância de preponderância, a depender do momento social.

Entre os séculos V e XV, não foram observadas alterações substanciais no campo da responsabilidade civil. Isto porque o *Corpus Iuris Civilis* abarcava de forma relevante a evolução do direito romano. É de se recordar que o diploma supramencionado representava um quadro de normas racionais e lineares.

Segundo Alsina (1997, p. 48), o direito francês do século XII concretizou a separação entre reparação e punição. Nos chamados delitos privados, a vítima demandava o procedimento de caráter penal, com marcado espírito de vingança. Nas demandas conhecidas por perdas e danos, a natureza marcada era a ressarcitória.

Restou consolidado, no direito francês anterior ao Código Napoleônico, o princípio geral de que o causador de um dano decorrente da violação de um dever geral de cuidado deve se responsabilizar pela indenização ao ofendido. Percebe-se, em concreto, que a culpa se confunde com o próprio ilícito, mas sempre limitada ao valor do dano apurado, de modo a predominar a função reparatória.

Contudo, ao longo do século XIII, registra-se a apresentação de uma nova racionalidade a ser aplicada à responsabilidade civil: o ideal de justiça comutativa. Nas lições de Paolo Gallo (1996, p. 41), São Tomás de Aquino foi o responsável por difundir o pensamento de subtração da punição inerente à responsabilização civil. Em outras palavras, a condenação não deveria

extrapolar o dano observado, de modo a evitar qualquer forma de enriquecimento sem causa. Esta racionalidade é a responsável pelo predomínio reparatório no campo das obrigações, com a conseqüente transferência das punições ao direito penal, sob o alicerce da comutatividade e da necessidade de evitar a “injustificável” transferência de riquezas.

Entre os séculos XVI e XVII, houve uma ascensão da corrente de viés jusnaturalista, com a tentativa de sedimentação de um perfil sistemático à responsabilidade civil. A função sancionatória, neste movimento, é redimensionada, haja vista a organização unitária dos institutos romanos. Para os expoentes do pensamento naturalista, aqui representados por Hugo Grocio e Domat, os danos sofridos em um objeto devem ser reparados (como previa o direito romano clássico), mas também deve-se considerar os danos em seu corpo, sua reputação e em seu decoro, por se tratar de uma obrigação da lei da natureza (GALGANO, 2010)

Inclusive, foi com base na distinção de Domat entre a culpa do ilícito civil e a culpa compreendida em matéria penal que se formou o Código de Napoleão e, por via de consequência, aos códigos liberais oitocentistas. Afirma-se, portanto, sem qualquer hesitação, que mesmo o legalista e pretensamente exaustivo Código Napoleônico contou com aportes jusnaturalistas, em cuja razão se pautava em uma revisão de certos dogmas romanos.

Mesmo com a ressalva de que se trata de uma visão mais moralizadora da responsabilidade civil, Kant (1984) considera que a imputação deve ser consubstanciada por meio da atribuição de uma ação censurável a outrem, sendo este o seu autor verdadeiro. Para o filósofo, o juízo de imputação apresenta uma carga justa de retribuição. A visão kantiana é sobremaneira relevante por ter sido o seu conceito de dignidade humana aquele que estabeleceu o molde sobre o qual a dignidade está presente na Constituição brasileira de 1988.

Ao se observar o curso da história, não é complexo concluir que ao direito penal foi dada autonomia com maior facilidade. Isto se deve, em larga medida, ao fundamento em normas morais e religiosas que se pautam na necessidade de punir em nome de um ser superior. Não obstante, os aludidos movimentos pendulares demonstram as reiteradas tentativas de reconhecimento de uma função punitiva autônoma no âmbito da responsabilidade civil. No ponto, menciona-se a obra de Savigny, que incluiu as penas privadas como fontes da responsabilidade civil em seu tratado das obrigações (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2017, p. 59).

Segundo ensina Enrico Moscati (1999, p. 329), a doutrina generalista – e predominante – costuma dar ênfase à pretensa separação estanque entre as esferas do direito civil e do direito penal como sendo uma conquista dos ordenamentos modernos. Como definido alhures, anteriormente, o sistema jurídico se ocupava de forma central com o ofensor. Hoje, por outro

lado, a responsabilidade civil se propõe a colocar a vítima no centro do sistema, com mecanismos que se pretendem adequados para cumprir as finalidades da responsabilidade civil.

Ocorre que este movimento de atenuação do caráter originalmente sancionatório da reação contra ilícitos não é necessariamente positivo para o cumprimento das funções que hoje são observadas na responsabilidade civil. Se antes, como verificado, havia uma dicotomia entre punição e reparação, atualmente as demandas sociais exigem que a responsabilidade civil atinja outras finalidades antes imprevisas, inclusive para garantir a segurança da coletividade, sendo por vezes, sem exagero retórico, uma medida de sobrevivência.

Em contrapartida à visão kantiana de que a responsabilidade seria uma retribuição em razão de uma ação ou omissão em que se originou um dano, atualmente se busca reforçar, por exemplo, a aplicação da responsabilidade sem culpa. A concepção da responsabilidade sem culpa é uma resposta às demandas sociais fundadas nos conceitos de solidariedade, risco e segurança. A expansão destes conceitos foi catalisada pelos avanços tecnológicos, de modo a disputar uma colocação de destaque, em substituição à culpa.

Farias, Netto e Rosenvald (2017, p. 6) bem asseveram que um modelo jurídico de responsabilidade cuja única função reside na reparação do dano pode se tornar ineficaz, notadamente ao cancelar a função penal originária por meio da desconsideração das diferentes espécies de ilícitos e dos elementos subjetivos do ofensor para a quantificação da reparação. O modelo vigente, herdado da *actio legis aquiliae* se estrutura no dogma da culpa – com as exceções da responsabilidade objetiva -, de modo a dispensar a aferição de dolo para impingir eventual punição. Este posicionamento sistemático, enquanto ordenamento jurídico, se expressa por normas assépticas e pretensamente neutras, expondo uma ideologia que demanda a ausência de entraves para o exercício de atividades econômicas.

Deve-se, na contemporaneidade, revisitar os fundamentos da responsabilidade civil, com especial atenção às funções originárias deste campo percebido em todas as sociedades. Se outrora o pêndulo existente entre punição e reparação foi, ainda que com dificuldade, suficiente para o regramento das relações sociais, na pós-modernidade o predomínio da função reparatória tem se mostrado nociva aos valores hoje ascendentes, notadamente em face da coletividade.

É certo, portanto, que esta ideia dualista das funções da responsabilidade civil pode ter sido razoavelmente suficiente para os desafios da modernidade, mas se tornou incapaz de responder aos efeitos da pós-modernidade. Por isso, deve-se revisitar o conceito de responsabilidade civil a partir de um novo olhar, baseado nas mudanças observadas nas relações sociais da modernidade e da pós modernidade. Após, verificadas as especificidades atinentes à contemporaneidade, será possível descortinar os princípios norteadores do sistema de

responsabilidade civil. Por fim, à vista do exposto, pretende-se delinear quais são as funções contemporâneas da responsabilidade civil, especialmente com enfoque nas necessidades de tutela dos direitos transindividuais.

### **3.2 Modificações sociais e os impactos na noção conceitual de responsabilidade civil**

Estudar e desenvolver teorias da responsabilidade civil significa trabalhar em um edifício em constante e infindável construção. Como visto acima, a responsabilidade civil sofre alterações a partir de fatores dos mais diversos, desde a edição de normas advindas do Legislativo, a mudança de percepção social a respeito de determinadas condutas, o arrefecimento ou o acirramento no tratamento de determinadas ações ou omissões e mesmo a mudança da norma base de todos os ordenamentos contemporâneos: as Constituições.

A respeito das Constituições, e notadamente no caso brasileiro, há que se mencionar a consolidação da teoria dos direitos fundamentais, o reconhecimento da força normativa dos princípios, a funcionalização de determinados institutos e espécies conceituais e a colocação do humano como figura central do ordenamento. O efeito percebido é a priorização das questões existenciais em comparação às patrimoniais, com ênfase na progressiva sedimentação da boa-fé objetiva como base das relações privadas e a ojeriza ao abuso de direito.

Antes, porém, de analisar o estado da responsabilidade civil no ordenamento jurídico vigente no país, especialmente quanto aos danos extrapatrimoniais, cumpre elucidar as mudanças sociais que conduziram a adaptação do sistema de responsabilidade civil. Isso inclui, por suposto, revisitar a racionalidade jurídica aplicada à modernidade e o confronto entre a realidade da pós-modernidade e a necessidade de adequação não só do sistema de responsabilidade civil, mas também de suas funções enunciadas e os institutos que buscam concretizá-las.

Como se extrai do tópico anterior, os padrões teóricos formativos da racionalidade jurídica dos séculos que precederam a pós-modernidade foram concebidos por humanos que, apesar de seus reconhecidos méritos, teriam grande dificuldade em antever e compreender as questões sociais vividas hodiernamente. Não por qualquer incapacidade técnica, mas simplesmente pela falta de convivência com as características sociais que marcam a pós-modernidade, com toda a sua complexidade e os seus conflitos tão particulares (FARIAS, NETTO, ROSENVALD, 2017, p. 23).

Aliás, justiça seja feita aos aludidos pensadores dos séculos passados: a limitação teórica não está relacionada com uma pretensa noção de pensamento ultrapassado, já que nem mesmo

os juristas do século XXI, ao menos em parcela predominante, logram êxito em incluir a complexidade dos grandes desafios sociais contemporâneos. Por este motivo, é essencial a compreensão a respeito do contexto social que cerca os necessários debates sobre a responsabilidade civil e a aplicação de seus institutos.

Trata-se, em verdade, de uma dificuldade onipresente nos campos do direito que são afetados pela pós-modernidade e sua complexidade. Em verdade, tampouco há consenso sequer a respeito da existência da pós-modernidade nos termos aludidos nesta pesquisa, tamanhas as obscuridades decorrentes do estudo do tempo presente. Nos termos delimitados pela pesquisa, o arcabouço da pós-modernidade, ressalvadas as críticas ao conceito, será utilizado como forma de ilustrar a contemporaneidade do ponto de vista sociocultural.

Assim sendo, defende-se de forma veemente que seja reconhecida a necessária adaptabilidade como marca da responsabilidade civil, independentemente do período histórico que se estuda. A ter em conta que o campo da responsabilidade civil atinge o cotidiano dos cidadãos e das instituições, não é despiciendo reforçar a necessidade de ductibilidade dos institutos como forma de garantir a efetividade do sistema, sempre em atenção aos mandamentos da Carta Magna.

Para tanto, adentra-se às especificidades da pós-modernidade, consolidada no século XX, sem olvidar da importância e da influência do período pós-Revolução Industrial para o surgimento das demandas sociais de alteração dos sistemas de responsabilidade civil.

Desde a Revolução Industrial, os avanços tecnológicos em termos de escala de produção resultaram em significativas modificações na forma de vida das sociedades, no modo de consumo dos cidadãos, na concentração de renda nas cidades, na formação de desigualdades sistêmicas e na percepção de novas modalidades de danos transindividuais.

Conforme delineado no capítulo inaugural do presente estudo, a pós-modernidade, por sua vez, trouxe consigo o conceito de sociedade de risco, em nomenclatura criada por Ulrich Beck (2010, p. 30-40). Este período é abalizado pelo reconhecimento de que a tecnologia e seus efeitos em termos de riqueza se sobrepõem e ofuscam a desproporcional criação de riscos graves, ilimitados ou mesmo desconhecidos. Não por outro motivo o sociólogo alemão aduz que a pós-modernidade também é chamada de modernidade reflexiva, consubstanciada em um estado de coisas em que se processam, de forma refletida, uma sociedade que deliberadamente ameaça a si própria.

Na modernidade, em que se vivenciava uma sociedade pautada na tentativa de ascensão de classe, o objetivo geral dos cidadãos era justamente de ver compartilhada, em medidas proporcionais, a riqueza gerada pela própria classe trabalhadora. Na sociedade de risco,

percebe-se uma preocupação com efeitos das ações perpetradas pela própria sociedade, ainda que geradas diretamente por instituições públicas ou privadas. Nos termos lecionados por Beck (2010, p. 59), a incerteza que é perene na sociedade de risco fez nascer um medo que passou a predominar as relações sociais.

O medo característico da contemporaneidade não é injustificado, e representa um reflexo natural dos reiterados danos ocasionados em razão dos riscos criados, com características próprias. Em contradição à segurança objetivamente propalada por Estados e grandes conglomerados econômicos, observa-se que os danos percebidos passaram a ostentar características verdadeiramente assustadoras, por serem dispersos, com marcada difusão, indistinção, perenidade e uma assustadora ausência de limites geográficos (BAUMAN, 2008, p. 11).

Este contexto de insegurança é marcado por uma incompreensão generalizada, haja vista que os avanços tecnológicos são vendidos como sendo absolutamente manipuláveis – inclusive em elementos naturais, vivos e não vivos. O medo é amplificado em razão da absoluta incapacidade das sociedades em antecipar as consequências práticas de suas ações em seus indivíduos, que estão supostamente amparados por uma redoma de procedimentos de segurança. Há um gritante descompasso entre as promessas de avanços e as ameaças, riscos e danos concretos que se multiplicam.

Em respeitável tentativa de ponderar a crise ocasionada pelo medo dos efeitos negativos dos avanços desenfreados, Amartya Sen (2011, p. 403) assevera que a cultura do medo cega os seres humanos dos relevantes avanços sociais e sanitários, para citar dois exemplos. O foco, segundo o filósofo indiano, permanece voltado aos riscos e aos potenciais danos decorrentes do egoísmo desenfreado da sociedade de massas. Por este motivo, o estudioso traduz um almejado mundo ideal como sendo um local em que aos cidadãos seria franqueada a liberdade de não ter medo.

Contudo, a inexistência do justificado medo está condicionada à redução dos riscos e dos danos concretamente percebidos pelos indivíduos e pelas coletividades, algo que não se tem observado no mundo real. Para tanto, deve-se contextualizar e analisar o desenvolvimento dos sistemas jurídicos entre a modernidade simples e a pós-modernidade, de modo a verificar de que forma é possível vislumbrar uma solução para os reiterados danos e riscos que, juntos, trazem tamanha insegurança e medo para as sociedades contemporâneas.

A modernidade simples, que se afirmou no século XVIII com a revolução industrial, se consolida institucionalmente com as codificações liberais oitocentistas. Assim, a responsabilidade civil se colocou como uma resposta estruturada em face dos riscos próprios

de uma sociedade dividida em duas classes: a burguesia e os trabalhadores. Por exercer marcante poderio econômico e político, a burguesia não só demandou como obteve o livre trânsito de capitais, o que pressupunha a autonomia contratual e a exacerbada valorização de posições patrimoniais, consubstanciadas na propriedade. Nasceu, dessa simbiose, o direito civil patrimonialista do Estado mínimo.

Segundo Beck (2010, p. 60), na modernidade simples os riscos eram locais, notadamente nos limites das cidades urbanizadas e com danos marcados aos operários. Os riscos, por serem locais, eram perceptíveis pelos sentidos, de modo que os narizes e os olhos se tornaram indicadores de danos decorrentes das atividades econômicas. Em razão dos riscos e dos danos, o sistema de responsabilidade deveria, ainda que teoricamente, apresentar soluções para as questões sociais latentes. Na prática, contudo, o sistema jurídico de viés liberal apresentava-se, em face daqueles que eram atingidos pelos danos, ineficaz.

A aludida ineficácia do sistema liberal da responsabilidade civil se deve predominantemente ao patrimonialismo arraigado nos institutos jurídicos. O patrimonialismo tem por efeito social a criação, reforço e consolidação de desigualdades sociais. O requisito culpa se mostra como um arquétipo da responsabilidade civil do período patrimonialista, a considerar que, pela natureza dos novos danos enfrentados pela sociedade, parte significativa dos ilícitos era filtrada em razão da necessidade de prova diabólica, de modo a não receber a resposta judicial mínima. O ciclo vicioso das desigualdades apenas se reforça, redundando, em vias transversas, nos incentivos à violação de determinados valores jurídicos formalmente tutelados.

Este pernicioso cenário sofreu alguma mudança apenas no fim do século XIX, em que há um ensaio de reação jurídica aos reiterados e conhecidos riscos concretos decorrentes da sociedade industrial. Trata-se, segundo lição de Farias, Netto e Rosenthal (2017, p. 31), do contexto de desenvolvimento da teoria do risco por Saleilles e Josserand, com acolhimento de valores como a equidade (igualdade material) e a solidariedade. O objetivo almejado pelos juristas que conceberam a teoria do risco era justamente assegurar às vítimas dos repetidos danos um tratamento mais ético, retirando o fundamento moral da culpa para assegurar a proteção efetiva das vítimas a partir da verificação da causalidade entre o risco de uma atividade e os danos dela decorrentes. Não se pretendeu vedar, a priori, a atuação dos setores econômicos envolvidos, mas tão somente imputar-lhes objetivamente a indenização pelos eventos lesivos relacionados às atividades desenvolvidas.

O século XX, em continuação, foi pródigo em arranjos institucionais com a intenção, ainda que apenas declarada, de oportunizar a redistribuição de riquezas e de alargar as garantias

sociais, o que inclui, logicamente, o acesso à Justiça. Todavia, como mencionado, a intenção era no mais das vezes tão somente alegórica, já que os ordenamentos jurídicos ainda se alicerçavam nas bases individualistas, patrimonialistas e reativas. Não havia, de forma ostensiva, a atuação no sentido de evitar o resultado dano ou mesmo a repetição de um resultado dano. A atuação do Poder Judiciário ficava restrita ao momento pós-consumação de um determinado dano.

Assim, é possível afirmar que na sociedade industrial a luta estava consubstanciada no campo material, em meios de garantir a subsistência e evitar o empobrecimento. Por outro lado, na sociedade de risco, outros aspectos que não os materiais se tornam essenciais para a sobrevivência dos indivíduos e dos grupamentos sociais, como o enfrentamento dos riscos e das incertezas, cujas ameaças atingem não apenas as questões materiais, mas a própria vida.

Por este motivo, Vicente de Paula Barreto (2013, p. 348) aduz que o tecnocientificismo faz com que a responsabilidade assuma um papel de integração entre a ética e o direito. Ora, tanto em um quanto em outro, a responsabilidade cumpre o papel de objetivar e formalizar o reconhecimento da liberdade e o exercício das decisões.

Do exposto, resta evidente que o obstáculo a ser ultrapassado é a formulação de uma nova teoria da responsabilidade civil que esteja em consonância com as exigências sociais contemporâneas. Não há como admitir que o direito civil clássico concebido com base no Código Napoleônico de 1804 é apto para tutelar os direitos reconhecidos no século XXI, assim como remediar e/ou evitar a ocorrência de violações.

Ora, mostra-se inviável vencer as questões de responsabilidade civil advindas dos grandes desafios decorrentes da bioética, da nanotecnologia, das ações e omissões que atingem as coletividades com base no direito privado clássico. A racionalidade aplicada aos contratos relativos aos sujeitos privados, sem previsão de repercussão em terceiros e na coletividade, assim como o sistema pautado no patrimonialismo, foi grande impeditivo de um avanço efetivo.

Atualmente, como visto ao longo do primeiro capítulo, as grandes questões que geram conflitos em termos de responsabilidade civil não estão circunscritas ao sujeito enquanto uma unidade socialmente isolada. José de Oliveira Ascensão (2013, p. 374) ensina que os novos valores socialmente relevantes apresentam o condão de adaptar as clássicas instituições e institutos dos modelos jurídicos. O autor defende, nesse sentido, que é absolutamente crível que sejam obtidas novas categorias capazes de enquadrar uma realidade em evolução.

Como forma de inaugurar uma nova fase no sistema valorativo da responsabilidade civil brasileira, a CRFB/1988 centralizou o ser humano e a sua dignidade enquanto protagonistas e, por isso, “ponto de partida” normativo. Por conseguinte, a dignidade humana passou a



influenciar e determinar, em termos éticos, o direcionamento de todo o sistema jurídico submetido aos mandamentos da norma máxima. A citar como exemplo pela importância exercida no tema do presente estudo, foi apenas com a promulgação da CRFB/1988 que a proteção da personalidade humana foi concretizada por meio de dispositivos protetivos.

Os reflexos do advento da Constituição são percebidos na teoria das incapacidades, no posicionamento central da boa-fé objetiva nas relações privadas, na observância da função social dos contratos e da propriedade, entre outras modificações de fundo no direito privado. Não é necessário discorrer longamente a respeito da mudança de racionalidade inaugurada com as mencionadas mudanças, que vão frontalmente de encontro com a racionalidade clássica do direito civil, detalhada alhures.

É bem verdade que um pilar da responsabilidade civil permaneceu intacto, seguindo inabalável desde os primórdios do sistema civilista: o dever de não lesar (*neminem laedere*). A grande dificuldade enfrentada pelos sistemas, no entanto, é garantir a efetividade deste valor fundante das relações travadas entre os humanos em sociedade. No contexto do século XXI, o dever de não lesar outrem concede espaço ao fortalecimento da posição de intangibilidade dos valores existenciais. Ou seja, para além do patrimônio, o sistema de responsabilidade civil passou a reconhecer a importância e a necessidade de tutela dos direitos extrapatrimoniais.

Jorge Bustamante Alsina (1997, p. 101), jurista argentino, assevera que o paradigma do fenômeno ressarcitório deve ser analisado por sua unidade, contemplando-se todas as situações que o ordenamento jurídico atribui um dano e impõe o dever de ressarcir. Contudo, torna-se evidente que a noção de reparação está ideologicamente posicionada após o conceito que determina a responsabilidade. Para o autor, deve-se repensar, com base na moral e na ética, o cabimento de sanções repressivas e exemplares.

Isso significa não apenas restabelecer os parâmetros do sistema de responsabilidade civil, mas também de dividir uma nova forma de apresentar respostas às condutas dos ofensores. A consequência esperada é que haja a instrumentalização de um sistema jurídico que permita, na maior medida possível, a imposição de condutas punitivas e preventivas por parte dos atores sociais, notadamente, para o que se ocupa a pesquisa, dos atores econômicos.

Assim, para além de uma sistematização reativa do sistema, diante da necessidade das questões contemporâneas, incorporou-se a possibilidade de afastar, de forma antecipada ou repetida, os riscos e danos que são desnecessários e/ou incompatíveis à vida em sociedade. Isto porque, como concluído a partir dos anseios sociais, o sistema de responsabilidade civil não deve ser apenas reativo, individualista e patrimonialista, tornando-se mandatória a superação deste déficit de regulação.

O resultado percebido são as constantes discussões a respeito da definitiva incorporação da cláusula de responsabilidade objetiva em atenção ao princípio da solidariedade, o fundamento da tutela inibitória calcado tão somente na antijuridicidade de uma conduta, a restrição de determinadas atividades potencialmente lesivas com base na precaução, a teoria da relativização do nexo de causalidade e mesmo o reconhecimento de novas modalidades de danos. Todas as aplicações listadas representam tentativas de resposta, por parte do sistema jurídico, à realidade que se impôs no novo contexto das relações jurídicas.

As questões acima listadas estão em graus distintos de aceitabilidade e de difusão no direito civil contemporâneo, mas representam um inequívoco olhar voltado à prevenção, com fundamentos que ultrapassam questões comportamentais e econômicas, baseando-se na ética. Em suma, pretende-se ver ultrapassado o paradigma em que tão somente havia preocupação quanto às indenizações, a fim de que seja predominante uma visão sistêmica de que se deve antecipar resultados nocivos, evitando em primeiro lugar a sua ocorrência e, em segundo lugar, a sua recorrência.

Esta nova sistematização normativa da responsabilidade civil, como se verá a seguir a partir do estudo de seus princípios, não apenas centraliza a vítima, mas todos aqueles que foram ou podem ser vitimados por uma determinada ação ou omissão. É justamente neste contexto que se fortalece a ideia de que o potencial ofensor é obrigado, em um primeiro momento, a evitar qualquer dano; em um segundo momento, a mitigar o dano por si causado (JARAMILLO, 2013, p. 866).

A despeito de todos os avanços tecnológicos e científicos percebidos no cotidiano das sociedades, os riscos de dano e os danos concretizados adotaram uma natureza, conforme delineado alhures, que impõe um estado constante de insegurança e medo. Em crítica consistente a respeito da contemporaneidade, Farias, Netto e Rosenvald (2017, p. 33) aduzem que, ao contrário do que aludem as grandes companhias, o estado de medo não é civilizatório, dado que as sociedades não se tornam mais sábias por terem plena ciência a respeito dos inúmeros, conhecidos e desconhecidos, riscos que cercam o planeta enquanto hospedaria humana.

Pelo contexto apresentado, mostra-se absolutamente necessário um olhar mais acurado por parte do sistema de responsabilidade civil para a prevenção, pautado na solidariedade social.

Deve-se, portanto sedimentar as balizas conceituais nas quais buscar-se-á investigar a responsabilidade civil na contemporaneidade, seus princípios e suas funções enunciadas. Adianta-se, por oportuno, que os princípios constitucionalmente eleitos como protagonistas do sistema de responsabilidade civil são: dignidade humana, solidariedade, prevenção e reparação

integral. São, portanto, os alicerces que dão sentido ao conceito de responsabilidade civil, estruturam a teoria geral da responsabilidade civil e funcionam como fatores motivadores das quantificações das condenações em casos de condenação.

Pelo exposto, fica cristalino que as necessidades sociais hodiernas demandam não só a reparação dos danos, mas a soma de um ideal de prevenção quanto a novos danos e quanto a reiteração daqueles já observados. Este é o principal sustentáculo da releitura conceitual da responsabilidade civil e de suas funções. Isto porque, como demonstrado, o sistema jurídico pretende-se ver hermético quanto aos riscos ocasionados pelas atividades desenvolvidas na pós-modernidade.

Este reposicionamento demonstra, naturalmente, um viés moral aplicado ao fundamento da responsabilidade civil, como demonstração clara da participação ativa dos grupamentos sociais que demandam a aplicação da prevenção prudente. Trata-se, ao fim, de uma revisão da máxima *neminem laedere*, à luz da realidade fática percebida no século XXI. Embora frequentemente criticado, o fundamento moral que mobiliza as legislações e instiga a sua aplicação é essencial para garantir a extensão hermenêutica do vasto campo da responsabilidade civil.

Se antes um sujeito era tão somente responsável pelos danos concretamente ocasionados, atualmente, na prática, responsabiliza-se pelo dever de cuidado com outrem, em uma nova faceta do dever geral de não lesar. A vetusta moral de responsabilização por danos ocasionados exclusivamente por culpa não resiste à realidade das incertezas científicas e técnicas, encontrando aplicação, também, no campo da tutela da coletividade. As relações interindividuais não mais são representativas da totalidade dos laços humanos. Como abordado acima, os danos passaram a ser transfronteiriços, anônimos, com graves e persistentes impactos.

A prevenção, portanto, tornou-se a pedra de toque de uma atuação ética, justificando a transformação do fator culpa para o fator cuidado com o outro, notadamente na hipótese de ser este um sujeito mais vulnerável. Adianta-se, desde já, que não se pretende refundar a responsabilidade civil, de modo que a sua característica retrospectiva permanece intacta. Contudo, a vocação prospectiva deve ser reforçada de forma enérgica, forçando os agentes econômicos e sociais a enfrentarem escolhas éticas, sob pena de assumirem responsabilidade direta ou indireta por danos futuros.

Embora seja aferível da própria natureza do sistema de responsabilidade civil, cumpre ratificar que no que toca aos danos extrapatrimoniais há uma variação de valoração por parte da ética. É consabido que ao longo da história, circunstâncias e mesmo valores sociais são

determinantes para a definição de dano. Nesse sentido, o que antes não era considerado um dano indenizável, hoje o é, como é o caso do dano extrapatrimonial coletivo.

De modo que, tanto no âmbito da tutela individual quanto no âmbito da tutela coletiva, o subsistema deve se aproximar dos ditames constitucionais que balizam o ordenamento específico. É neste sentido que se afirma que os problemas inéditos da contemporaneidade não devem tolerar soluções arcaicas, pensadas no século XIX. Pelo contrário, é um dever ético que os operadores do direito busquem respostas inovadoras, eficientes e capazes de tutelar os valores socialmente relevantes para uma determinada sociedade.

Naturalmente, toda e qualquer abordagem a respeito de um subsistema jurídico, no caso específico o da responsabilidade civil, deve guardar observância aos ditames constitucionais vigentes. A compatibilidade entre os institutos de responsabilidade civil e as opções adotadas pela Constituição de 1988 é uma premissa que funda o estudo que ora se desenvolve.

É justamente a partir desta análise que se pode afirmar que o arcabouço constitucional formaliza um Estado que deve se mostrar preocupado com a cautela, a proporcionalidade e a efetividade de suas ações, notadamente quanto à função jurisdicional. É inconteste que a CRFB/1988 se apresenta como uma norma pluralista, com viés solidário pautado na dignidade humana. Por este motivo, os institutos jurídicos devem, sempre, servir como instrumentos de concretização dos projetos constitucionais adotados pela Constituição. No campo da responsabilidade civil, a CRFB/1988 consolidou princípios que servem como baluartes da compreensão e aplicação do sistema, de modo que merecem ser estudados de forma individualizada.

### **3.3 Princípios da responsabilidade civil**

Até a metade do século XX, as Constituições se apresentavam como instrumentos formais de ordenação das competências dos Estados. A partir da segunda metade do mesmo século, houve uma transformação substancial no uso das Cartas Magnas, de modo que se converteu a norma ordenadora do Estado em norma superior de todo ordenamento jurídico.

Como consequência da superioridade hierárquica, verificou-se a supremacia dos valores estabelecidos como fundantes de uma determinada ordem constitucional, vinculando a cadeia normativa inferior. Nesse contexto, as Constituições passaram a determinar as prioridades a serem perseguidas por determinadas nações em seus ordenamentos jurídicos, inclusive por meio de princípios.

No ponto, a fim de contextualizar o surgimento da importância dos princípios, cumpre rememorar o desenvolvimento da doutrina do positivismo jurídico, já que os códigos liberais dos oitocentos inspiraram e influenciaram grande parte dos sistemas de responsabilidade civil vigentes.

De início, menciona-se o exacerbado fetichismo do positivismo jurídico quanto à completude do sistema por meio da edição de regras exaustivas. Este ideal de que o sistema poderia ser completo, sem lacunas, e com soluções específicas para a totalidade dos casos que se pudesse discutir foi determinante na edição dos já aludidos códigos oitocentistas (BOBBIO, 1994, p. 120).

Conforme observado por Karl Larenz (2005, p. 160), a legalidade irrestrita do sistema liberal privilegiava a pretensa segurança jurídica, mas ignorava o aspecto real das relações humanas, em que é impraticável tencionar antecipar cada situação de possível ocorrência. A realidade se impõe no sentido de que o sistema jurídico, aí incluído o Poder Judiciário, deve observar a retidão, de modo que permita que o direito se meça pela noção de justiça.

Quanto aos princípios, destaca-se que passaram a ser observados, no curso da historicidade jurídica, com seriedade crescente. Com os jusnaturalistas, sem normatividade e com fundamento divino ou racional; com os positivistas, de modo a inserir, nos códigos, dispositivos definidores dos princípios, ainda que com força normativa subsidiária. Estes períodos contaram com uma significativa evolução na compreensão a respeito dos princípios, mesmo que ausente uma teoria consolidada de base (BONAVIDES, 2005, p. 237).

Posteriormente, princípios passaram a ser considerados normas jurídicas válidas. Dentro da teorização a respeito das normas jurídicas, Dworkin (2007) propôs a divisão entre as regras e os princípios. As regras, as quais compõem o fetichismo aludido acima, deveriam ser aplicadas à maneira do “tudo-ou-nada”, ou seja, em sendo válidas, devem ser aplicadas em sua inteireza; em sendo inválidas, devem ser desconsideradas. Os princípios, por outro lado, são normas que guiam a aplicação e a criação do direito, de modo a constituir a razão pelo qual o intérprete deverá conduzir a sua atuação.

Como consequência dos conceitos atribuídos por Dworkin para regras e princípios, as soluções para eventuais conflitos entre normas são distintas. No caso de conflito entre regras, incabível a aplicação concomitante de duas normas, sendo que, ao final, uma seria aplicada e a outra seria considerada inválida. No que se refere aos princípios, haveria uma dimensão de ponderação para cada norma, de sorte que, ao cabo, um princípio seria considerado prevalente.

Para Alexy (2015, p. 146), a distinção entre regras e princípios se baseia na obrigação instituída por cada norma (dar, fazer ou não fazer) e na solução a ser adotada em caso de colisão.

Em apertada síntese, a colisão entre princípios seria temporária, ao passo que a colisão entre regras deve ser solucionada por meio do reconhecimento da invalidade de uma delas..

Na hipótese de conflito entre princípios, Alexy aduz que a solução não é encontrada de forma imediata pela prevalência de um sobre o outro, conforme proposto por Dworkin, mas por meio de uma otimização. Esta otimização deve ser feita por meio do sopesamento observável no caso concreto, considerada a aplicação normativa do princípio em questão de forma prospectiva.

Atribui-se à Ronald Dworkin o avanço no tratamento dos princípios, sendo o jurista estadunidense o responsável pela transposição de paradigmas teóricos anteriores, notadamente quanto à função acessória dos princípios. Com Dworkin (2007), os princípios deixaram de ser considerados tão somente acessórios às regras ou meras pautas programáticas, tomando para si um papel fundante de alicerce sobre o qual se assenta o sistema jurídico.

Em aporte relevante para o tema proposto, cumpre trazer o posicionamento de Humberto Ávila, que propõe uma teoria própria de caracterização e verificação de regras e princípios (2015, p. 102):

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Considera-se fundamental que as Constituições se apresentem capazes de reconhecer a normatividade dos princípios e a garantia dos direitos fundamentais, notadamente com o objetivo de serem aplicados, em concreto, os valores finalísticos almejados pelo ordenamento jurídico. Desse modo, será inescapável a observância da ética no campo do direito, com especial foco no valor da justiça, respeitadas a legalidade e a legitimidade, com o objetivo de que sejam promovidos os aludidos valores constitucionalmente escolhidos pelos legisladores.

Passa-se à análise dos princípios constitucionais atinentes ao sistema de responsabilidade civil, especialmente aos que tocam de forma marcada à temática da pesquisa: dignidade da pessoa humana, solidariedade social, prevenção e reparação integral. Tais valores principiológicos servem, sem dúvida, ao fundamento das funções da responsabilidade civil, de modo que sejam todos concretizados por meio do uso atento dos institutos fornecidos pelo próprio sistema jurídico.

### 3.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Mesmo que amplamente difundida atualmente, a ideia de dignidade humana percorreu um longo caminho de desenvolvimento até atingir o ponto de aceitabilidade jurídica “plena”, enquanto vetor orientador de uma multiplicidade de ordenamentos jurídicos. Farias, Netto e Rosenvald (2017, p. 41) traçam um percurso do valor dignidade humana desde a sua inauguração com a doutrina cristã, em que o homem se forma como projeção de uma divindade; com a visão kantiana de que a dignidade reside na própria autonomia humana, em observância a uma hipotética lei universal de conduta; e, por fim, com a tragédia da Segunda Guerra Mundial.

À doutrina cristã é atribuída a origem do sujeito enquanto pessoa portadora de uma dignidade especial. Nos próprios escritos religiosos, o homem é figurado como a imagem de uma divindade, que o concede autonomia e liberdade, diferenciando-os dos demais seres vivos. Em um momento posterior, além da concessão divina, considerou-se que a própria racionalidade humana e a consciência de sua liberdade são fatores determinantes para uma atuação social ética. Assim, sabendo-se que a vontade humana seria orientada pelo bem, a liberdade surge como contributo da dignidade.

Immanuel Kant (2000, p. 134), na *Crítica da Razão Prática*, formulada em 1788, estabelece o ser humano como elemento decisivo na construção do conhecimento. Afirma, em sua obra, que tudo tem um preço ou uma dignidade, ou seja, quando há preço, pode-se trocar uma coisa pelo equivalente; quando não há preço que atinja determinada coisa, estar-se-ia diante de algo com dignidade. A partir deste raciocínio, surge a máxima kantiana de que o ser humano não serve como meio para outros, sendo um fim em si mesmo.

Esta relevância axiológica decorre da própria autonomia da vontade, como autodeterminação externável em seres racionais como um imperativo categórico moral (KANT, 2000, p. 136). A razão do imperativo categórico surge sob a ordenação de que se aja de tal forma que a máxima do agir possa ser elevada a um patamar universal de conduta, na forma de lei. Assim, torna-se a dignidade como um valor moral intrínseco ao homem, que jamais poderá ser relativizado, seja pelo Estado, pela sociedade ou por terceiros. A dignidade é um predicado do humano, integrando a natureza deste.

Sendo o sujeito moral livre para atuar segundo a sua vontade, a liberdade passa a ser considerada como um princípio fundamental do sistema. Por isso, converte-se a pessoa humana em baluarte da ordem jurídica, em reforço notável no Estado liberal. Isto porque, sem

autonomia, a pessoa seria um instrumento como muitos outros. Pelo contrário, deve-se respeito ao humano justamente por sua faculdade de ser livre.

Esta racionalidade foi aplicada primeiramente como uma justificação para que os poderes do Estado fossem limitados. Assim, o indivíduo, unitariamente, poderia exigir uma conduta de abstenção do Estado liberal, tanto em observância ao primado da igualdade formal, quanto à possibilidade de acumulação de riquezas e garantia de liberdades políticas básicas. Tal momento histórico é conhecido pelo reconhecimento da primeira geração de direitos fundamentais.

Como forma de tentar temperar os efeitos negativos do Estado liberal, editou-se a comentada Constituição de Weimar, de 1919, com o objetivo de mitigar a faceta negativa do individualismo exacerbado. Neste momento, o inaugurado Estado social pretendeu afirmar a dignidade como lugar comum em que há igualdade substancial entre os cidadãos, com a garantia de condições materiais mínimas a todos.

Respeitada a brevidade do presente introito, cumpre mencionar o terceiro período fundamental de afirmação da dignidade humana. Trata-se da Segunda Guerra Mundial, tempo em que restou comprovado que o ser humano não obteve êxito em firmar um valor de dignidade que evitasse os deletérios atos do Estado nazista. Mais uma vez, o ser humano tornou-se instrumento.

Naturalmente, houve um incremento extraordinário na demanda por respostas concretas aos atos de desprezo à humanidade. Iniciou-se, portanto, a consolidação do “direito a ter direitos” como um fundamento pleno de cidadania. Isto porque o totalitarismo se utilizou do positivismo, aviltando-o e expondo sua fragilidade. A força da norma, por evidente, não pode ser a essência do ordenamento, mas sim o seu fundamento valorativo (LAFER, 2009, p. 166).

A síntese da evolução histórica demonstra que houve significativa alteração dos pontos de referência quanto à dignidade. Inicialmente, no cristianismo, como um atributo divino; em seguida, como característica intrínseca aos seres humanos, em seu interior, como projeção da racionalidade e liberdade; por fim, como necessária internalização enquanto princípio de qualquer Estado que se pretenda democrático em um regime de direito.

Para fins internacionais, a dignidade humana foi insculpida no art. 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos, proclamada pela Organização das Nações Unidas, em 1948, asseverando que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade direitos”. Ainda que não vinculante, este princípio foi reverberado como valor jurídico fundante da maior parte das nações civilizadas, ou seja, passou a ser um princípio constitucional e fonte de direitos fundamentais.



Contextualizada a sua síntese de formação, deve-se mencionar que a dignidade humana apresenta uma vagueza e imprecisão conceitual inerente ao seu objeto de tutela. Afinal, definir exhaustivamente a dignidade humana tornaria, como consequência, desprotegidas eventuais novas camadas da dignidade, à vista de sua natureza expansiva.

De qualquer sorte, Ingo Sarlet (2015, p. 60) reconhece a imprecisão conceitual, mas ensina que a dignidade humana apresenta uma dupla acepção, que abarca não só a autonomia da pessoa como também a necessidade de sua proteção. Para o estudioso, trata-se de limite e tarefa, que são consubstanciados em atos de proteção e de promoção da dignidade, por meio da concretização de direitos anexos.

A partir da visão kantiana, viável afirmar que o Estado Democrático de Direito, notadamente no arcabouço constitucional brasileiro, garante a ampla tutela às situações existenciais da pessoa humana, tanto pela ameaça a um ilícito, como também após a concretização de um dano. Dentre as situações existenciais, destacam-se os direitos imateriais, consubstanciados em projeções da dignidade humana na própria personalidade dos sujeitos. Evidentemente, a dignidade humana também apresenta seu escopo de tutela projetado em face da coletividade conjuntamente considerada, como é o caso dos direitos transindividuais.

Como decorrência do reconhecimento da dignidade humana como fundamento constitucional do ordenamento brasileiro, tem-se a consolidação de uma obrigação genérica de proteção e de garantias básicas aos cidadãos, tanto em face do Estado quanto em face do restante da comunidade. Segundo ensinamento de Maria Celina Bodin de Moraes (2017, p. 85), há que se observar a existência do outro, reconhecer que todos merecem respeito à integridade psicofísica, aceitar que as vontades são livres e que todos fazem parte do grupo social sobre o qual a garantia é o pressuposto.

Ora, é possível verificar, do exposto, que a dignidade da pessoa humana também é capaz de apresentar projeções entre os particulares, a despeito de sua origem vinculada às ações e omissões estatais. Trata-se do fenômeno da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, segundo o qual restaria permitida a incidência de direta ou indireta de princípios constitucionais nas relações entre particulares. Por via de consequência, as relações privadas tenderam a se tornar despatrimonializadas, haja vista a observância obrigatória de preceitos que decorrem da dignidade humana.

Em termos práticos, a incidência dos direitos fundamentais – no caso, da dignidade humana – nas relações horizontais tem por condão viabilizar uma mitigação da autonomia negocial, da rigidez e imutabilidade das avenças e, ao que interessa à pesquisa, da releitura das funções enunciadas da responsabilidade civil. Não se pode ter como aceitável, por exemplo,

que atividades econômicas minimizem ou desconsiderem o valor da pessoa. É neste contexto que se reacende a latente discussão a respeito da viabilidade e da desejabilidade das penas civis.

Com base na delimitação teórica formulada, o conflito entre a autonomia privada e a boa-fé objetiva se acirra, refletindo em figuras como o abuso de direito e mesmo as condições para responsabilização antes e após a relação contratual. Conforme lição de Farias, Netto e Rosenvald (2017, p. 46), a dignidade não é tão somente um valor apriorístico, mas um princípio de conceituação fluida, que se pretende ter harmonizado com a pluralidade e diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas.

E, por assim ser, a dignidade torna-se alicerce para o reconhecimento, proteção e promoção de direitos que ensejam a aplicação de institutos de responsabilidade civil para os chamados novos danos. Na prática, ponderam-se princípios e bens jurídicos para que normas sejam aplicadas com vistas à reparabilidade de danos injustos, ainda que imprevistos ou até então desconhecidos. Isto porque, como será possível verificar, os princípios se entrelaçam para justificar a orientação do sistema de responsabilidade civil, complementados pelas funções e pela aplicação prática dos institutos.

### **3.3.2 Princípio da solidariedade**

O segundo dos princípios da responsabilidade civil é o princípio da solidariedade. A solidariedade apresenta-se como um necessário complemento ao princípio da dignidade humana. Historicamente, o princípio da solidariedade tem sua origem teorizada nos momentos imediatamente posteriores à Segunda Guerra Mundial.

Como mencionado alhures, as Constituições passaram por uma transformação que garantiu o efeito vinculativo de seus valores fundantes nos respectivos ordenamentos jurídicos submetido às Cartas Magnas. Assim, a solidariedade enunciada nas normas superiores deixou de apresentar um viés meramente enunciativo, relacionado à fraternidade, como no momento anterior ao século XX, para ocupar uma posição de destaque no sistema jurídico. Mais do que uma posição de centralidade, a solidariedade passou a ser um valor juridicamente exigível.

Em celebrada lição a respeito da posição do mencionado princípio no ordenamento brasileiro, Maria Celina Bodin de Moraes (2001, p. 178) assevera que a solidariedade é a expressão mais profunda da sociabilidade que caracteriza a pessoa humana. A lei maior, por isso, determina e exige que os cidadãos se auxiliem, mutuamente, a conservar a humanidade, dada a sua primordialidade para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Por sua vez, Paulo Bonavides (2019, p. 523), reconhece que o Estado Democrático de Direito funcionalizou a efetivação dos direitos fundamentais. No ponto, quanto à solidariedade, há disposição expressa no art. 3º, I e III, assim como no preâmbulo da norma fundamental. A finalidade do Estado se converte, em parte, na garantia da solidariedade entre os cidadãos. Por isso, a solidariedade não está vinculada apenas a uma referência a valores éticos, adquirindo estatura fundamental e a legitimação estratégica nas relações sociais, inclusive para a finalidade de orientar políticas públicas e a atuação dos Poderes constituídos.

Em síntese, o constitucionalismo voltou-se inicialmente à garantia dos direitos individuais; em seguida, dos direitos sociais; para, por fim, assegurar a concretização da fraternidade material. Não se trata, portanto de garantia de direitos individuais ou sociais, já que a solidariedade atua em outro paradigma: o da humanidade, como fator de expansão das camadas conceituais da dignidade humana (FARIAS, NETTO, ROSENVALD, 2017, p. 48).

Em uma análise precisa a respeito do entrelaçamento da responsabilidade civil com o princípio da solidariedade, Alvino Lima (1999, p. 329) aduz que se trata de mudança paradigmática no sistema civilista. O sistema não ignora os princípios de elevada moral, fazendo com que a sociedade faça surgir, no organismo humano de solidariedade mútua, a percepção de que os indivíduos não estão constantemente isolados, mas interconectados.

Apesar de não ser exaustivamente trabalhado pela doutrina da responsabilidade civil clássica, o princípio da solidariedade alterou a racionalidade de aplicação dos institutos do sistema mencionado. Houve, indubitavelmente, uma ascensão da noção de corresponsabilidade, cujo objetivo é de que os atores colaborem na obtenção de um determinado resultado. Igualmente, objetivou-se a formação de consensos a respeito de ações e/ou omissões consideradas intoleráveis para uma determinada sociedade.

Com base na obtenção do senso comum a respeito das ações tocadas pela intolerabilidade, desloca-se o foco do agente para o ofendido. Dessa forma, não se busca tão somente avaliar a conduta, mas especialmente se pretende ter um responsável pela reparação, ainda que este não tenha violado um dever de conduta. Nestes casos, defende-se a responsabilidade simplesmente pela potencialidade de risco atrelado à atividade por si desenvolvida. Ora, há uma perceptível flexibilização do nexo de causalidade justificada pelo princípio da solidariedade, haja vista a preponderância do interesse de recuperar ou evitar novos danos, em detrimento da necessidade de comprovar, objetivamente, o preenchimento dos vetustos requisitos da responsabilidade civil.

José Jairo Gomes (2005, p. 294) bem resume o estado da responsabilidade civil com o reconhecimento da importância da solidariedade, deixando de ser prioridade máxima a análise

dos aspectos econômicos eventualmente decorrentes do evento danoso. Deve-se, ao contrário, priorizar o aprimoramento dos comportamentos individuais e coletivos na sociedade, de modo que a responsabilidade civil atue com vistas ao incremento de comportamentos positivos e saudáveis para a vida em comunidade.

A título de curiosidade, impende destacar que é com base no princípio da solidariedade que estudiosos contemporâneos da responsabilidade civil têm defendido a possibilidade, em determinados casos, de transferência do dever de indenizar para um ator jurídico sobre o qual esteja comprovada a inexistência de nexo causal entre atividade e dano. A justificativa funda-se na percepção do risco agravado entre uma atividade e o dano, ainda que sem nexo causal, bem como por uma suposição de que cabe ao agente de determinada atividade a função de segurador geral por todos os danos de determinado setor, ainda que o dano específico não se relacione com o agente chamado a indenizar. É, de fato, uma virada de Copérnico nas premissas da responsabilidade civil.

No que se refere à tutela coletiva dos consumidores, verifica-se que há absoluta compatibilidade entre o princípio da solidariedade e as finalidades da responsabilidade civil para a defesa dos direitos transindividuais. Nos termos delineados no capítulo inaugural, os danos ensejadores de danos extrapatrimoniais coletivos, por exemplo, atingem frontalmente a ideia de solidariedade social e de preservação dos bens imateriais da coletividade. De mais a mais, há disposição constitucional expressa que se soma à dignidade, ao dever de reparação integral e à prevenção, de sorte a formar um sólido arcabouço em favor da comunidade conjuntamente considerada.

### **3.3.3 Princípio da reparação integral**

A reparação integral compõe o rol de princípios da responsabilidade civil cumprindo papel extremamente relevante, inclusive sendo considerada a finalidade precípua de todo o sistema de responsabilidade civil. Como se extrai da nomenclatura, o objeto do princípio é a garantia de que ao ofendido será restituído o estado anterior ao dano, ou o equivalente capaz de compensar a ofensa. É este o princípio que fundamenta a ingerência na esfera patrimonial das partes, a fim de buscar ver concretizada, na maior medida possível, a “neutralização” dos efeitos do dano verificado.

À exceção dos danos exclusivamente pecuniários, é consabido que dificilmente a indenização é capaz, de fato, de restabelecer, na íntegra, o contexto anterior ao dano. Por isso, o próprio Código Civil estabelece critérios para a quantificação do dano com vistas à reparação,

a citar o art. 944: “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Extrai-se, da leitura do dispositivo, um dimensionamento da indenização, sem que se possa vislumbrar, em momento inicial, a indenização que extrapole a reparação, cujo caráter seria eminentemente punitivo.

A reparação integral, em tese, não está restrita aos danos materiais, abrangendo também os danos extrapatrimoniais, sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos, independentemente de sua natureza. Contudo, dada a natureza dos danos extrapatrimoniais, a delimitação da extensão torna-se dificultosa, essencialmente nos danos coletivos e difusos.

Em uma escala de preferência, deve a reparação ser feita *in natura*, ou seja, restituindo de fato o bem jurídico ofendido. Sendo excessivamente oneroso ao ofensor, ou mesmo inviável do ponto de vista prático (como na maioria dos danos extrapatrimoniais), poderá o ofensor indenizar a violação por quantia equivalente em pecúnia, nos termos do art. 947 do Código Civil.

Considerada a abrangência da reparação integral, que não se restringe ao indivíduo unitariamente considerado, é de se afirmar que os danos perpetrados em face da coletividade devem também ser reparados, demandando soluções jurídicas mais complexas a fim de garantir, com maior margem possível, a reparação integral. Inclusive, é com base no princípio da reparação integral que os danos ambientais, por exemplo, costumam apresentar sentenças condenatórias que cumulam obrigações de naturezas distintas. Não raro, degradadores são condenados a realizar a recuperação ambiental de área degradada e, além disso, de indenizar os inequívocos danos extrapatrimoniais coletivos decorrentes da agressão ao meio ambiente, cujos deletérios efeitos são sentidos pela sociedade.

A temática, por ser reiteradamente debatida, converteu-se em Súmula no Superior Tribunal de Justiça, sob n. 629: “Quanto ao dano ambiental, é admitida a condenação do réu à obrigação de fazer ou à de não fazer cumulada com a de indenizar”. Abaixo segue ementa de um dos casos paradigmáticos originários da Súmula acima transcrita. Trata-se do REsp. 1.669.185/RS, julgado em 05/09/2017, com relatoria do Ministro Herman Benjamin:

AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. CUMULAÇÃO DE AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM INDENIZAÇÃO. POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO TOTAL DA ÁREA DEGRADADA. PEDIDO INDENIZATÓRIO DEFERIDO. PRINCÍPIOS DA REPARAÇÃO INTEGRAL, DO POLUIDOR-PAGADOR E DO USUÁRIO-PAGADOR. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (REPARAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA) COM A DE PAGAR QUANTIA CERTA (INDENIZAÇÃO). REDUCTIO AD PRISTINUM STATUM. DANO AMBIENTAL INTERMEDIÁRIO, RESIDUAL E MORAL COLETIVO. ART. 5º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL.

INTERPRETAÇÃO IN DUBIO PRO NATURA DA NORMA AMBIENTAL. REVISÃO DE POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL A QUO. 1. Cuida-se de inconformismo com a decisão do Tribunal de origem que condenou os réus à reparação da área degradada e entendeu incabível o pedido de condená-los ao pagamento de indenização pecuniária porque seria possível a reconstituição da área devastada. 2. De antemão, no que concerne à alegação de nulidade recursal trazida pelo IBAMA, constata-se que não se configura a ofensa ao art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, como lhe foi apresentada. 3. A jurisprudência do STJ está firmada no sentido da viabilidade, no âmbito da Lei 7.347/85 e da Lei 6.938/81, de cumulação de obrigações de fazer, de não fazer e de indenizar (REsp 1.145.083/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 4.9.2012; REsp 1.178.294/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10.9.2010; AgRg nos EDcl no Ag 1.156.486/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 27.4.2011; REsp 1.120.117/AC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 19.11.2009; REsp 1.090.968/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 3.8.2010; REsp 605.323/MG, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 17.10.2005; REsp 625.249/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 31.8.2006, entre outros). 4. Recursos Especiais do IBAMA e do MPF aos quais se dá parcial provimento para reconhecer a possibilidade, em tese, de cumulação de indenização pecuniária com as obrigações de fazer e de não fazer voltadas à recomposição in natura do bem lesado, com a devolução dos autos ao Tribunal a quo para que verifique se, na hipótese, há dano indenizável e fixe eventual quantum debeatur.

Quanto ao tema, é importante mencionar uma relevante discussão no que se refere ao dano moral coletivo e a suposta função reparatória. Encontram-se precedentes do Superior Tribunal de Justiça que consideram que o dano moral coletivo não se submete aos limites do art. 944 do Código Civil, eis que o instituto de tutela da coletividade não se confunde com o somatório das violações extrapatrimoniais singulares. Desse modo, verifica-se que a quantificação da condenação, no ordenamento jurídico, não se mostra como um impeditivo à adoção de medidas indenizatórias de viés preventivo e sancionatório, especialmente quando estes danos são impostos à coletividade.

Isto porque, conforme se verá a seguir, o dano moral coletivo apresenta a especificidade de valorizar as funções preventiva e punitiva da responsabilidade civil. Além disso, em diversos casos, deve o dano moral coletivo servir como uma barreira ao enriquecimento ilícito do ofensor. É este o entendimento exposto nos autos do REsp n. 1.737.412/SE, com relatoria da ministra Nancy Andrighi, em julgamento realizado em 05/02/2019, cujo objeto foi o tempo de atendimento presencial em agências bancárias, inclusive para pessoas com dificuldades de locomoção. A aplicação dos princípios e das funções da responsabilidade civil ao dano moral coletivo, tema que compõe o cerne da pesquisa, será melhor abordado nos próximos tópicos.

Em retorno à reparação integral, Paulo de Tarso Sanseverino (2010, p. 56), em estudo detalhado a respeito do mencionado princípio registra que o fundamento está justamente na noção de justiça corretiva desenvolvida por Aristóteles. Após, o São Tomás de Aquino desenvolveu a noção de justiça comutativa, que também fundamenta a necessidade de garantir a reparação integral dos danos observados, conforme abordado alhures (2010, p. 56).

O Código Civil de 2002, idealizado por Miguel Reale, aderiu ao ideal comutativo, pautado no valor da eticidade. Portanto, o sistema de responsabilidade jurídico deveria garantir a reparação da totalidade do dano, a vedação do enriquecimento sem causa e a adequada avaliação dos efetivos prejuízos sofridos pela vítima.

No prefácio da obra acima referenciada, redigida por Paulo de Tarso Sanseverino (2010, p. 5), Judith Martins-Costa faz importante contributo a respeito do relevo do princípio da reparação integral, eis que este representa a base em que se articula a responsabilidade civil. Por isso, o princípio apresenta não apenas um valor sistemático, como também um importante valor dogmático ordenador. A reparação integral é uma das razões de ser do próprio sistema, apresentando-se como característica principal na esmagadora maioria dos ordenamentos jurídicos. Nesse contexto que a equivalência entre o dano e a indenização é uma das medidas de justiça, ainda que diversas variáveis possam apresentar modulações práticas na aplicação das condenações.

Não por outro motivo, o princípio surge como base “lógica” do sistema, além de servir como baliza para a fundamentação e a quantificação de condenações no âmbito da reparação dos danos. A mensuração dos danos materiais não apresenta grandes dificuldades, haja vista a viabilidade de atribuir valores aos bens violados sem maiores controvérsias ou discordâncias.

Por outro lado, nos danos extrapatrimoniais existe uma barreira a ser transposta a cada um que clama por uma compensação pecuniária. Dentre as dificuldades, a própria resistência a compensar pecuniariamente os danos imateriais, com base na crítica de que se estaria reduzindo questões existenciais à lógica econômica. Para os críticos, seria preferível a condenação com base em tutelas específicas, de modo a despatrimonializar os danos extrapatrimoniais.

Contudo, a reparação integral, *in natura*, dos direitos imateriais violados é inviável em parte significativa dos casos, de forma que o ordenamento encontrou, como saída, a compensação pecuniária. Não se restabelece o *status quo ante* em termos práticos, mas ao menos a vítima pode se sentir, de alguma maneira, reconfortada; o ofensor, por sua vez, sofrerá repercussão patrimonial com base na obrigação de compensar a vítima.

Do exposto, conclui-se que o princípio da reparação integral, assim como todos os princípios, costuma sofrer tensões quando confrontado com os demais vetores aplicáveis à

responsabilidade civil. Este confronto entre princípios é exacerbado nos casos em que se pretende ver a preponderância da função preventiva e punitiva, com vistas à concretização da finalidade promocional do sistema jurídico em questão.

Certo, portanto, que à vítima deve ser garantida a viabilidade de reparação total do dano a si causado. No campo consumerista, o art. 6, VI, do Código de Defesa do Consumidor, estabelece que é um direito básico do consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos. Ou seja, para além de positivar o princípio da reparação total, o subsistema de consumo pretende garantir a efetiva prevenção de novos danos por meio da responsabilidade civil.

Há, nesse sentido, uma vontade manifestada que vai além da pura reparação integral do dano, haja vista que a responsabilidade busca ser instrumento de garantia contra riscos e novos danos, com um viés ético e moral capaz de promover e incentivar comportamentos virtuosos por parte dos atores econômicos. Pretende-se, com isso, que os cidadãos e instituições atuem orientados por uma prudência preventiva, em um estado de vigilância, atenção e zelo nas condutas e no desenvolvimento de suas atividades (NADER, 2018, p. 33)

### **3.3.4 Princípio da prevenção**

Conforme demonstrado, a responsabilidade civil apresenta não apenas um condão reparatório, visando igualmente a melhoria de comportamentos e atos, individuais e coletivos, diante das comunidades e seus integrantes. Nesse contexto, imperioso introduzir o princípio da prevenção, tido como cerne da responsabilidade civil contemporânea por buscar garantir maior efetividade às normas de direito material, especialmente em face da complexidade inerente aos danos decorrentes das atividades da contemporaneidade.

O histórico da responsabilidade civil apresentado anteriormente deixa evidente que houve um movimento pendular que variava a prioridade do sistema entre a punição e a reparação. Indubitavelmente, ao menos nos últimos dois séculos, a reparação reinou prevalente. Não obstante, em uma releitura da máxima *neminem laedere*, evitar um dano passou a ser compreendido como o maior desafio da responsabilidade civil nos tempos atuais.

Em suma, e sem olvidar a função reparatória, a responsabilidade civil tem o dever ético, moral e normativo de se prestar a um papel preventivo relevante. A ascensão do mencionado valor enquanto princípio da responsabilidade civil pode e deve gerar, como se pretende demonstrar, uma relevante mudança na forma de pensar o ordenamento jurídico. O objetivo da



mudança é viabilizar a melhoria das relações sociais e interpessoais, sem que a perpetração de ilícitos seja mantida com base em um indesejável cálculo de custos e benefícios.

Tal inquietação é justificada pelo fato de que um sistema tão somente reativo deixa de desencorajar determinadas condutas potencialmente lesivas a outros indivíduos ou mesmo à coletividade. Pior, a restrição da responsabilidade civil à reparação pode, inclusive, incentivar condutas violadoras de direitos essenciais, como se extrai do fenômeno da ilicitude lucrativa. Com base nisso, é possível verificar um fortalecimento da tentativa de retorno à responsabilidade civil que tempere a aplicação de um viés sancionatório quando da violação de determinados direitos fundamentais, desde que a indenização resultante seja eficiente para a medida de dissuadir a prática de novos atos lesivos.

Para a jurista francesa Suzanne Carval (2005, p. 2), a responsabilidade civil deve direcionar a sanção àqueles que violem as prescrições impostas pelo ordenamento jurídico. A autora defende ser inegável que a responsabilidade civil é um instrumento de direcionamento de condutas humanas e manutenção da organização social, convertendo-se em favor do interesse geral.

Não se discute que a responsabilidade civil é porosa e dúctil, características que a tornam absolutamente suscetível a mudanças de acordo com as demandas sociais, sem olvidar a influência dos aportes econômicos. Naturalmente, como a maioria dos campos do direito, a construção não é linear, permitindo a reflexão e a revisitação de pontos de vista outrora considerados superados, desde que haja uma determinação ética advinda da coletividade.

Na contemporaneidade, a exposição aos riscos tecnológicos e a complexidade dos danos observados são fatores que catalisam esta necessidade de reflexão a respeito da responsabilidade civil, possibilitando a reestruturação das funções do sistema, em atenção às demandas sociais. Inclusive, é com base nessas características que a tutela inibitória foi concebida e garantiu sua plena aceitabilidade, a ter em conta seu potencial positivo de prevenir ilícitos ou até lícitos com considerável grau de risco antes mesmo que o dano se concretize.

No contexto da sociedade de risco e de hiperconsumo, condutas positivas devem ser induzidas. Por outro lado, aos ofensores e potenciais ofensores devem ser oferecidos incentivos para a adoção de medidas de segurança, por exemplo. Neste sentido estão posicionadas não apenas as medidas decorrentes da própria tutela inibitória, cujo objetivo é evitar ou paralisar um ato potencialmente danoso, como também a quantificação das condenações dos danos já concretizados. A noção de desestímulo aos comportamentos potencialmente danosos representa a aplicação de uma visão ética e moral aplicada à responsabilidade civil.

O princípio da prevenção se mostra ainda mais essencial se observada a lição de Francesco Galgano (2010, p. 245-249) a respeito da nova *lex mercatoria*. Segundo o estudioso italiano, a norma de mercado não se funda mais em documentos legislativos, mas sim da própria técnica contratual. Ou seja, um contrato unilateralmente elaborado por fornecedores acabou por assumir posição de lei na função de organizar a sociedade. No contexto econômico contemporâneo, constata-se que as instituições promovem auto-organização. Como efeito, percebe-se que as companhias se preocupam com os resultados numéricos a serem apresentados a seus dirigentes e/ou acionistas, e não com a tutela dos direitos individuais e transindividuais.

Não se pretende negar a importância dos mercados para a reflexão e criação de políticas públicas, no entanto, não se pode admitir a participação impositiva de atores econômicos na formulação de soluções jurídicas para as questões diretamente relacionadas à tutela dos sujeitos deficitários. Cuida-se de inafastável conflito de interesses, que deve ser evitado e combatido. Para tanto, busca-se isolar a pretensão dos mercados de substituírem-se na figura do Poder Legislativo, haja vista a nocividade que tal substituição vem causando em direitos fundamentais, como o ambiental e o consumerista (FARIAS, NETTO; ROSENVALD, 2017, p. 51-52).

No século XX, a teoria objetiva representou um avanço substancial na tutela de determinados valores jurídicos em voga para as sociedades, com forte tendência igualitária e permissiva de uma intervenção sobre o mercado, observado o objetivo de resguardar aqueles que estejam expostos a danos. Por sua vez, o princípio da prevenção, remete o ordenamento jurídico a uma concepção de justiça aristotélica, pautada na virtude e na necessidade de introdução, pelo sistema, de parâmetros de comportamentos considerados aceitáveis e desejáveis, de observância generalizada pelos atores econômicos.

Em síntese elogiável, Farias, Netto e Rosenvald (2017, p. 52) lecionam que a teoria objetiva, embora tenha sido – e continue sendo - essencial para o período de seu surgimento e para a contemporaneidade, apresenta uma neutralidade que não se mostra eficaz para solucionar as questões advindas da complexidade percebida na pós-modernidade. Isto porque a intersubjetividade típica do modelo de responsabilidade civil clássica não mais representa a recorrência das relações jurídicas. E, especialmente, os danos decorrentes das novas relações econômicas são de origem desconhecida, com efeitos transfronteiriços e atingem um número indeterminado de pessoas, inclusive das futuras gerações.

A origem do princípio se deu no âmbito do direito ambiental, já que diversos dos danos observados naquela seara jamais eram reparados em sua completude. Por vezes, os efeitos do

dano ambiental nem sequer são amenizados. Exemplificativamente, percebe-se que a extinção de um determinado bioma é, ao menos com a tecnologia existente, irreversível.

Morato Leite e Ayala (2020, p. 94), ao abordarem o dano ambiental, definem a incontroversa existência de ofensa ao direito fundamental que todos possuem de gozar e valer-se do meio ambiente equilibrado. Para além disso, o dano pode afetar direta ou indiretamente a saúde e a vida em comunidade. Não é diferente com a tutela da coletividade dos consumidores, em que é necessária a adoção de todas as medidas possíveis e capazes de prevenir a ocorrência de danos.

Cumpre, no ponto, mencionar a existência de distinções teóricas entre a prevenção e a precaução. A prevenção se destina a evitar a ocorrência de consequências conhecidas para determinados atos, ou seja, o nexo causal entre conduta e resultado esperado já é conhecido, de modo a decorrer da lógica. Por outro lado, a precaução pretende evitar consequências desconhecidas decorrentes de condutas determinadas, de sorte que quanto à precaução há uma necessária incerteza científica inerente.

Em continuidade, há que consolidar o conteúdo cautelar do princípio da prevenção, que se dirige pela ciência e pela detenção de informações pretéritas, certas e precisas, a respeito da periculosidade e os riscos de condutas determinadas. É de se mencionar que estão abrangidas, no escopo do princípio da prevenção, não apenas comportamentos regulares, como também práticas mercadológicas, inovadoras ou arraigadas. A situação de verossimilhança do potencial lesivo fundamenta uma atuação sólida e efetiva de controle, pautada na necessária prevenção (LEITE; AYALA, 2020, p. 226).

Assim que a remediação do dano apenas pela indenização ou compensação é insuficiente para uma gama relevante de direitos que atinge os direitos transindividuais. A postura proativa em torno de uma mudança efetiva de comportamento dos atores econômicos não mais se relaciona apenas com o direito ambiental, mas com todas as áreas em que se observe a possibilidade de que condutas ilícitas sejam incentivadas pelos retornos econômicos advindos da conduta do ofensor.

Em suma, não se afasta a necessidade de compensar danos já concretizados, mas se exige uma postura ativa do sistema jurídico para que os ofensores não obtenham qualquer tipo de vantagem decorrente do ilícito, de modo que haja um incisivo desincentivo à recorrência de condutas já censuradas pelo sistema de responsabilidade civil. Vislumbra-se, na contemporaneidade, a prevenção como forma capaz de garantir a efetiva tutela dos direitos transindividuais dos consumidores.

Defende-se, nesse contexto, a observância atenta ao princípio da prevenção, considerando a sua potencialidade de garantir um olhar ético no sentido de incentivar a adoção de medidas desejáveis em prol da coletividade. Repensar a responsabilidade civil não é uma atividade de cunho acadêmico, mas um chamado social decorrente de uma nova realidade que se impôs, especialmente com as exigências sociais da contemporaneidade. Se no passado a responsabilidade já teve o objetivo de punir, na modernidade converteu-se o seu objeto em reparar danos injustos. Mais recentemente, contudo, à vista da complexidade dos dias atuais, o sistema de responsabilidade está se voltando para um momento anterior, qual seja, a prevenção dos ilícitos e dos danos

Seguramente, o ordenamento jurídico deve oferecer à responsabilidade civil os instrumentos consubstanciados em normas, tanto de direito material quanto de direito processual, capazes de concretizar a essência preventiva aqui delineada. Deve-se, para isso, evitar a neutralidade irrefletida diante de valores tão caros à sociedade hodierna, com especial atenção às funções da responsabilidade civil.

### **3.4 Funções da responsabilidade civil**

Como demonstrado nos tópicos precedentes, os princípios apresentam-se como vetores organizacionais de um sistema de ideias e pensamentos, apresentando normatividade própria, ainda que não estejam positivados em um determinado ordenamento jurídico. Ou seja, os princípios funcionam como fundamento de um determinado sistema jurídico, de forma a instruir o legislador, o intérprete e, em última instância, o cidadão, sobre como aplicar as normas.

Ao passo que os princípios apresentam normatividade própria e servem como guias, por exemplo, para que legisladores editem regras que estejam em consonância com o “espírito” da matéria, as funções da responsabilidade civil estão mais atreladas aos objetivos mais imediatos, com foco na aplicação prática dos institutos à vista dos efeitos que o sistema deve ver impostos na sociedade.

De certa forma, portanto, as funções da responsabilidade civil se ligam aos princípios, de modo que as funções buscam instrumentalizar a normatividade inerente aos princípios. No campo da responsabilidade civil, as funções são muito utilizadas pela doutrina e pela jurisprudência, essencialmente como fundamentos e alicerces para o convencimento a respeito das teorias em discussão.

Dada a relevância social da responsabilidade civil, especialmente com a plasticidade e ductibilidade que lhe são características, há uma discussão histórica e recorrente a respeito das

funções atreladas aos usos dos institutos do sistema. As funções da responsabilidade civil, em conta de sua natureza, não são definitivas e podem apresentar certas variações. Aliás, em elogiável movimento, os estudiosos têm deixado de centralizar suas pesquisas tão somente nos pressupostos da responsabilidade civil (ilicitude, nexos de causalidade e dano) para privilegiar os objetivos do sistema enquanto tal.

Não há dúvida que a responsabilidade civil é multifuncional, adaptável às necessidades de uma determinada sociedade em um período histórico. Contudo, a certeza quanto à multifuncionalidade não se repete quando o tema é a delimitação de quais são as funções do sistema de responsabilidade civil, haja vista a variação interpretativa decorrente dos princípios. Por este motivo, abordar as funções da responsabilidade civil apresenta-se como uma tarefa árdua, com potencial de que se observe rápida obsolescência quanto às conclusões obtidas.

Para a pesquisa que se apresenta, levou-se em conta a intenção de estudar a responsabilidade civil aplicada aos danos extrapatrimoniais coletivos, cujas características demonstram a sua especificidade e a sua natureza distinta das modalidades de danos previstas nos oitocentos. Assim sendo, alerta-se, antecipadamente, que o leitor deve analisar as possíveis mudanças de racionalidade no sistema de responsabilidade civil, a fim de evitar o enfrentamento de descompassos entre as funções ora apresentadas e as funções efetivamente em voga.

Contextualizada a análise que será detalhada a seguir, considerar-se-á, na pós-modernidade, as seguintes funções atribuídas à responsabilidade civil: a) reparatória; b) punitiva-pedagógica; c) preventiva/precaucional. Menciona-se, desde logo, que as funções atuam de forma coordenada e não se anulam, ainda que se reconheça a autonomia teórica de cada uma. Desta sorte, as intersecções entre as funções variam e são moduladas de acordo com o bem jurídico tutelado, a forma de perpetração do ilícito, a gravidade da conduta ou mesmo os efeitos do dano.

Pretende-se, com a análise, complementar a teoria dos princípios da responsabilidade civil, com o objetivo de fundamentar não só a aplicação prática do dano moral coletivo, como justificar os seus critérios e métodos de quantificação. Por fim, pretende-se ver o cumprimento das funções da responsabilidade civil, orientado pela estrita observância dos princípios do sistema.

### **3.4.1 Função reparatória**

A função reparatória, como exposto alhures no tópico do princípio da reparação integral, acaba se confundindo com a própria história do sistema de responsabilidade civil, haja vista o

seu protagonismo em variados lapsos temporais, inclusive os mais recentes. A função reparatória, isoladamente, pode ser vista como um reflexo liberal da neutralidade e objetividade do sistema jurídico. A responsabilidade civil com a aplicação da função reparatória não apresenta a pretensão de se tornar instrumento de censura de condutas ilícitas.

Pelo contrário, a mencionada função busca reequilibrar a situação jurídica ocasionada pelo dano, disciplinando a alocação dos recursos de modo que a vítima possa, na maior medida possível, ver-se igualada – em termos patrimoniais e extrapatrimoniais –, ao momento anterior ao ilícito. Por isso, a função reparatória acaba refletindo, como corolário, os próprios fundamentos do princípio homônimo que a confere normatividade.

Por ser uma função consolidada historicamente, não soa como novidade afirmar que a reparação nada mais é do que uma forma de limitar comportamentos ilícitos. Não sendo possível tolerar todo e qualquer comportamento em um Estado de Direito, a reparação pelos danos ocorridos funciona como uma verdadeira demarcação das liberdades individuais.

A lógica clássica da responsabilidade civil, de viés marcadamente liberal, demonstra que a consequência negativa de um ilícito qualificado por um dano decorrente seria o dever de ressarcir. Isto porque o que estava no centro do sistema, à época, era o dano. De forma que a aplicação prática da função reparatória teria o condão de restabelecer o equilíbrio entre as partes envolvidas, tanto no âmbito econômico quanto no âmbito jurídico.

O artigo 927 do Código Civil torna evidente que a base da resposta originada na responsabilidade civil necessariamente passa pela responsabilização daquele que perpetra um dano a outrem, exurgindo o dever de repará-lo. Trata-se de cláusula geral, adaptável às mudanças da própria sociedade, inspirada no já mencionado dever *neminem laedere*.

Justamente por isso, a função reparatória é percebida não apenas nas violações relacionada ao patrimônio, mas também àquelas que se relacionam com as questões existenciais dos sujeitos, notadamente quanto ao valor da dignidade humana. Igualmente, a reparação é percebida por meio da determinação de tutelas específicas, cujo efeito é a recuperação de uma situação previamente existente, turbada por um ilícito. Ou seja, para além das reparações pecuniárias, as obrigações de demolir construções irregulares, de retirar um determinado produto de circulação, de recuperação de áreas degradadas, de restabelecimento de contratos de consumo mais vantajosos aos consumidores, também são formas de concretizar a função reparatória.

No âmbito do direito comparado, cumpre trazer à baila o direito italiano, em que a função reparatória é instrumentalizada de três formas: a) restituitória; b) ressarcitória; c) satisfativa.

Na primeira, objetiva-se o retorno ao *status quo ante*, já que as partes devem se encontrar como se o dano nunca tivesse existido, tendo vocação para priorizar as obrigações *in natura*; na segunda, o foco volta-se para a compensação de um prejuízo que, no mais das vezes, apresenta aspecto econômico. A tutela ressarcitória apresenta-se como subsidiária da tutela restitutória, podendo ser complementar nas hipóteses em que a restituição não ocorra na mesma extensão do dano. Por fim, a tutela satisfativa aplica-se nos casos em que a restauração não é uma opção, representada pelos casos em que uma das partes de um contrato deixa de cumprir com uma obrigação de fazer. Assim, necessita-se que haja uma substituição da vontade do inadimplente, fazendo com que o ofendido perceba, de fato, o efeito da obrigação como se cumprida estivesse (MAZZAMUTO; CASTRONOVO, 2009, p. 768).

Em suma, a função reparatória pretende, após a imputação de responsabilidade do ofensor por um dano causado, que a situação das partes envolvidas represente uma soma zero. A percepção material deve ser, após aplicada a responsabilidade civil, de que o dano jamais existiu. Contudo, a pretensão da função reparatória é criticada por planificar um emaranhado de relações patrimoniais e extrapatrimoniais que exacerba a complexidade inerente às relações sociais.

Nesse contexto, importa considerar os ensinamentos da jurista italiana Anna Genovese (2007, p. 223), para quem o ressarcimento puro pode substituir em uma determinada curva de indiferença a utilidade patrimonial perdida pela vítima, desconsiderando a dificuldade de, efetivamente, garantir o retorno ao *status quo ante*, por operar uma parcial compensação de caráter intersubjetivo.

Portanto, mais do que a impossibilidade de reparar imediata e efetivamente, a função reparatória sofre outra crítica que vai além da relação entre as partes envolvidas no conflito. Vincenzo Roppo (2010, p. 585) registra em seus estudos uma censura à função compensatória que se baseia no foco intersubjetivo de seu objetivo. Ou seja, a função reparatória não tem o objetivo de impactar a sociedade, mas tão somente os indivíduos relacionados pelo dano.

Di Majo (2019, p. 194), em complemento, arremata que a função reparatória pode sim consertar os efeitos de determinados comportamentos ilícitos, mas não se presta para a finalidade de viabilizar a restauração do ordenamento jurídico ofendido. Adiciona-se que a função reparatória é coadjuvante no âmbito dos danos extrapatrimoniais coletivos, dada a sua natureza, cuja reparação é insuficiente para compensar os danos percebidos e, menos ainda, para reparar o próprio ordenamento violado.

Em outras palavras, há satisfação quanto ao aspecto material, mas a aplicação do sistema de responsabilidade civil pautada tão somente no fundamento da reparação acaba por deixar

alijado o alicerce ético do ordenamento jurídico. Inclusive, a aplicação pura da função reparatória não teria como subsistir em um sistema jurídico que tenha por finalidade a pacificação social. Isto porque o fundamento meramente reparatório não possibilitaria a existência de tutelas necessárias à prevenção de ilícitos e de danos, com a efetiva alteração de comportamento dos atores econômicos envolvidos.

Sem a possibilidade de tutelar e garantir que os bens jurídicos sejam protegidos, mesmo antes da concretização do evento-dano, o ordenamento jurídico chancela as violações aos direitos reconhecidos mediante o pagamento de um “preço”, que seria a própria reparação, quantificada na exata extensão do dano. Pior, ausente a certeza de que eventual dano será perquirido, parte dos atores econômicos realiza cálculos dos proveitos econômicos a serem obtidos com uma determinada prática que ofenda direitos transindividuais. É o fenômeno da ilicitude lucrativa, que não é combatível por meio da mera reparação, como se verá adiante.

Não há como conceber um sistema de responsabilidade civil que apresente tal racionalidade nas bases da CRFB/1988, que estabeleceu como fundamentos da própria República a solidariedade e a dignidade da pessoa humana. Mais que isso, a prevenção está consubstanciada normativamente no âmbito da tutela coletiva, o que exige uma atuação diferenciada da responsabilidade civil. Conforme cediço, a norma superior vincula todo sistema normativo, de modo que necessariamente devem ser instrumentalizados institutos capazes de garantir os valores que alicerçam a República brasileira.

Inviável, do exposto, reconhecer a função reparatória como única na responsabilidade civil ou como protagonista no âmbito da tutela coletiva, notadamente em relação aos direitos transindividuais. A coordenação entre as funções é essencial para que os objetivos da República e, por via de consequência, do ordenamento jurídico e do sistema de responsabilidade civil sejam atingidos. Para tanto, passa-se a analisar a função punitiva da responsabilidade civil, objeto de críticas próprias, muito embora sirva como complemento que esvazia parte das objeções direcionadas à função ora exposta.

### **3.4.2 Função punitiva**

Como delineado ao longo deste capítulo, verifica-se que parte significativa dos ordenamentos jurídicos, embora seja construída com a enunciada socialidade da responsabilidade civil, acaba por priorizar, de forma absoluta, a função reparatória. É, também, o caso do sistema brasileiro.



Farias, Netto e Rosenvald (2017, p. 65) lecionam que uma das formas em que é possível perceber a mudança entre o Estado Liberal e o Estado Constitucional é o momento em que as sanções punitivas civis passaram a ser admitidas. A função reparatória atende a uma estrutura de ordenamento que codifica leis supostamente neutras, ocultando a sua natureza liberal sob o manto da “objetividade”. Com a reparação pura, admite-se que o sistema trabalha tão somente para recuperar o equilíbrio econômico, ou seja, assegura uma imunidade do mercado enquanto mandante da racionalidade aplicada.

Ultrapassado o paradigma clássico do Estado Liberal, o sistema jurídico passou a ser pressionado por transformações sociais que elevaram os interesses dos trabalhadores, dos consumidores, do meio ambiente e dos titulares de outros direitos outrora inferiorizados em face do capital. E, paulatinamente, os legisladores foram cedendo às justas demandas sociais que buscavam, por meio da normatividade, equiparar as posições jurídicas dos detentores de exacerbado poder político e econômico com o restante da sociedade, reconhecendo a inviabilidade da igualdade formal entre ocupantes de posições distintas em uma estrutura social altamente complexa.

Naturalmente, conciliar interesses diametralmente opostos não se converteu em tarefa simples. Por vias transversas, o sistema jurídico passou a operar uma regulação indireta de condutas. Por este motivo, a proposição de aplicação de penas civis teria o condão de conciliar liberdades, deveres e padrões mínimos de conduta, sempre observada a equidade.

Indubitavelmente, e aqui cabe o reconhecimento, o paradigma reparatório predomina a aplicação dos institutos de responsabilidade civil. Mesmo na academia, reina absoluto enquanto “função principal”. De resto, é perceptível que as demais funções da responsabilidade civil se apresentam como forma de organizar atividades econômicas e impor limites aos anseios indesejáveis dos atores econômicos, especialmente quanto à sanha de obtenção de proveito econômico advindo de práticas social e juridicamente reprováveis.

Não por outro motivo que a responsabilidade civil é considerada um custo inerente às atividades, induzindo um regulamento “espontâneo” das atividades (MONATERI, 2006, p. 21). Contudo, mesmo se considerada como custo de uma determinada atividade, quando aplicada apenas em seu viés reparatório, a responsabilidade civil tem um efeito inibitório altamente limitado, atingindo, no máximo, o ofensor condenado.

A responsabilidade objetiva alterou consideravelmente o escopo de proteção dos sujeitos mais fragilizados de um determinado ordenamento, impondo o dever de indenizar não apenas aos que causaram diretamente o dano, mas também sobre pessoas diversas, como os responsáveis pelos ofensores ou aqueles que desempenham atividades de risco, com potencial

de produção de danos. Certamente, esta socialização da responsabilidade surtiu efeitos positivos no que se refere à indenização das vítimas, mas não obteve o mesmo sucesso no estímulo aos potenciais ofensores quanto ao aprimoramento do desempenho de suas atividades, com foco na segurança e na prevenção, haja vista que a culpa passou a ser irrelevante.

Mesmo diante do contexto de objetivação da responsabilidade civil, em que não se pretende perquirir a culpa do agente ofensor, o sistema não ignorou por completo os fatores subjetivos. Isto porque, além da culpa, outros elementos foram lentamente sendo reincluídos como relevantes para a finalidade de aferir e quantificar a responsabilidade do agente pelo dano causado, como o seu poderio econômico, a reprovabilidade da conduta e até mesmo os ganhos ilícitos. Estes aspectos apresentam tímida ligação com o direito penal, e se relacionam com vieses punitivos e preventivos de condutas reprováveis.

Incontroverso é que a função reparatória, isoladamente, não atinge a complexidade do ilícito civil. Demanda-se, assim, que outros mecanismos sejam invocados a fim de garantir a efetiva tutela dos direitos enunciados pela CRFB/1988 e pelas normas infraconstitucionais, de modo autônomo.

Nesse sentido, Giovanni Facci (2004, p. 13) assevera que a responsabilidade civil deve apresentar uma capacidade de controle social, especialmente em face de atividades potencialmente lesivas, em coordenação ou substituição aos instrumentos existentes nas esferas administrativas e penais. A ideia é que, além da reparação direta ao ofendido, fique o ofensor desestimulado a reiterar a sua conduta, em atenção à natureza do direito tutelado, como é o caso do direito ambiental, do direito do consumidor e do direito do idoso.

Em análise que merece reprodução, Farias, Netto e Rosenvald contextualizam a responsabilidade civil diante das demandas da contemporaneidade (2017, p. 69):

Hoje, os conflitos sociais ultrapassam a esfera individual para alcançar grupos e coletividade. Isso implica não apenas alteração dos pressupostos da responsabilidade civil (objetivação), como a discussão de seu próprio papel. Em uma análise fria, encontra-se pouco comentada faceta na tendencial objetivação da reparação de danos. Ao se abolir qualquer discussão sobre a ilicitude do ato, ou a valoração da culpa do ofensor, em prol de um critério pautado exclusivamente nonexo causal entre a atividade do agente e o dano, a responsabilidade civil se exime de uma função de desestímulo de comportamentos nocivos e de prevenção de ilícitos, pois a diligência do potencial causador do dano – ou o seu esforço na redução das margens de risco – não terá qualquer impacto seja na afirmação da obrigação de indenizar, como no montante da condenação.

Ou seja, o retorno da defesa da aplicação da função punitiva no âmbito da responsabilidade civil representa mais uma movimentação do pêndulo entre as funções reparatória e punitiva. Neste momento, portanto, há uma sensação de insuficiência da tutela reparatória que culmina em uma demanda pela aplicação marcadamente punitiva dos institutos da responsabilidade civil.

O objetivo, por suposto, é o de garantir, em concreto, que sejam refutados por completo os atos que são considerados inaceitáveis para o adequado desenvolvimento das relações sociais. Em suma, a função punitiva seria um meio de garantir uma reação significativa do ordenamento jurídico em face de condutas graves que geram danos relevantes a terceiros.

A aplicação de uma função punitiva no campo da responsabilidade civil está ligada ao interesse público ínsito ao bem jurídico tutelado. Não são raros os casos recorrentes nos Tribunais em que se verifica a atribuição de uma função dúplice da responsabilidade civil, com a reparação e a punição. Contudo, há que se reconhecer o paradoxo técnico inerente à aplicação predominante da função punitiva no sistema brasileiro.

Verifica-se, na prática, a intenção de parte dos juristas em ver a função punitiva aplicada como nos *punitive damages* estadunidenses, sem que haja uma mínima reflexão a respeito das restrições impostas pelo ordenamento jurídico brasileiro e a própria incompatibilidade dos institutos de responsabilidade civil dos países objeto da comparação. Inicialmente, há que se destacar a existência de normas próprias que autorizam a aplicação da condenação em viés exclusivamente punitivo em diversos estados norte-americanos.

Além disso, Antônio dos Reis Júnior (2022, p. 57) alerta que as indenizações punitivas, como aplicadas em outros países, são autônomas e não se confundem com as indenizações de viés reparatório, de sorte que o agente ofensor pode ser condenado a pagar indenizações com rubricas distintas, de acordo com a finalidade pretendida. Não é o caso do direito pátrio, em que se pretende, nas discussões hodiernas, ver aplicada a função punitiva por meio das condenações relacionadas aos danos extrapatrimoniais.

De antemão, cumpre arrematar que a pretendida transposição dos *punitive damages* estadunidenses para o ordenamento jurídico brasileiro mostra-se absolutamente inapropriada, eis que ausentes os alicerces legislativos que poderiam fundamentar a aplicação do instituto. Percebe-se, no ponto, que parcela dos juristas tendem a confundir o próprio instituto dos danos morais coletivos com os *punitive damages* (BAHIA; TUMELERO; SOUZA, 2018, p. 65).

Embora a polêmica que circunda a função punitiva do dano moral coletivo seja marcada, a confusão com os *punitive damages* tende a prejudicar a assimilação de ambos institutos, haja vista que o último apresenta finalidades e princípios bastantes específicos e adequados às

realidades de parte dos sistemas de *Common Law*, revelando-se, por isso, incompatível com o sistema brasileiro. Entretanto, declarar a inviabilidade da aplicação dos *punitive damages* em solo brasileiro não significa negar que a responsabilidade civil possa atender, em algum grau, a uma função punitiva e dissuasória (BAHIA; TUMELERO; SOUZA, 2018, p. 71).

Parcela dos juristas considera que a responsabilidade civil brasileira viabiliza a aplicação da função punitiva de forma concomitante às demais. Para tanto, a doutrina divide-se em três correntes distintas: i) de cunho ético, segundo a qual deve haver rejeição contundente em face de condutas extremamente reprováveis; ii) de viés sistêmico, que privilegia a necessidade de defender as próprias normas vigentes; iii) relacionada aos danos extrapatrimoniais, cuja natureza seria ensejadora de uma reparação por meio da imposição de sanções de caráter punitivo (REIS JÚNIOR, 2022, p. 59).

Ambas as correntes apresentam em comum a característica de superar uma noção absolutamente formal e dogmática do sistema jurídico, com ênfase no desestímulo de comportamentos indesejáveis. Ainda, as correntes reconhecem a excepcionalidade da aplicação marcadamente punitiva da responsabilidade civil.

Importa abordar a terceira corrente, que reconhece na aplicação dos danos extrapatrimoniais uma indelével característica punitiva, notadamente quando no âmbito da tutela coletiva. O fundamento reside na impossibilidade prática de reparar danos de natureza extrapatrimonial. Dessa forma, caberia ao sistema jurídico o dever de garantir que o agente ofensor seja punido pelos atos praticados, bem como que haja plena prevenção quanto às condutas reprováveis.

Diante da ausência de norma específica, apesar de não se reconhecer a possibilidade de aplicação dos *punitive damages* ou mesmo de uma pena civil, é viável considerar que a quantificação das condenações por danos extrapatrimoniais, especialmente de dimensão coletiva, possa considerar a punição do ofensor. Isto porque a compensação desta modalidade de danos se dá por equidade, em que o objetivo é a satisfação do ofendido. Ausente a aritmética limitadora das quantificações, não é impensável imaginar que a satisfação da vítima possa passar pela punição do agente causador do dano.

As objeções à aplicação da função punitiva da responsabilidade civil permanecem as mesmas, sintetizadas na ausência de norma que defina as hipóteses de cabimento e na limitação legal da quantificação das indenizações, nos termos do art. 944, do Código Civil. A despeito das críticas, faz-se mister mencionar que a realidade jurisprudencial evidencia que a função punitiva é recorrentemente considerada quando da aplicação dos mais variados institutos de

responsabilidade civil, notadamente os danos extrapatrimoniais, tanto na esfera individual quanto na esfera coletiva.

Nos termos abordados no capítulo anterior, as críticas à função punitiva são parcialmente esvaziadas quando o objeto de tutela é os direitos transindividuais. Reconhece-se, no ponto, que a função exclusivamente punitiva se mostra inviável no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, a adequada quantificação das indenizações por danos extrapatrimoniais coletivos apresenta indubitável capacidade de concretização de um viés parcialmente punitivo, cujo enfoque deve ser amplamente voltado à precaução e à prevenção, conforme se verá a seguir.

### **3.4.3 Função precaucional e função preventiva**

Conforme contextualizado no capítulo inaugural da pesquisa, a sociedade passou por uma marcada transição com a industrialização e, em seguida, com a pós-modernidade. Se antes era distribuída a riqueza – ainda que supostamente –, com o advento da industrialização e da escalada da produção, passou-se a distribuir os riscos (BECK, 2010, p. 25). Por isso, os cidadãos passaram a pleitear mais segurança em suas relações jurídicas, à vista do constante temor de danos incertos, com efeitos desconhecidos.

A racionalidade clássica da responsabilidade civil foi construída sob a égide do pensamento liberal, com uma pretensa neutralidade e objetividade. Portanto, a norma deveria prever as hipóteses de aplicação dos institutos de responsabilidade civil por meio dos pressupostos adequados. Assim, deveria o ofendido demonstrar não só a autoria, como o nexo de causalidade e a existência de culpa. Como resultado, caso se desincumbisse de seu ônus, o ofendido seria restituído na exata medida do dano sofrido e comprovado.

Nos termos exaustivamente demonstrados, o sistema clássico de responsabilidade civil se mostrava engessado e incapaz de resolver a completude das situações vivenciadas mesmo no contexto de sua criação. O descompasso entre o sistema vigente e as necessidades da sociedade industrial e, após, da sociedade pós-moderna se agravou drasticamente. De sorte que, à vista das insatisfações sociais e das novas espécies de danos, houve uma demanda social para que o sistema de responsabilidade civil fosse ajustado às necessidades advindas das novas relações sociais.

Para além das mudanças já mencionadas, entre as quais se destacam a teoria da responsabilidade objetiva, a constitucionalização do direito civil e a consolidação de princípios, o sistema jurídico pretendeu antever a desejada segurança social por meio dos princípios da

prevenção e da precaução. Menciona-se, desde logo, a existência de pacífica distinção entre ambos os conceitos, que deve ser elucidada para que haja plena compreensão do objetivo e da extensão do alcance das funções conjugadas.

Os princípios aludidos apresentam diferenças conceituais entre si. Em um introito breve e perfunctório, destaca-se que ambos possuem o objetivo de antecipar e evitar riscos que possam culminar em danos, notadamente aqueles que são irreversíveis. Contudo, há diferença conceitual entre ambos. Ao passo que a prevenção se destina a evitar danos que são concretos, conhecidos e reais, a precaução tem por objeto os danos que são desconhecidos, incertos, abstratos e hipotéticos.

Como mencionado anteriormente, a sociedade contemporânea repulsa o risco e valoriza de forma exacerbada a segurança. Há, contudo, que se diferenciar o risco da incerteza, haja vista que esta é a medida representativa de distinção entre a prevenção e a precaução. No risco concreto, há como mensurar as probabilidades de ocorrência do evento dano. Na incerteza, ou risco subjetivo, não há sequer estatísticas que possam conduzir ações específicas de cuidado.

Segundo Bauman (2008, p. 131), a ideia de risco atrelada à prevenção confirma a busca por regularidade essencial da contemporaneidade, inclusive para buscar ações que evitem o dano ou mesmo mitiguem os seus efeitos; por outro lado, a incerteza que requer precaução é um efeito dos perigos incalculáveis, causadores de verdadeiros pânicos sociais. Para o estudioso, os riscos estão próximos dos autores e das ações, ao passo que as incertezas se difundem expansivamente, distantes dos autores e das ações.

Em análise certa, Carla Amado Gomes (2013, p. 197) assevera que os conceitos de prevenção e precaução fazem parte da mesma espécie, diferenciando-se tão somente pela intensidade do risco, que se manifesta distintamente. A complexidade da sociedade industrializada deu origem às práticas preventivas como forma de compensar o alto grau de incerteza científica. O Estado, por seus poderes, passou a receber a incumbência de atuar como uma gestora universal de incertezas.

A precaução, nesse sentido, ganha autonomia ao se antecipar com relação ao que a prevenção exigiria. Quando não houver certeza, consenso científico e as dúvidas forem razoáveis. Para tanto, permite-se uma atuação prévia, de modo que verificado o presságio de um risco, este deve ser combatido antes que se torne um perigo certo.

Alexandra Aragão (2018, p. 10), de forma ponderada, ilustra que à época de seu surgimento, não havia certeza com relação à força de um princípio cujo âmbito de aplicação se mostra potencialmente vastos, com efeitos que podem ser drásticos nos sistemas de justiça ao

redor do globo. Isto porque os riscos antrópicos passaram representar parte significativa das origens dos danos perpetrados ao meio ambiente e aos consumidores.

Nos termos balizados anteriormente, a responsabilidade civil clássica não apresentava instrumentos capazes de lidar com a aleatoriedade e com a imprevisibilidade dos riscos e dos danos advindos da nova forma de produzir bens e serviços. A lógica clássica do sistema de responsabilidade apresentava a exigência de um nexo de causalidade incontroverso, de danos plenamente demonstrados e delimitados e da relatividade entre autor e ofendido. Trata-se de paradigma voltado ao momento posterior ao fato, capaz de abarcar o dano tão somente após a sua concretização.

A sociedade pós-moderna, por outro lado, demanda soluções distintas à vista das novas questões que atingem a humanidade de forma indiscriminada. A responsabilidade civil, dessa forma, passa por adaptações, de modo a atuar em compasso com a complexidade, protegendo e garantindo o futuro. Para isso, deve-se estruturar uma perspectiva de responsabilidade que não seja apenas retrospectiva, mas proativa, capaz de atuar em face dos danos transfronteiriços e de duração indeterminada (LEITE; CAETANO, 2013, p. 274).

Ou seja, o princípio da precaução surgiu como forma de alargar o espectro de proteção antes previsto pela prevenção. Isto porque na precaução há um conflito latente entre o próprio ordenamento e as consequências imprevisíveis e/ou imensuráveis de determinadas atividades de risco, como é o caso dos organismos geneticamente modificados. Em feliz exemplo prático, Paula Vaz Freire (2013, p. 377) menciona que os efeitos de eventuais danos, como decorre da própria natureza da engenharia genética, são de difícil controle e compensação, motivo pelo qual os clássicos princípios de informação e segurança se mostram inadequados. Deve-se, assim, implementar o princípio da precaução como alternativa.

A precaução ingressou nos sistemas jurídicos no campo do direito ambiental, notadamente com a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, ocorrida na cidade do Rio de Janeiro. O evento restou globalmente conhecido como a ECO-92, e ficou marcado pela participação de diversos atores dos mais variados setores, como representantes das indústrias, Estados e das organizações não governamentais. Quando do encerramento do evento, foi divulgada uma Declaração da Conferência, que sedimentou a precaução como um princípio a ser seguido pelos Estados, em seu art. 15:

Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Com a previsão internacional de que a precaução deve ser observada pelos Estados, inaugurou-se um tempo de responsabilidade marcado pela antecipação, forjada no combate contra as ameaças de riscos e ameaças de danos, com foco na tutela das gerações atuais e futuras. Trata-se de um significativo avanço com relação ao histórico do século XIX, de responsabilidade sanção, pautada na culpa e focada no ofensor; e também com relação ao sistema de responsabilidade indenização, predominante no século XX, com fundamento no risco e com foco específico nas vítimas dos danos (ARAGÃO, 2008, p. 16).

O racional a ser transposto para a responsabilidade civil é de que a precaução é um valor que fundamenta de forma sólida os efeitos inibitórios dos institutos do sistema de responsabilização. Por este motivo, a incerteza quanto à lesividade de determinada conduta não é suficiente para evitar que sejam impostas barreiras ou condicionantes – com vistas à segurança – para o seu desenvolvimento. Não se deve, doutra banda, pretender afastar todo e qualquer risco, sob pena de paralisar o próprio desenvolvimento social e econômico, já que a incerteza é parte do respeito à liberdade e à individualidade, desde que em um limite tolerável.

No ponto, há que se ressaltar que o risco é parte de uma construção cultural, especialmente quanto aos seus limites de tolerabilidade, com disputas de diferentes correntes sobre a visão mais adequada do risco e de suas premissas para o embate. É justamente este o desafio do ordenamento jurídico: ponderar os posicionamentos sem que haja prejuízo à coletividade e aos diversos setores econômicos que fundamentam suas atividades em determinado grau de risco. Deve-se, portanto, modular e comparar o custo de evitar o risco e os possíveis efeitos da realização do risco.

O desafio já havia sido lançado por Bauman (2008, p. 228), para quem o desejável seria o atingimento de um equilíbrio entre liberdade e segurança, como condições para a própria continuidade da sociedade humana, mesmo que a mencionada compatibilidade, apesar de crucial, não seja evidente. Por isso, os princípios elucidados acima são tidos como legítimos para fundamentarem a imposição de determinadas restrições àqueles que desempenhem atividades potencialmente danosas, ainda que no futuro e com extensão incerta.

Para reforçar o movimento do ordenamento jurídico em direção a um paradigma protetivo por meio da prevenção e da precaução, cumpre trazer à baila as lições de Farias, Netto e Rosenvald (2017, p. 75) a respeito da possibilidade de responsabilidade sem dano. Inicialmente, vale referir que tal modalidade não estaria calcada na função reparatória, haja vista a inexistência de dano concretizado. A iminência de um dano, por outro lado, não suscita a possibilidade de indenizar ou compensar, senão que autorizar a intervenção para determinar medidas que reforcem a observância de normas existentes.



Na espécie, viável a aplicação da tutela inibitória, qualificada por obrigações de fazer e não fazer, vinculáveis por meio da aplicação das chamadas *astreintes*. O objetivo, por suposto, é reforçar o desestímulo ao agente quanto à continuidade do desempenho de atividades potencialmente lesivas – ao menos enquanto não houve adequação dos critérios de segurança -, de modo a impedir a solidificação de eventuais danos.

Ao ratificar a opção do ordenamento jurídico pelo privilégio à prevenção e à precaução, cumpre analisar o art. 497 do Código de Processo Civil: “Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo”. Ora, resta evidente que o sistema jurídico valoriza sobremaneira a possibilidade de evitar a ocorrência de um dano com a possibilidade de combater o próprio ilícito, à vista do direcionamento ao ilícito e não ao dano.

Não à toa, o princípio da prevenção está positivado no âmbito do CDC, ou seja, a normatividade inerente ao princípio é indiscutível. Por via de consequência, a aplicação da função preventiva no âmbito da responsabilidade civil nada mais é que corolário lógico do encadeamento normativo.

Indo além, há quem defenda a possibilidade de aplicação de uma pena civil nos casos em que a conduta não resulta em dano, mas cujo desestímulo é necessário. O fundamento seria pautado no desestímulo à reiteração das condutas socialmente inadequadas em face do ofensor; em face da sociedade, a intenção seria a de desestímulo geral, notadamente daqueles que potencialmente poderiam praticar condutas assemelhadas, em um paralelo com a ideia de prevenção geral.

Nesses casos, a condenação pecuniária prescindirá da demonstração de um dano, sendo suficiente a prática do ato potencialmente lesivo, cuja exposição ofendeu um número significativo de pessoas. Para Farias, Netto e Rosenvald (2017, p. 76), o dano moral coletivo invocado para casos como estes representa nada mais do que uma sanção punitiva ao ofensor, de modo a responder, sancionatoriamente, a reprovabilidade de atos considerados ofensivos à coletividade, mesmo que não sejam constatados danos patrimoniais e/ou extrapatrimoniais individuais.

O sistema jurídico, como exposto quando do histórico da responsabilidade civil, esteve submetido e influenciado por diferentes correntes ideológicas, cada qual com a sua ética predominante. Hoje, valoriza-se o ser humano em sua essência, por meio do reconhecimento da dignidade enquanto valor insito à existência social. Diferentemente dos períodos anteriores,

em que valores outros estavam em voga, atualmente o ser humano em si considerado é o centro do ordenamento jurídico, inclusive, no caso brasileiro, por previsão constitucional.

A preocupação do sistema de responsabilidade civil passou a ser o seu próprio legado para as futuras gerações. É, sem dúvida, uma escolha política que reflete no sistema jurídico e se materializa por meio dos institutos de responsabilidade civil. Assim que, se pode afirmar, a consolidação do sistema com a finalidade essencial de reagir ao ilícito danoso, de reparar o dano por meio do retorno ao *status quo antes*, de afirmar o poder sancionatório do Estado e de desestimular a prática de atividades potencialmente lesivas.

O movimento pendular das funções primordiais da responsabilidade civil, conforme mencionado alhures, faz com que haja variação a respeito da preponderância de uma função sobre a outra, a depender do período histórico e das demandas sociais de um determinado grupamento social. A prevenção, contudo, se mostra como um dos princípios norteadores de todo o sistema de responsabilidade civil, de modo que atinge, em graus distintos, todas as funções atribuídas ao mencionado sistema.

Isto porque o sistema de responsabilidade civil já ultrapassou o viés de pretensa neutralidade ligado à racionalidade clássica. Os valores sociais juridicamente relevantes para um determinado período histórico estão definidos e devem ser protegidos de forma efetiva, por meio de uma conexão entre normas de caráter material e de normas processuais capazes de instrumentalizar a tutela pretendida.

Por isso, não se pode admitir as tentativas de atribuir à responsabilidade civil uma única função preponderante. Cada função busca prevenir uma espécie distinta de risco e de dano, ou seja, pretende atribuir distintas camadas de segurança às relações jurídicas. Enquanto a reparação tutela a segurança quanto à certeza do dano, a precaução e a punição estão voltadas à segurança da sociedade conjuntamente considerada, em observância da solidariedade social que rege o sistema jurídico.

Não há como negar que a sociedade desejável, sob o ponto de vista da ética, promove as condutas dos cidadãos que estejam em consonância com os valores constitucionalmente garantidos. Em verdade, a Constituição assume para si o papel de determinar as virtudes dignas de tutela.

No que concerne à pesquisa, com a consolidação de um dano aos valores tutelados pelo sistema jurídico, há que se invocar uma interferência do sistema de justiça, com a fixação de indenização que seja capaz não só de reparar o dano, como corrigir o desequilíbrio por ele causado e evitar que haja recorrência da conduta antissocial. Quando são consideradas as

funções reparatória e punitiva de forma conjunta, o princípio da prevenção surge de forma marcada, perseguindo a segurança com maior vigor.

Esta reação do sistema jurídico representa o conceito de justiça que está alicerçado no humanismo jurídico, com valorização exacerbada da virtude. A lei não pode, neste contexto, se mostrar neutra, haja vista o seu dever de incentivar bons comportamentos e repelir eventuais danos, imediatos ou incertos, mesmo que para isso seja necessário reforçar a quantificação dos danos. Inclusive, o desestímulo de condutas reprováveis requer, ao mesmo tempo, o fomento de práticas conscientes, refletidas e responsáveis.

Se nos primórdios dos sistemas jurídicos a responsabilidade já significou punir, em seguida, com a teoria do risco, tal paradigma foi parcialmente abandonado, abrindo espaço para a responsabilidade como forma de reparar os danos observados. Contudo, verifica-se que o balanço do pêndulo de finalidades do sistema não foi suficiente para garantir a segurança demandada pela sociedade de risco. Assim, hodiernamente, tem-se que a responsabilidade civil deve, para além de reparar e compensar, prevenir a ocorrência não só de danos, mas de ilícitos.

Justamente neste contexto que são defendidas modalidades de responsabilização que dispensam a ocorrência de danos. O fundamento reside na necessidade de prevenção na proteção da dignidade humana. Assim, a responsabilidade poderia ocorrer, mesmo sem dano, quando houver a preponderância da necessidade de incolumidade não só da dignidade humana, mas também da integridade psicofísica dos cidadãos. Seria o caso da polêmica aplicação das penas civis.

No entanto, o cerne da pesquisa ora desenvolvida reside justamente nos casos em que foram perpetrados, de forma inequívoca, danos aos direitos transindividuais de consumidores. Como delineado no capítulo inaugural, a ocorrência desta modalidade de dano atrai para si a incidência da tutela coletiva, tendo como resposta as ações coletivas que buscam a compensação pelos danos extrapatrimoniais impostos aos consumidores.

Não obstante, se verifica, na prática, uma grande dificuldade em reconhecer a função específica que predomina na aplicação do dano moral coletivo, ou seja, qual princípio deve nortear, de forma primeva, a instrumentalização do instituto. À vista do exposto, pode-se concluir que o dano moral coletivo possui caráter eminentemente preventivo, seja pela natureza do dano, seja pela própria destinação das condenações. Todavia, a aplicação prática do instituto não tem logrado êxito em quantificar as condenações de forma que se verifique um verdadeiro desestímulo às práticas violadoras dos direitos dos consumidores.

Por isso, o terceiro capítulo da pesquisa se destinará ao estudo dos critérios de quantificação dos danos extrapatrimoniais coletivos, especialmente para que se verifique um

método/critério que seja eficaz para a finalidade de garantir a efetiva prevenção à perpetração de reiterados danos aos consumidores. Deve-se, enfim, combater de forma efetiva o fenômeno da ilicitude lucrativa, como se buscará demonstrar. Antes, porém, cumpre verificar, brevemente, as funções acima abordadas que se aplicam predominantemente à tutela coletiva dos consumidores.

### **3.5 Funções da responsabilidade civil na tutela coletiva dos consumidores**

Para o escopo do estudo, pretende-se verificar as funções aplicáveis da responsabilidade civil à tutela dos direitos coletivos dos consumidores. Os direitos em questão apresentam-se indivisíveis e são essencialmente transindividuais, com a dispensa da identificação individual dos componentes de determinada coletividade. Os titulares, portanto, podem ser indeterminados ou determináveis.

Conforme demonstrado alhures, a tutela dos direitos coletivos apresenta procedimento processual próprio, regido pela Lei da Ação Civil Pública e complementado pelo Código de Defesa do Consumidor. Quanto à tutela coletiva dos consumidores, há que se fazer menção ao art. 6º, VI, do CDC, que assegura, enquanto direito básico dos consumidores: “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

Há, portanto, o reconhecimento expresso quanto ao cabimento da tutela coletiva dos danos extrapatrimoniais. Porém, mais que isso, há dispositivo legal expresso que posiciona, topologicamente, a prevenção antes da reparação. Isto porque a tutela coletiva dos consumidores geralmente está relacionada à proteção da vida, da segurança e do bem-estar. Combate-se, dessa forma, vícios de qualidade que possam estar relacionados à higiene, à segurança, à publicidade abusiva e às demais condutas de fornecedores que, visando ou não o aumento de suas margens de lucros, assumam posições que fragilizam a qualidade de vida da coletividade e minam a confiança no mercado de consumo.

Quando a tutela coletiva dos consumidores se direciona aos direitos difusos e aos direitos coletivos em sentido estrito, verifica-se que há, inexoravelmente, o atendimento a um desiderato de ordem pública. Não se está a defender eminentemente um direito privado por meio da racionalidade do direito privado, mas sim o interesse público por meio de instrumental da responsabilidade civil. A efetiva tutela da coletividade dos consumidores é, para além de um mandamento constitucional e infraconstitucional, uma necessidade social, demandada pela comunidade e condição para a manutenção do funcionamento dos mercados globais e locais.

Como bem observa Nelson Rosenvald (2013, p. 65), historicamente a responsabilidade civil assumiu uma conotação de neutralidade e objetividade, já que está, em regra, ausente qualquer censura ao comportamento do ofensor. A intenção geral do sistema é reparar o dano na medida em que mensurado. Por isso, consolidou-se o ideal de que a responsabilidade civil deveria atuar *a posteriori*, mediante a imposição da obrigação de reparar os danos, como um efeito da justiça comutativa.

Assim sendo, para a lógica padrão de responsabilidade civil, o foco está no dano e na melhor forma de restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico ofendido por meio do ilícito. O fato já ocorrido deve ser reparado ou reintegrado por meio de uma tutela específica. Ou seja, o objetivo do sistema é repristinar uma situação jurídica existente antes do dano. Em repetição, o sistema busca neutralizar os efeitos de um ilícito.

No entanto, esta lógica é inviável para a tutela dos direitos extrapatrimoniais. Mais ainda quando se trata da tutela dos direitos transindividuais, como se verá a seguir.

Como demonstrado pela própria natureza dos direitos imateriais, não há reparação que consiga obter o efetivo desaparecimento do efeito decorrente de sua violação. Não há como, portanto, retornar a um passado e repor o lesado ao momento anterior à perpetração de um dano extrapatrimonial, por exemplo. Por este motivo, não se pretende ver aplicada na tutela dos direitos extrapatrimoniais a função reparatória. Em seu lugar, o sistema jurídico viabilizou a compensação do dano extrapatrimonial sofrido por um indivíduo.

De qualquer forma, mesmo que a compensação opere em face de danos extrapatrimoniais perpetrados contra um indivíduo, é indubitável que ela é inefetiva no que se refere à satisfação social. Em suma, mesmo que um dano extrapatrimonial tenha sido reconhecido, constatado e “repelido”, a compensação não opera em face da sociedade.

Por isso, há que se mencionar uma corrosão ética que decorre do dogma da responsabilidade civil com viés exclusivamente reparatório. Os fornecedores, cientes dos entraves envolvidos com os consumidores, realizam cálculos que antecipam os potenciais prejuízos judiciais, transferindo estes custos às próprias vítimas do dano. Este cálculo não apenas reduz o poder dissuasório das decisões, como pode tornar lucrativa a concretização de determinadas condutas proibidas.

O sistema jurídico brasileiro, como demonstrado, sofreu uma transformação com o advento da CRFB/1988. Esta mudança paradigmática importou, no âmbito da responsabilidade civil, na funcionalização dos seus institutos. No paradigma anterior, a reparação dos danos – e, no caso da tutela coletiva dos direitos transindividuais, a compensação – não apenas era uma posição prioritária, como representava o monopólio dos estudos na área. Com a funcionalização

da responsabilidade civil, há que se reconhece um dever ético de que este campo do direito exerça uma função promocional no sentido de garantir a prevenção de novos danos.

Há um debate latente no âmbito da filosofia política a respeito do papel da sociedade e de suas instituições na promoção da virtude em seus cidadãos. Segundo Sandel (2012, p. 295), uma visão aristotélica de justiça determinaria que é papel das instituições dar a cada um o que é seu. Para viabilizar a determinação do que merece cada cidadão, a sociedade deve debater e estabelecer quais são as virtudes dignas de proteção e promoção. Como conclusão, verifica-se que a lei e os atores do sistema de justiça não podem ser neutros no que se refere aos valores eleitos, haja vista a fundamentalidade da efetiva tutela destes valores para a manutenção da paz social. Inclusive, nesse mesmo sentido, para Aristóteles, um dos propósitos de uma Constituição justa é formar bons cidadãos e cultivar o bom caráter.

Em pertinente observação, Dal Pizzol (2020, p. 70) aduz que o modelo puro da função reparatória se relaciona ao conceito de justiça de Kant e Rawls, que valorizam a liberdade de cada indivíduo para a escolha de suas ações. Esta forma de pensar a justiça é compatível com a liberdade de mercado e a autorregulação dos atores econômicos, além de encontrar eco em um uso neutro das normas jurídicas. Segundo esta linha de pensamento, a lei e a justiça não deveriam ser meios de promover noções imprecisas de virtude.

Este embate a respeito da pretensa neutralidade da justiça no âmbito da responsabilidade civil representa, na prática, uma das crises ocasionadas pela mudança do Estado liberal, atrelado à lógica da responsabilidade civil clássica, para o Estado constitucional. Não se discute que a função reparatória permanecerá vigente no sistema de responsabilidade civil, embora não se possa admitir que ela seja suficiente para dar conta dos desafios trazidos pelas novas modalidades de danos, aí incluídos os danos extrapatrimoniais coletivos, por exemplo.

Caso o sistema jurídico se contentasse com uma função puramente compensatória de danos perpetrados em face da coletividade, a neutralidade militar em favor do ofensor. No que se refere aos danos morais coletivos, a atuação de viés compensatório após a concretização do dano representaria nada menos do que estabelecer um preço autorizativo da violação dos direitos que deveriam ser tutelados.

Não se pode ter como razoável que era esta a intenção do constituinte de 1988. O Estado brasileiro regulamentado pela Constituição de 1988 deve ser comprometido com a efetivação dos direitos fundamentais, com especial observância à dignidade humana enquanto fundamento da própria República. Como consequência, não é viável crer que o sistema de responsabilidade civil, tendo instrumental adequado, deixaria de tutelar efetivamente uma categoria de direitos fundamentais.

De sorte que, nas relações de consumo, notadamente quanto aos direitos transindividuais, o sistema de responsabilidade civil deve estar comprometido com a efetiva proteção dos consumidores e dos bens difusos a eles pertencentes. Por isso, uma nova conjugação de interesses impõe uma nova forma de limitação da liberdade de mercado, promovendo-se a preservação dos direitos enunciados pela norma superior. É justamente neste sentido que a atuação preventiva da responsabilidade civil é desejada, de modo a conciliar, com a maior margem tolerável, a liberdade de competição com a efetiva tutela dos direitos transindividuais dos consumidores.

Importa ressaltar que a responsabilidade objetiva, na forma pensada originalmente, cumpriu um louvável papel no sentido de garantir, à vítima, a reparação do dano por si sofrido. Por outro lado, não se verifica o mesmo êxito no que se refere ao desestímulo da conduta ensejadora do dano, tampouco ao fomento de adoção de medidas de mitigação dos riscos por parte do ofensor. Isto porque, no paradigma da responsabilidade objetiva, é relevante apenas a identificação do agente, sendo pouco ou quase nada importante o grau de culpa ou dolo. Na mesma linha, não se ocuparia a responsabilidade civil do abuso de direito ou mesmo do lucro ilegítimo obtido por uma conduta cujo resultado foi a violação de direitos transindividuais.

Diante das relações de consumo massificadas típicas da contemporaneidade, verifica-se uma deletéria recorrência das violações aos direitos transindividuais dos consumidores cometidas por fornecedores, muitas vezes de forma dolosa, eis que cientes de que o benefício econômico obtido do ato ofensor supera em múltiplas vezes o risco de censura judicial. Pior, nas poucas vezes em que a condenação ocorre, a quantificação do dano verificado é irrisória. Nesse sentido, por vias transversas se verifica um inadmissível incentivo à manutenção de violações aos direitos consagrados dos consumidores.

A conclusão natural é a de que o sistema civil clássico, assim como o sistema civil modificado pelos valores constitucionais, na forma como é aplicado atualmente, mostram-se absolutamente ineficazes na tarefa expressamente constante da norma protetiva de prevenir os danos. É cediço, portanto, que a função compensatória isoladamente não cumprirá com o dever legal imposto aos atores jurídicos.

Há, sem dúvida, a necessidade de que o sistema de responsabilidade civil se valha, de forma concreta, dos valores constitucionais inculpidos no ordenamento brasileiro. Para isso, deve-se operacionalizar a concretização da função preventiva da responsabilidade civil, de forma que haja efetiva dissuasão dos atos ilícitos e um incentivo para a adoção, por parte dos fornecedores, de condutas mais éticas e responsáveis no trato com a massa de consumidores.

Especialmente quanto à tutela coletiva, a objetivação da responsabilidade possui o mencionado condão de tratar da mesma forma condutas com níveis de gravidade absolutamente distintos. Por isso, acredita-se que o processo de imputação da responsabilidade sofrerá poucas mudanças práticas com o viés preventivo da responsabilidade civil. Inobstante, para que o desestímulo efetivamente atinja o ofensor, de modo a evitar comportamentos nocivos e concretizar a prevenção, deve-se garantir especial tratamento à etapa de quantificação do dano verificado.

Não é segredo que, ao longo dos últimos séculos, a forma de pensar a sociedade foi crescentemente influenciada pelo pensamento econômico. Para alguns aspectos da vida social, a lógica econômica certamente trouxe benefícios, como no aumento da produtividade de gêneros alimentícios, no significativo incremento tecnológico e no acesso mais democratizado a bens de consumo. Por outro lado, esta racionalidade não pode imperar intocada em todos os âmbitos da vida política, especialmente pelo potencial de fragilização dos valores pugnados pela Constituição, com ênfase aos direitos fundamentais.

A função exclusivamente reparatória, a despeito de atuar em consonância com o economicismo liberal, não considera o desvalor da conduta do ofensor. Como consequência, há um sentimento geral, para ofensor, ofendido e sociedade, de que condutas violadoras de direitos transindividuais são, por vias transversas, estimuladas. Este quadro de condutas e respostas, no âmbito da tutela coletiva dos consumidores é ainda mais grave, já que os danos impostos à coletividade afetam não só a qualidade de vida dos consumidores, como também a própria confiança no mercado de consumo.

A responsabilidade civil não pode se limitar apenas a apagar fagulhas sem que consiga atingir a origem do incêndio, dado que este comportamento ocasiona tão somente o aumento constante do fogo. Por isso, no âmbito da tutela coletiva, tem-se que o Estado deve realizar intervenções efetivas no sentido de garantir o interesse público das vítimas de uma conduta reprovável. Mais do que compensar em si o dano, o sistema de justiça deve ser firme no sentido de garantir a função preventiva, por meio do desestímulo, em face de qualquer ator econômico que cogite ou pretenda desempenhar conduta potencialmente lesiva a terceiros.

Guido Alpa (2010, p. 112), em interessante abordagem a respeito do tema, descarta a possibilidade de restituir à vítima o estado anterior à lesão, assim como a função puramente punitiva, por compreender que a punição se dá fora do direito civil. Por outro lado, o jurista italiano sustenta a plena aplicabilidade da compensação e do desestímulo do ofensor, em consonância com que se entende compatível com a finalidade da tutela coletiva, bem como com a natureza dos direitos tutelados.



Nelson Rosenvald (2013, p. 77) reproduz os termos lecionados pela francesa Suzanne Carval, que defende a aplicação de uma função sancionatória mais proeminente. Para ela, a responsabilidade civil apresenta uma capacidade ínsita de direcionar condutas humanas e garantir a coesão social. Assim, o reconhecimento de determinados deveres gera, em relação aos demais, um dever de observância e respeito. Havendo violação que atinja bens jurídicos tutelados pelo ordenamento, cabe aos institutos da responsabilidade civil a defesa e promoção do interesse público.

Justamente a ductibilidade inerente ao sistema de responsabilidade civil é o que permite a defesa, na contemporaneidade, da necessária ascensão da função preventiva no âmbito da tutela coletiva, notadamente dos consumidores e de outros bens jurídicos deficitários, como é o caso do meio ambiente. A mudança significativa das formas de atuar do mercado, os avanços tecnológicos e a definição dos anseios éticos e morais de uma determinada sociedade são fatores que fundamentam e expõem a necessidade de uma revisita aos paradigmas da responsabilidade civil.

Não há discussão quanto ao incremento da tutela da dignidade humana no ordenamento brasileiro. Formalmente, a responsabilidade civil abandonou o viés patrimonialista para privilegiar a defesa das situações existenciais. Contudo, para que haja efetividade dos direitos enunciados, deve o sistema civilista se utilizar do instrumental existente para dissuadir os atores econômicos que ajam em dissonância com os comportamentos éticos esperados no contexto dos direitos fundamentais reconhecidos à coletividade.

A ideia por trás da predominância da função preventiva é eminentemente de garantir que o agente lesante não tenha a opção de escolher pela ação e/ou omissão potencialmente lesiva. Ou seja, trata-se de meio de evitar que o lucro resultante de uma determinada atividade ilícita seja superior à indenização prevista com base tão somente na compensação. Na prática, pretende-se, como se verá no capítulo a seguir, evitar a manutenção do fenômeno da ilicitude lucrativa.

Ao mencionar a busca pela cessação dos benefícios econômicos advindos do ilícito, naturalmente abre-se a discussão a respeito da aplicação da função punitiva na tutela coletiva dos direitos consumidores. A questão é ainda mais acirrada no âmbito do dano extrapatrimonial coletivo, com relevante corrente de pensadores que defendem a natureza de pena civil do instituto, a mencionar Nelson Rosenvald.

Inclusive, Nelson Rosenvald (2018, p. 101) questiona a própria natureza do instituto, já que a destinação do *quantum* indenizatório a um fundo demonstraria a sua natureza punitiva. Alerta, no entanto, que não é qualquer violação aos interesses difusos de consumidores que terá

o condão de ver aplicado o dano extrapatrimonial coletivo. O fato transgressor deve ser significativo e exceda os limites da tolerabilidade.

De acordo com Antonio dos Reis Júnior (2022, p. 84), a ideia de aplicar o dano moral coletivo com viés exclusivamente punitivo, ou seja, como uma pena civil, se escora na indiscutível distinção entre a disciplina do dano moral coletivo e do dano moral individual. Ao passo que este é afeito ao núcleo ordinário da responsabilidade civil, aquele deve apresentar caráter sancionatório exacerbado, haja vista a função de impor penas em face de determinadas condutas violadoras de interesses transindividuais, sem qualquer intersecção com a esfera de tutela individual.

Em pertinente ponderação, Rodrigo Pereira Ribeiro de Oliveira (2014, p. 3) sustenta que buscar atender ao desestímulo e à compensação, no âmbito da mesma condenação, pode gerar um resultado ineficaz. Segundo o autor, além de obter uma insuficiente reparação, corre-se o risco de não atingir o efeito preventivo e punitivo em face dos comportamentos indesejados.

Conforme demonstrado desde o capítulo inaugural, o dano extrapatrimonial coletivo atende a uma racionalidade distinta do usual no âmbito da responsabilidade civil, seja pelo seu objeto de tutela, seus pressupostos, suas funções ou mesmo pela destinação das condenações. Potencialmente, certamente é o instituto que mais pode se aproximar de uma função punitiva na responsabilidade civil, inclusive pela dificuldade de delimitar a extensão do dano, fator que serviria como um limitante do valor condenatório, em conformidade com o art. 944 do Código Civil vigente.

Não há como ocultar determinadas semelhanças entre as compensações fixadas a título de dano moral coletivo com a figura da pena civil, como a destinação para um fundo coletivo criado por meio de lei, os critérios jurisprudenciais de quantificação que consideram a reprovabilidade da conduta a função pedagógica e a própria natureza dos direitos tutelados, de titularidade indeterminada.

Por outro lado, há que se ressaltar os fundados questionamentos quanto à aplicação do instituto do dano moral coletivo como uma figura de pena civil, a citar: i) a diferença marcada com o instituto estadunidense dos *punitive damages*; ii) a ausência de previsão legal que autorize a aplicação de pena, tanto no que se refere à tipificação quanto à quantificação; iii) a ausência de tecnicidade na conjugação das funções compensatória e punitiva (REIS JÚNIOR, 2022, p. 87).

As limitações do próprio sistema fazem parecer dificultosa a aplicação, no âmbito civil, de uma função exclusivamente punitiva em razão da limitação das condenações pela extensão do dano. Inobstante, mesmo que inexistente esta função punitiva geral, a função preventiva

parece afirmar a defesa da predição e, por vias transversas, de forma pedagógica, pode sancionar o resultado do ilícito, sob uma análise hermenêutica da extensão do dano para fins de quantificação. É o que se pretende delimitar no terceiro capítulo do estudo.

Adiciona-se, por oportuno, a insegurança jurídica decorrente da falta de uma teoria procedimental que instrumentalize a aplicação do instituto e a quantificação das condenações. Em outras palavras, não se vislumbra possível, tampouco desejável, pretender que o dano moral coletivo seja considerado uma espécie de pena civil, ou mesmo que seja aplicado com viés fortemente punitivo. Isto porque não há previsão legal que reconheça a existência desta modalidade de pena civil, fator considerado essencial para a sua plena legitimidade e validade.

Embora se deva reconhecer que a aplicação de penas civis para o combate de ilícitos contra direitos transindividuais seja desejável, já que há uma possibilidade de alcance de resultados concretos para as finalidades almejadas, não há como sustentar, tecnicamente, o imediato cabimento deste anseio. Dessa forma, para que seja possível retomar a discussão a respeito de uma possível transmutação do dano moral coletivo em uma pena civil, exige-se uma reforma legislativa que preveja a aplicabilidade dessa modalidade de pena, além de critérios claros e objetivos para a sua aplicação, inclusive em termos de quantificação.

Tem-se, na prática, que a adequada aplicação da função preventiva, cada vez mais relevante no cotidiano das relações de consumo, acaba por concretizar, de forma absolutamente atípica, uma discreta função punitiva. Isto, é claro, se considerada uma adequada quantificação dos danos verificados no caso concreto, de sorte que todo benefício econômico obtido com o ilícito seja neutralizado. Não se olvide que, hodiernamente, são considerados como critérios para a quantificação fatores subjetivos do ofensor, como a sua situação econômica, o proveito econômico decorrente do ilícito, o grau de reprovabilidade da conduta e, em alguns casos, a existência de dolo.

Não se discute que o paradigma jurídico contemporâneo deve não apenas desencorajar condutas potencialmente lesivas aos direitos transindividuais, como também deve induzir condutas éticas. Esta é a forma de incentivar um direito verdadeiramente solidarista, em consonância com os fundamentos da República brasileira. As condutas danosas ou potencialmente danosas não podem ser economicamente viáveis. Pelo contrário, devem ser proibitivas do ponto de vista econômico, sem que seja viável o repasse destes custos aos consumidores.

Para isso, faz-se necessário o desenvolvimento de balizas teóricas que possibilitem a concretização da demonstrada legítima finalidade preventiva da tutela coletiva dos consumidores. Pela natureza dos danos extrapatrimoniais coletivos, a delimitação de sua

extensão é dificultosa. Contudo, esta dificuldade de cunho prático não pode ser razão para o arbitramento de condenações em valores irrisórios e incapazes de desestimular a repetição de condutas ilícitas. Não pode, nesse sentido, a imprecisão metodológica militar em favor dos atores econômicos que se beneficiam das condutas ilícitas.

Como demonstrado alhures, o presente estudo parte da premissa de que há como concretizar a função preventiva da responsabilidade civil com o sistema jurídico vigente, por meio do atendimento de padrões mínimos de quantificação dos danos morais coletivos. Assim, embora se reconheça a relevância da discussão a respeito da instituição, por meio do Legislativo, da pena civil, não se pretende enfrentar esta temática.

Dessa forma, o terceiro capítulo investigará quais são as bases teóricas capazes de sustentar um “mínimo existencial” em matéria de quantificação dos danos extrapatrimoniais coletivos, especialmente para instrumentalizar a efetiva tutela dos direitos transindividuais dos consumidores.

Inicialmente será analisado o cenário atual de quantificação dos danos extrapatrimoniais coletivos, bem como o fenômeno da ilicitude lucrativa e as contribuições da Análise Econômica do Direito para a compreensão deste contexto social. Em seguida, serão verificados os critérios doutrinários e jurisprudenciais dominantes na quantificação do dano moral coletivo. Por fim, pretende-se delinear as balizas mínimas capazes de garantir a materialização da função preventiva da responsabilidade civil, não apenas com critérios e métodos de quantificação, mas também com o uso de instrumentos processuais adequados.

#### **4. PADRÕES MÍNIMOS DE QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO COMO FORMA DE CONCRETIZAR O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO: CRITÉRIOS E MÉTODOS**

Como forma de alicerçar a compreensão que se pretende ter a respeito do instituto estudado, no capítulo inaugural foram estudados os aspectos teóricos envolvendo a figura do dano extrapatrimonial coletivo. Em seguida, no segundo capítulo, os princípios e funções do sistema de responsabilidade civil foram descortinados, com ênfase a respeito demandas da tutela da coletividade. A finalidade, como exposto, é investigar os padrões mínimos aplicáveis aos critérios, métodos e técnicas de quantificação das condenações por danos extrapatrimoniais coletivos, no âmbito das relações de consumo, que sejam verdadeiramente capazes de concretizar o princípio da prevenção.

Verificou-se, ao longo da pesquisa, que o instituto do dano extrapatrimonial coletivo representa um salutar avanço da responsabilidade civil no sentido de garantir a tutela integral dos bens jurídicos considerados relevantes para uma determinada sociedade. No caso das relações de consumo, o dano extrapatrimonial coletivo representa uma adequada resposta às violações perpetradas pelos fornecedores aos direitos transindividuais dos consumidores. Via de regra, os direitos atingidos estão relacionados à vida, à saúde, à integridade física, à confiança no mercado de consumo e, em última instância, à qualidade de vida da coletividade de consumidores.

Em razão da natureza dos direitos tutelados, percebe-se a existência de um interesse público na efetiva garantia de preservação da ética e das normas aplicáveis às relações de consumo. Por urbanidade, entende-se a ausência de lesão ou ameaça de lesão aos direitos transindividuais da coletividade dos consumidores. Assim sendo, o princípio da prevenção

mostra-se absolutamente compatível com a finalidade da tutela coletiva, além de ser estritamente necessário para a pacificação social.

Pela importância da prevenção na sistemática contemporânea não apenas das relações de consumo, como do próprio sistema de responsabilidade civil, deve-se ressaltar que a premissa que rege o estudo é a de que o princípio da prevenção deve ser tido como o principal guia na condução da apuração de responsabilidade e, como consequência, da quantificação dos danos verificados.

Isto porque, mais do que compensar a esfera extrapatrimonial da coletividade, o instituto do dano extrapatrimonial coletivo deve ser utilizado para evitar a recorrência de condutas danosas à coletividade. Em suma, na tutela coletiva dos consumidores, o princípio da prevenção antes do dano é materializado por meio da tutela inibitória; após o dano, deve ser instrumentalizado pelo instituto jurídico destinado a responder às condutas apuradas. Naturalmente, o princípio da prevenção será concretizado, após o dano, por meio da quantificação da condenação imposta ao fornecedor.

Esta condenação, guiada pelo princípio da prevenção, deverá ter a finalidade precípua de dissuadir a manutenção da conduta que deu azo à violação dos direitos transindividuais em questão. Busca-se, portanto, uma efetiva mudança de comportamento dos fornecedores.

No cenário atual, os fornecedores são capazes de realizar, com certa facilidade, a previsão de eventuais custos decorrentes de responsabilização civil para, antecipadamente, socializar o dano com as próprias vítimas. Tal fenômeno ocorre pelo fato de que a previsão dos custos é internalizada no processo produtivo e não afeta a margem de lucro almejada. Pior, por vezes a atividade preditiva pode auxiliar os fornecedores a obter significativo incremento financeiro decorrente da prática de condutas socialmente reprováveis diante da massa de consumidores.

A aplicação efetiva do princípio da prevenção estaria vinculada à dissuasão de comportamentos que ignorem o cuidado e a segurança nos processos produtivos. Espera-se, com isso, que a saúde e a segurança dos consumidores sejam preservadas por meio da efetiva adequação de conduta dos fornecedores, sempre com transparência e equidade. O corolário da adoção de uma atividade jurisdicional voltada à dissuasão é justamente a obtenção de condutas mais éticas e responsáveis por parte dos fornecedores no trato com a coletividade.

Na prática, como exposto, verifica-se que o sistema voltado tão somente à compensação, com quantificações irrisórias, acaba se tornando, no âmbito da tutela coletiva dos consumidores, um incentivo às práticas indesejadas. Os atores econômicos possuem meios técnicos altamente

avançados para realizar uma análise preditiva do potencial passivo, sob a perspectiva da compensação, decorrente de ações e/ou omissões que violem direitos da coletividade.

Como demonstrado anteriormente, a neutralidade aproveita ao ofensor, e a tutela da coletividade demanda uma atuação proativa do Estado e ética dos atores econômicos, motivo pelo qual a prevenção deve passar a ocupar papel de destaque nas lides que envolvam direitos transindividuais. Verifica-se, no ponto, que as condenações deixam de considerar, efetivamente, o desvalor da conduta do ofensor. Como já delineado no capítulo anterior, este ciclo vicioso da aplicação do dano extrapatrimonial coletivo acaba por comprometer a qualidade de vida dos consumidores e a confiança nos mercados de consumo.

Assumindo que o direito possui o papel de regular, ainda que indiretamente, os atores do mercado, não há como admitir que decisões meramente econômicas prevaleçam sobre os direitos transindividuais dos consumidores. Mesmo sob uma perspectiva econômica, a violação dos valores da coletividade representa uma externalidade negativa do setor em questão. Ou seja, por ser um produto indesejado de determinada atividade, deve o direito se movimentar no sentido de obter uma mudança de comportamento que neutralize condutas que, sob o escudo da eficiência do mercado, perpetrem danos à coletividade. Inviável, no ponto, cogitar que meros cálculos aritméticos tenham o condão de se sobrepor aos direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos.

Deve-se impor, como pressuposto para o exercício de atividades econômicas, o reconhecimento e o respeito de determinadas posições jurídicas consubstanciadas em mínimos existenciais. Dentre estes mínimos existenciais estão a própria confiança no mercado de consumo, a segurança, a saúde e a liberdade dos consumidores, fatores que afetam diretamente o nível de qualidade de vida de uma comunidade. Afinal, como se sabe, na sociedade de hiperconsumo, ser consumidor não é uma opção, mas sim uma imposição do próprio mercado. Por assim ser, deve-se garantir padrões éticos mínimos de todos os envolvidos no mercado de consumo, ainda que por meio do sistema de responsabilidade civil.

Portanto, no âmbito da tutela coletiva dos direitos do consumidor, defende-se que a responsabilidade civil, nos limites tolerados pelo ordenamento jurídico vigente, deve atuar no sentido de suprimir integralmente eventuais benefícios econômicos advindos do descumprimento do dever de observância dos direitos transindividuais, considerando-os como parte do dano sofrido pela coletividade. Em suma, a adoção de condutas que sejam potencialmente lesivas não pode ser economicamente viável aos fornecedores.

Pelo contrário, o desenvolvimento das atividades econômicas deve levar em consideração, como premissa básica, os custos inerentes ao respeito de cumprimento não apenas

das normas reguladoras de determinado setor, como também os deveres genéricos de cuidado que redundam na proteção da segurança, da saúde, da vida, da integridade física e psíquica dos consumidores e, em última instância, da confiabilidade do mercado de consumo e da qualidade de vida do grupo social conjuntamente considerado.

Contudo, há que se ressaltar que não se trata de tarefa fácil. Um dos aspectos mais controvertidos da responsabilidade civil é, sem dúvidas, a quantificação do dano moral. Uma das maiores distorções na sistemática civilista está centrada não apenas na quantificação, mas nas consequências da quantificação, seja no ofensor, seja na vítima e seja na sociedade, sob uma perspectiva macroeconômica.

Como demonstrado à exaustão, no paradigma da responsabilidade civil clássica, o dano era medido exclusivamente por sua extensão, seja na sua forma pecuniária, seja na reparação *in natura*. O grau de culpabilidade servia, quando muito, para amenizar o grau de responsabilização. No âmbito dos danos extrapatrimoniais, a grande dificuldade sempre residiu na quantificação, haja vista a impossibilidade, a priori, de verificar a efetiva extensão.

No dano extrapatrimonial, portanto, as questões subjetivas sempre foram mais relevantes, tanto sob o prisma da vítima quanto do ofensor. Não por outro motivo, são consideradas na quantificação a gravidade da conduta, a existência de dolo ou culpa grave, o nível de reprovabilidade social da situação entre outros fatores que denotam o cabimento de ponderações a respeito dos efeitos sociais da decisão condenatória. Deve-se, nesse sentido, elucidar as possibilidades de instrumentalização da dissuasão na quantificação dos danos extrapatrimoniais coletivos.

Portanto, o capítulo que encerra o presente estudo se destinará a debater os critérios e métodos juridicamente viáveis para concretizar a função preventiva, consubstanciada na dissuasão, no âmbito da tutela dos direitos extrapatrimoniais coletivos. Inicialmente, será analisado o cenário atual da quantificação dos danos extrapatrimoniais coletivos nas relações de consumo, especificamente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Após, pretende-se descortinar o fenômeno da ilicitude lucrativa, o qual se busca combater com o instrumental proposto no âmbito da tutela coletiva. Em seguida, abordar-se-ão os contributos da Análise Econômica do Direito (AED) a respeito do viés promocional da responsabilidade civil, notadamente quanto à dissuasão e à prevenção. Por fim, serão estudados os critérios e métodos de quantificação dos danos extrapatrimoniais coletivos que, nas relações de consumo, podem ser potencialmente capazes de concretizar a premissa preventiva do instituto.



#### **4.1 Cenário atual da quantificação dos danos extrapatrimoniais coletivos nas relações de consumo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça: insuficiência e esvaziamento da tutela coletiva**

A fim de verificar a forma com que os danos extrapatrimoniais coletivos vêm sendo quantificados nos tribunais brasileiros, optou-se por realizar uma exploração de precedentes no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Para tanto, foram utilizados os termos “dano moral coletivo” e “quantificação” no sítio de pesquisa de jurisprudência da Corte da Cidadania. Naturalmente, a partir dos resultados obtidos, foram também analisados os precedentes que se relacionam com a temática ampla pretendida. A depender dos precedentes analisados, buscas específicas quanto às decisões recorridas também foram feitas, de modo a viabilizar a contextualização do *decisum*, dos fatos e das motivações dos respectivos acórdãos.

O objetivo da investigação jurisprudencial é mapear o *status quo*, em termos de critérios e métodos, da quantificação dos danos extrapatrimoniais coletivos no Brasil. Com o cotejo dos critérios de quantificação e das condenações arbitradas, será possível verificar, por meio da observação a respeito da existência de recorrência das práticas condenadas, a efetividade da instrumentalização do instituto para a finalidade de garantir a dissuasão dos comportamentos indesejados dos fornecedores.

Antes, porém, de abordar a forma com que o Superior Tribunal de Justiça tem compreendido e aplicado a quantificação do dano extrapatrimonial coletivo, cumpre elucidar, os aspectos processuais que delimitam a atuação da corte superior.

No âmbito do STJ, é conhecida a Súmula n. 7, cujo enunciado determina que a pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial. A dita Súmula é datada do ano de 1990, tendo sido aplicada de forma mais rígida ou mais branda, a depender da área do direito e do próprio – e criticável – casuísmo orientado pelo subjetivismo do julgador.

A citar como exemplo, o REsp n. 259.816, julgado no ano 2000, com relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, discutiu os danos decorrentes de morte de jovem por culpa dos prepostos de nosocômio fluminense. No caso, o relator aduziu ser possível que a instância especial realizasse o controle de quantificação dos danos extrapatrimoniais.

Como fundamento, o relator mencionou que o controle se volta à garantia de moderação, com observância ao grau de culpa, ao nível socioeconômico da vítima e ao porte econômico do ofensor. Inclusive, no caso em questão, os ministros da Quarta Turma divergiram em relação à quantificação do dano moral definida pelo tribunal de origem, a demonstrar a efetiva ingerência da corte superior na definição da quantificação.

Depreende-se, portanto, que a Súmula n. 7, nos idos 2000, não obstaculizou a discussão que mencionou até mesmo alguns dos critérios, segundo o relator, que deveriam ser considerados na quantificação do dano extrapatrimonial. Contudo, alerta-se, desde logo, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça apresenta certa variação quanto a aplicação da Súmula n. 7 quando da reanálise de quantificação dos danos extrapatrimoniais.

O STJ já manifestou entendimento de que os valores fixados a título de danos morais, porquanto arbitrados com fundamento no arcabouço fático-probatório carreado aos autos não poderiam ser revistos, com base na Súmula n. 7. A exceção reside, segundo a Terceira Turma, em casos que se verifique nítida ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de sorte que a quantificação seja irrisória ou exorbitante<sup>20</sup>.

Como delineado, será possível observar, quando da análise dos precedentes, que o Superior Tribunal de Justiça demonstra exacerbado casuísmo quando da apreciação da quantificação dos danos extrapatrimoniais coletivos. Isto porque, mesmo nos casos em que a quantificação se mostrar irrisória ou exorbitante, o julgador invariavelmente faria um apanhado a respeito das circunstâncias fático-probatório dos autos, haja vista os próprios critérios apontados em parte significativa dos precedentes.

Considera-se mais relevante a discussão a respeito dos critérios e métodos a serem utilizados para que a condenação seja definida do que propriamente uma avaliação subjetiva a respeito do subdimensionamento ou do exacerbado dimensionamento da quantia arbitrada pelo Juízo *a quo*. Ademais, o debate a respeito dos critérios e métodos de quantificação do dano extrapatrimonial coletivo parece ser absolutamente compatível com a missão institucional da corte superior em questão, qual seja, orientar e uniformizar a interpretação e aplicação da legislação federal no âmbito das cortes estaduais e federais.

Feita a ressalva inicial no que tange às limitações impostas pelo próprio Superior Tribunal de Justiça acerca da quantificação dos danos extrapatrimoniais coletivos, cumpre analisar o histórico dos entendimentos quanto aos critérios e métodos de aferição desta modalidade de dano. Naturalmente, embora a análise abranja parte significativa dos julgados a respeito da matéria, a finalidade não é esgotar todas as manifestações da corte da cidadania quanto à matéria.

Tem-se por objetivo demonstrar um panorama, no tempo, dos critérios e métodos considerados relevantes pelo STJ. Dessa forma, pretende-se avaliar o cumprimento da necessária prevenção por meio da dissuasão de comportamentos ilícitos de determinados

---

<sup>20</sup> REsp, n. 1.568.938, relatado pelo ministro Moura Ribeiro.

fornecedores. Como consequência da análise do panorama atual em termos jurisprudenciais, buscar-se-á analisar fundamentos que descrevam o fenômeno comportamental dos fornecedores, inclusive com aportes da Análise Econômica do Direito (AED), de sorte a obter aportes teóricos para que sejam apresentados critérios e técnicas capazes de cumprir as funções enunciadas da responsabilidade civil na tutela da coletividade.

Conforme descrito alhures, o dano extrapatrimonial coletivo ultrapassou um longo percurso de aceitação no âmbito do Poder Judiciário. Inicialmente, negou-se a possibilidade de reconhecimento do instituto com base em uma ligação com sentimentos subjetivos, incompatíveis com a coletividade. Após, mesmo com a paulatina aceitação, os critérios de reconhecimento eram imprecisos e subjetivos, muito embora a aplicação concreta fosse prejudicada pelo desconhecimento de parte da comunidade jurídica a respeito das nuances da tutela coletiva.

No primeiro capítulo, foram abordados os precedentes que tratam da progressiva aceitabilidade do dano moral coletivo no STJ, a mencionar o caso das pílulas de farinha (REsp n. 866.636), julgado em 2007 com relatoria da ministra Nancy Andrighi, e o caso da exigência de cadastramento de idosos para fruição da gratuidade no transporte público (REsp n. 1.057.274), julgado em 2009, com relatoria da ministra Eliana Calmon. Ambos os casos foram importantíssimos para a consolidação da doutrina do dano moral coletivo, notadamente quanto ao seu eco no Poder Judiciário.

Passa-se à análise dos precedentes em que houve efetiva discussão quanto à quantificação do dano moral coletivo. No ano de 2012, o REsp n. 1.221.756, relatado pelo ministro Massami Uyeda, enfrentou o dano moral coletivo decorrente da exigência de que pessoas com dificuldades de locomoção (pessoas com deficiência, gestantes, idosos ou por qualquer causa transitória) se deslocassem para andar superior, com lances de escadas contendo 23 degraus, para que recebessem atendimento preferencial em agência bancária. No primeiro grau, a instituição financeira foi obrigada a manter o atendimento preferencial no andar térreo, além de pagar compensação por dano moral coletivo na monta de R\$ 150.000,00, sob o fundamento de que houve frustração, indignação e humilhação por parte da mencionada coletividade de consumidores.

No âmbito do tribunal fluminense, o valor arbitrado para a compensação do dano extrapatrimonial coletivo foi reduzido para R\$ 50.000,00. Inobstante, extrai-se do fundamento do acórdão que a aplicação do instituto importa em sanção pecuniária, de caráter punitivo. Ressalva, contudo, que o arbitramento deve ser moderado, proporcionalmente às circunstâncias do fato. O feito foi remetido ao STJ.

No voto, o ministro Massami Uyeda reconhece a gravidade e intolerabilidade da conduta adotada pela instituição financeira. Quanto à finalidade do dano moral coletivo, o relator registrou que a compensação tem caráter não apenas reparatório, mas também de uma pedagógica punição, desde que adequada e proporcional ao dano. Por fim, o relator votou no sentido de negar provimento ao recurso e manter a quantificação reduzida pelo tribunal fluminense, tendo sido acompanhado à unanimidade pelos ministros da Terceira Turma.

Ainda no ano de 2012, o STJ enfrentou novo julgamento a respeito do cabimento e da quantificação do dano moral coletivo, com base em suas finalidades precípuas. Trata-se do REsp n. 1.291.213, com relatoria do ministro Sidnei Beneti. O caso versou a respeito da omissão de informações relevantes aos consumidores aderentes do plano Lig Mix, oferecido pela Brasil Telecom S.A., em que, com a redução dos preços de assinatura, diversos serviços eram suprimidos sem que houvesse plena informação aos consumidores.

No tribunal catarinense, reconheceu-se a obrigação de pagar a condenação por dano moral coletivo no montante de R\$ 200.000,00. O desembargador catarinense Luiz César Medeiros reconheceu a dificuldade de determinar com exatidão o montante compensatório, mas consignou que a condenação deveria representar uma justa punição ao fornecedor, em face da relevância social dos interesses tutelados. A finalidade, para o julgador, seria a de desestimular a prática de novos ilícitos, com base em um viés punitivo voltado à ideia de prevenção. Indo além, o desembargador manifestou que a condenação deve garantir a efetiva tutela às relações de consumo, concretizando a prevenção e a precaução, consubstanciadas na punição do ofensor para que não mais pratique novas lesões ao bem jurídico tutelado.

Em seu voto, o relator Sidnei Beneti negou provimento ao recurso, tendo adotado as razões de decidir acima transcritas. Mesmo negando provimento ao recurso, o relator optou por regram a forma de cumprimento da sentença, com a destinação dos danos morais coletivos ao Fundo de Reconstituição de Bens Lesados do Estado de Santa Catarina.

Em outras ocasiões, o STJ entendeu que os valores arbitrados nos Tribunais estaduais eram exorbitantes, exercendo interferência direta nos métodos e critérios de quantificação. No mais das vezes, o fundamento residiu na ausência de “proporcionalidade e razoabilidade” na quantificação, sem maior profundidade teórica a respeito dos critérios e métodos adequados<sup>21</sup>. Justiça seja feita, avanços foram constatados na compreensão geral a respeito do instituto, a

---

<sup>21</sup> Em 2015, no julgamento do REsp. n. 1.315.822, o STJ reduziu o dano moral coletivo arbitrado pelo Tribunal fluminense em razão da violação aos direitos das pessoas com deficiência visual consistente na ausência de disponibilização de contratos bancários em Braille. Na origem, o Banco do Brasil S.A. foi condenado ao pagamento de R\$ 500.000,00 diante do descumprimento reiterado do dever de garantir acessibilidade. No STJ, de forma genérica, a condenação foi reduzida para R\$ 50.000,00.

despeito da dificuldade de sua quantificação. No ano de 2016, houve o reconhecimento da possibilidade de condenação por danos morais coletivos mesmo quando são perquiridos ilícitos com vítimas identificáveis<sup>22</sup>.

Ainda no ano de 2016, um precedente bastante polêmico ensejou o debate na comunidade jurídica a respeito do impacto imaterial na saúde pública advindo de uma publicidade abusiva envolvendo o tabagismo, destinada de forma subliminar às crianças e adolescentes. Na peça publicitária, jovens de sucesso, felizes e bem relacionados são assim retratados com uma vinculação direta ao tabagismo, de forma que fica evidente que os atributos positivos ilustrados são devidos ao uso da marca de cigarro em questão.

Trata-se do REsp n. 1.101.949, relatado pelo ministro Marco Buzzi. À época dos fatos julgados, não vigia a Lei n. 10.167/2010, que proíbe a propaganda de cigarro por rádio e televisão. Mesmo assim, já era proibida qualquer tipo de propaganda de cigarros voltada às crianças e adolescentes, haja vista a restrição de horários para a veiculação de comerciais desta natureza.

Em primeiro grau, o Juízo de piso determinou a elaboração de contrapropaganda, além do pagamento de R\$ 14.000.000,00 a título de danos morais coletivos. Após a interposição de apelação, o valor dos danos morais coletivos foi reduzido para o patamar de R\$ 4.000.000,00, e a obrigação de veicular a contrapropaganda foi afastada. Tanto as originalmente requeridas, Ogilvy e Mather Brasil Comunicação Ltda. e Souza Cruz S.A., quanto o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, não se contentaram com a decisão e interpuseram recursos especiais.

O relator, ministro Marco Buzzi, reconheceu em seu voto a importância da contenda em questão, manifestando a dificuldade da infrutífera tarefa de aquilatar, objetivamente, o prejuízo à saúde pública provocado pela exibição da publicidade questionada. Referiu a inexistência de critérios predeterminados para a quantificação, sendo certo que a intervenção do STJ se daria tão somente nos casos em que houvesse arbitramentos irrisórios ou exorbitantes. Elencou que o grau de culpa e o porte econômico das rés devem ser considerados, assim como o objetivo final de proteger a coletividade. Utilizou-se, inclusive, do paradigmático episódio das pílulas de farinha para justificar a posição adotada. Todavia, votou pela redução do *quantum* compensatório para o patamar de R\$ 1.000.000,00. Inobstante, os ministros Luís Felipe

---

<sup>22</sup> REsp n. 1.250.582, em que o ministro Luís Felipe Salomão condenou o Grupo Avestruz Master por ludibriar investidores em um sistema de captação coletiva de recursos, por meio de pretensos contratos de compra e venda. Reconheceu, em seu voto, que o dano moral coletivo deveria desestimular o ofensor a repetir a falta constatada.

Salomão, Raul Araújo e Antonio Carlos Ferreira votaram pela redução da quantificação para o patamar de R\$ 500.000,00, quantificação que se sagrou vencedora.

Em 2017, o Superior Tribunal de Justiça foi chamado a julgar o REsp n. 1.574.350, com relatoria do ministro Herman Benjamin. O processo envolveu o direito ao trânsito seguro, com a necessidade de proteção da saúde e segurança dos condutores e consumidores, em razão de 85 infrações de trânsito por excesso de peso de carga ao longo de 10 anos, com danos e potenciais danos ocasionados pelo tráfego de veículos de carga com excesso de peso. A ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público Federal em face de Bendo Transportes e Consultoria Ltda, objetivou a obrigação de não fazer consistente na abstenção de permitir que sua frota transitasse em rodovias com excesso de peso. Além disso, houve o pedido de indenização por danos materiais e morais coletivos.

A demanda é extremamente importante para a compreensão da temática pesquisada, haja vista que o Superior Tribunal de Justiça reconhece que a sanção administrativa não esgota o rol de respostas persuasivas, dissuasórias e punitivas do ordenamento. Deve, por outro lado, ser complementada pelo sistema de responsabilidade civil, já que é parte integrante do tecido jurídico do Estado Social de Direito, que encontra entre seus atributos básicos o imperativo categórico e absoluto de eficácia de direitos e deveres.

A Segunda Turma do STJ apresentou extenso debate a respeito do contexto, já que a demanda judicial explicitou a desproporção entre a sanção imposta e o benefício usufruído pela transportadora. Em sua manifestação o ministro Og Fernandes, referiu que a empresa tolerava a multa administrativa na medida em que a infração “valia a pena”. Ora, restou evidente a conclusão de que o sistema jurídico estava, no caso em concreto, apresentando uma tutela deficiente.

O ministro Mauro Campbell mencionou que o investimento empresarial na antijuridicidade do ato deve ser reprimido por ação civil pública. Em complemento, o ministro Francisco Falcão registrou que o quadro fático levava a impressão de que compensa, no Brasil, descumprir a lei e “pagar um pouquinho a mais”, percepção que deve ser rejeitada e repelida das relações jurídicas e sociais.

Ao longo dos debates, o ministro relator registrou de forma absolutamente precisa a questão de fundo:

Embora não seja esse o *ponto central* do presente litígio, nem ao leigo passará despercebido que se esvai de qualquer sentido ou valor prático, mas também moral, jurídico e político, a pena incapaz de desestimular a infração e dela retirar toda a possibilidade de lucratividade ou benefício. De igual jeito ocorre com a sanção que, de tão irrisória, passa a fazer parte do custo normal do negócio, transformando a ilegalidade em prática rotineira e hábito empresarial

em vez de desvio extravagante a disparar opróbio individual e reprovação social. Nessa linha de raciocínio, o nanismo e a leniência da pena, incluindo-se a judicial, que inviabilizem ou dilapidem a sua natureza e *ratio* de garantia da ordem jurídica, debocham do Estado de Direito, pervertem e desacreditam seu alicerce central, o festejado *império da lei*. A ganância das transportadoras, *in casu* espelha e semeia uma *cultura de licenciosidade infracional*, dela se alimentando em círculo vicioso, algo que, por certo, precisa ensejar imediata e robusta repulsa judicial.

O julgado, portanto, passou a questionar se os titulares do direito ao trânsito seguro encontrariam as portas do Poder Judiciário fechadas após a adoção das insuficientes medidas administrativas. A resposta, naturalmente, é negativa. Ao sistema de justiça cabe, indubitavelmente, proporcionar à coletividade o amplo acesso à jurisdição, notadamente quanto aos novos direitos – ainda pouco compreendidos -, aí incluídos os de natureza transindividual, como é o caso do direito ao trânsito seguro. Deve-se, nesse sentido, confiar ao Poder Judiciário a tarefa de garantir os direitos e obrigações estatuídos pelo legislador.

Do caso, extrai-se que o trânsito reiterado de frota com excesso de peso acaba por reduzir a vida útil da camada que reveste e dá estrutura ao pavimento e ao acostamento das vias, tendo por resultado o surgimento de buracos, fissuras, lombadas e depressões. Para além dos custos para o Estado, os defeitos nas rodovias ocasionados pelo excesso de peso também acarretam prejuízos materiais consubstanciados na depreciação dos veículos que trafegam na malha rodoviária, especialmente pelo comprometimento dos sistemas de frenagem.

Em suma, verifica-se um notável agravamento dos riscos à saúde e à segurança de todos os que transitam nas rodovias afetadas pelas recorrentes infrações da transportadora em questão. Em seu voto, o ministro relator referiu que é tarefa do julgador coibir entendimentos que, por vias transversas, seja por omissão ou interpretação diversa, legitimem comportamentos que a norma pretendeu evitar ou reprimir. O ilícito foi qualificado pela conduta dolosa a fim de obter lucros abusivos às custas da degradação dos bens públicos e da segurança dos cidadãos.

Na hipótese, afetou-se não apenas o consumidor, mas o meio ambiente, o patrimônio público e a ordem urbanística. Para o julgador, considerada a notoriedade dos danos aludidos, o dano deriva do próprio ilícito, ou seja, é *in re ipsa*. Ao reconhecer a incidência do dano moral coletivo (*an debeatur*), o ministro relator determinou o retorno do feito à origem para que fosse quantificado (*quantum debeatur*). O voto foi acompanhado por todos os ministros da Segunda Turma.

O precedente acima abordado é paradigmático no sentido de trazer à baila uma rica discussão a respeito da necessidade de combater, efetivamente, condutas ilícitas dolosas. Especialmente, nas hipóteses em que o ilícito é perpetrado com foco na obtenção de lucros

ilegítimos. Ou seja, quando o ator econômico opta por descumprir a norma vigente com base em um cálculo de custos e benefícios, assumindo e internalizando os custos de eventuais punições em esferas administrativas. O Superior Tribunal de Justiça, no caso, manifestou a intolerabilidade de que, com base nos ganhos superiores ao pagamento de multas, as transportadoras movimentem suas frotas com excesso de carga, de sorte que a reprimenda não seja plena para a finalidade a que se destina.

No mesmo sentido do precedente supra, também abordando o excesso de carga nas rodovias e adotando as mesmas conclusões, os REsp n. 1.637.910 e REsp n. 1.712.940, ambos de relatoria do ministro Francisco Falcão, julgados em 2019.

Em 2017, o REsp n. 1.487.046, com relatoria do ministro Luis Felipe Salomão, trouxe valioso contributo no tema da teorização da quantificação do dano extrapatrimonial coletivo. O processo, movido pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso em face de Posto Grisólia (firma individual Attilio Grisólia Filho), buscava responsabilizar a revendedora de combustíveis pela prática de “infidelidade de bandeira”. O ilícito é caracterizado pela ostentação de marca comercial de uma distribuidora (Petrobrás-BR) e, nada obstante, adquirir e revender produtos de outras distribuidoras.

Naturalmente, a confusão ocasionada pela revendedora expôs os consumidores à prática comercial ilícita, consubstanciada na oferta e publicidade enganosa. Ainda, há uma irrefutável quebra no dever de transparência, boa-fé objetiva e confiança. A conduta, segundo o relator, representa uma soma de objetivos mal disfarçados de esperteza, lucro fácil e imposição de prejuízo à parte vulnerável, haja vista o prejuízo à livre escolha com a indução em erro por parte da fornecedora.

Por ser a infidelidade de bandeira uma prática comercial intolerável, que configura infração administrativa e crime, de sorte a afetar a confiabilidade do mercado de consumo, o ministro relator referiu a intolerabilidade da conduta e afirmou o cabimento do dano moral coletivo. Agravaram a reprovação do ato ilícito a recalcitrância do posto de combustível em questão, que ainda em 2007 persistia com a conduta de desrespeito aos direitos de escolha e de plena informação dos consumidores, ignorando completamente o conteúdo da autuação formulada pela agência reguladora em 2004.

Como no tribunal de origem não houve condenação por danos morais coletivos, coube ao Superior Tribunal de Justiça a quantificação. O pleito exordial requereu o arbitramento em R\$ 240.000,00 por cada ano em que ocorrida a prática da infidelidade de bandeira (apurada pela Agência Nacional de Petróleo entre 2003 e 2004).



Ao iniciar a análise da quantificação, o ministro Luís Felipe Salomão mencionou que o dano moral coletivo deve refletir a sua função sancionatória e pedagógica, de modo a desestimular o ofensor a repetir a falta, sem, por outro lado, inviabilizar a continuidade da atividade empresarial. Como critérios, o julgador mencionou a relevância do interesse transindividual lesado, a gravidade e a repercussão da lesão, a situação econômica do ofensor, o proveito econômico obtido com a conduta ilícita, o grau da culpa ou do dolo, a verificação de reincidência e o grau de reprovabilidade social.

Ainda, relevante mencionar que o relator adotou como método de quantificação o bifásico, novidade no âmbito da tutela coletiva dos direitos transindividuais. Na primeira fase, deve-se atribuir um valor básico da condenação, tendo em conta tão somente o interesse jurídico lesado, em observância aos precedentes acerca da matéria. Trata-se, segundo o ministro relator, de uma exigência de justiça comutativa, com razoável igualdade de tratamento para casos assemelhados. Na segunda fase, a fixação definitiva é alcançada por meio da análise das peculiaridades do caso concreto, verificadas detalhadamente as circunstâncias particulares, com os critérios declinados no parágrafo anterior.

Portanto, o ministro relator delimitou os critérios para fundamentar a sua quantificação. Na primeira fase, mencionou precedentes que consideravam razoável a quantificação entre R\$ 50.000,00 e R\$ 500.000,00, a depender da relevância do interesse transindividual lesado. Na segunda fase, o magistrado mencionou a existência de conduta dolosa com dano de abrangência local, a capacidade econômica mediana do ofensor, o incontroverso proveito econômico obtido por meio da conduta ilícita de R\$ 90.000,00, bem como a recalcitrância no descumprimento do dever de informação e a relevante reprovabilidade da conduta. Por fim, o ministro Luís Felipe Salomão arbitrou a quantia de R\$ 20.000,00.

O precedente é tributário de elogios em razão da busca por tecnicidade e sistematização na quantificação dos danos extrapatrimoniais coletivos. Sem dúvida, é possível verificar um avanço na disciplina judicial no reconhecimento não apenas das funções do dano moral coletivo, como também das circunstâncias fáticas e dos critérios que conduzem ao processo de quantificação do dano reconhecido. É notável a percepção judicial de que o instituto se destina à dissuasão de condutas indesejadas, sendo certo que o dolo, o proveito obtido indevidamente e a situação econômica do ofensor são absolutamente relevantes para a concretização da enunciada função preventiva.

Todavia, ao concretizar os critérios e o método aduzidos como fundamentos da quantificação, mesmo sendo incontroverso que o proveito obtido por meios ilícitos foi de R\$ 90.000,00, o Juízo optou por fixar a compensação em R\$ 20.000,00. Não há como deixar de

apontar que a concretização dos critérios e método apontados pelo magistrado parece ter sido incompatível com as funções e circunstâncias enunciadas.

É legítimo questionar se, no mundo dos fatos, a condenação será capaz de refrear a conduta ilícita, notadamente tendo em conta o proveito econômico obtido por meio da conduta e a longa *via crucis* enfrentada pela coletividade e pelos órgãos de representação até que uma medida relativamente efetiva fosse adotada. Mesmo tendo apontado a função sancionatória e dissuasória, questiona-se se o dispositivo da decisão realmente atendeu aos anseios do julgador, que foram tão bem expostos e fundamentados. Isto porque, não soa exagerado afirmar que, no cômputo final, a fornecedora parece ter obtido mais lucros do que prejuízos com a operação judicialmente questionada<sup>23</sup>.

A fundamentação elogiável e a aplicação criticável acima ilustradas se repetiram no ano de 2017. Desta vez, no REsp n. 1.517.973, também de relatoria do ministro Luís Felipe Salomão, em demanda que discutia a ofensa à dignidade de crianças e jovens em programa de televisão. Na espécie, o programa televisivo “Bronca Pesada”, da TV e Rádio Jornal do Commercio Ltda., veiculava quadro que expunha a vida e a intimidade de jovens cuja origem biológica era objeto de investigação.

Ultrapassou, portanto a primeira fase da quantificação identificando a relevância do direito violado. Na segunda fase, verificou as nuances do caso, e manifestou que o proveito econômico obtido por meio do ilícito seria de, ao menos, R\$ 90.000,00 por programa veiculado. Considerou, da mesma forma, a conduta dolosa, a grande capacidade econômica e a omissão mesmo após a oferta de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta. Fixou, a despeito de todo o exposto, o montante de R\$ 50.000,00 a título de compensação pelos danos extrapatrimoniais coletivos.

Ora, apesar de ser elogiável o fundamento teórico da decisão quanto à função do dano moral coletivo e aos critérios de quantificação, novamente é viável criticar a conclusão adotada a partir dos critérios reconhecidos e supostamente considerados. Infelizmente, é absolutamente impossível crer que a função preventiva, notadamente em seu viés dissuasório, estaria cumprida com o arbitramento de uma condenação em patamar inferior ao proveito econômico obtido com a veiculação de apenas um programa de televisão.

---

<sup>23</sup> O mesmo ocorreu no julgamento do REsp n. 1.539.056, relatado em 2021 pelo ministro Luís Felipe Salomão. Trata-se de processo que responsabilizou empresa loteadora pela alienação de imóveis com base em informações falsas, notadamente quanto à regularidade do empreendimento. Reconhecida a gravidade da conduta, bem como o proveito econômico incontroverso de R\$ 90.000,00, a condenação restou fixada em tão somente R\$ 30.000,00, dando ensejo à crítica acima referida quanto à incapacidade do *quantum* de concretizar a prevenção e a sanção utilizadas na fundamentação do fato.

Cumpra mencionar que o “Bronca Pesada” era um quadro vespertino, veiculado de segunda-feira a sábado. Ou seja, a condenação ao pagamento de R\$ 50.000,00 por danos perpetrados à coletividade mostra-se irrisória se considerado que o programa televisivo tinha o proveito econômico incontroverso, em cada veiculação, de R\$ 90.000,00<sup>24</sup>.

Em 2019, o Superior Tribunal de Justiça formou um novo precedente que abordou a quantificação do dano extrapatrimonial coletivo. A ministra Nancy Andrichi foi a relatora do REsp n. 1.799.346, que apreciava a conduta da rede de supermercados da Super Holding Gimenes Ltda, processada por vender produtos alimentícios com validade expirada. Pior que isso, realizava a venda de produtos deteriorados e com incontroversa sobreposição de etiquetas de validade, de modo a enganar os consumidores sobre a data de perecimento dos itens de consumo.

A prática da Super Holding Gimenes Ltda afastava a evidente obrigação de oferta de produtos adequados para o consumo. A publicidade comercial dos supermercados inseria informações enganosas quanto ao preço dos produtos, bem como anunciava produtos que sequer existiam nas prateleiras. Além disso, a política de venda colocava a vida dos consumidores em risco, à vista da prova de que produtos deteriorados eram postos à disposição dos consumidores. Pior, em prova de evidente dolo e má-fé, restou incontroverso que a sociedade empresarial postergava as datas de vencimento dos produtos, com alteração de embalagens.

Em face da indubitável quebra de confiança e da queda da qualidade de vida dos consumidores, a violação aos direitos transindividuais dos consumidores restou configurada desde o Juízo de primeiro grau, que arbitrou a condenação por danos extrapatrimoniais coletivos em R\$ 1.000.000,00. No âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, a decisão foi mantida.

O acórdão de segundo grau combatido abordou a quantificação da condenação, ressaltando que a decisão judicial deveria ser forte o suficiente para viabilizar a reparação integral e o caráter punitivo, inibitório e exemplificativo. A empresa ofensora aduzia que passava por dificuldades financeiras, tendo encerrado a operação em 33 filiais no ano de 2007 e ajuizado um pedido de recuperação judicial. Inobstante, o diligente Juízo verificou que, ainda assim, o Grupo Gimenes apresentou faturamento de R\$ 509.300.000,00 no ano de 2007.

---

<sup>24</sup> No REsp n. 1.828.620, relatado pelo ministro Herman Benjamin, a instrução processual deixou de apurar o proveito econômico obtido pelos fornecedores transgressores em razão da publicidade enganosa quanto à aquisição dos veículos em “suaves” prestações mensais. Em razão da oportunidade concreta de verificação do proveito econômico, verifica-se que a informação seria deveras relevante para o estabelecimento de balizas adequadas à quantificação.

Em síntese, a decisão confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça considerou a gravidade do dano, a situação financeira do Grupo Gímenes e a necessidade de concretizar uma função punitiva de viés intimidativo, pedagógico e profilático. O desembargador relator fez menção, inclusive, à teoria do desestímulo à ocorrência de novas condutas danosas, em aceno à função preventiva de caráter dissuasório.

A ministra relatora Nancy Andrichi discorreu a respeito da importância da segurança alimentar e de que forma a conduta dolosa da fornecedora feria de morte o padrão de confiança exigido no mercado de consumo. Segundo a julgadora, inviável tolerar o malicioso artil utilizado na veiculação da publicidade e no trato da informação com os consumidores da rede de supermercados. Para além da violação à boa-fé objetiva, tem-se na hipótese um grave e intolerável risco de contaminação dos consumidores pela ingestão de produtos impróprios para a saúde.

Em voto-vista, o ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, referiu a gravidade da publicidade enganosa, da venda de produtos com prazos de validade expirados, da falsificação das informações básicas de validade e da comercialização de produtos fracionados sem a informação ao consumidor. Ressaltou, ainda, a reiteração da conduta e o indubitável enriquecimento ilícito decorrente da grave conduta.

No que se refere à indenização, o ministro Ricardo Villas Bôas Cueva registrou que a condenação deve refletir advertência ao ofensor e à sociedade, no sentido de que a conduta é inaceitável, e que não se aceita o comportamento comprovado. Em interessante trecho, o ministro aduziu a respeito do resultado danoso:

Verificada a sua ocorrência, não pode o julgador fugir à responsabilidade de aplicar a lei, em toda a sua extensão e profundidade, com o rigor necessário, para restringir, e até eliminar, o proveito econômico obtido pelo fornecedor com a sua conduta ilícita. A previsão de indenizações módicas ou simbólicas não pode ser incorporada à planilha de custos dos fornecedores, como risco de suas atividades. Há de imperar, no mercado de consumo, a ética na relação jurídica, a respeito do consumidor. Caso contrário, não que se falar em efetividade

O trecho acima referenciado, extraído do voto do ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, sintetiza com maestria as conclusões adotadas no capítulo anterior a respeito da função precípua do dano moral coletivo. O julgador, ao enfrentar grave conduta que acometa a coletividade, deve agir com rigor e profundidade no que se refere à quantificação. É essencial, nesse sentido, que o proveito econômico obtido com o ilícito seja eliminado, já que as condenações módicas

ou simbólicas são incorporadas nas “planilhas de custos dos fornecedores”, nos termos referidos alhures<sup>25</sup>.

Portanto, a ética nas relações de consumo é mandatória, sob pena de que haja uma transgressão indesejada de valores, cujos prejudicados serão, indubitavelmente, os próprios consumidores. Não se verificou, *in concreto*, a apuração exata ou estimada dos lucros ilegítimos obtidos por meio da venda de produtos vencidos ou pela publicidade enganosa, dado que esta aferição de provas esbarraria na aplicação da Súmula n. 7. Da mesma forma, não se considerou a condenação exagerada ou irrisória, de sorte que a sua manutenção foi garantida pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Considera-se relevante, nesse sentido, que a aferição do lucro ilegítimo seja instruída desde a petição inaugural por parte do legitimado ativo no âmbito do processo que requererá a condenação pelos danos extrapatrimoniais coletivos. Assim sendo, será viável aferir, por documentos trazidos pela parte autora, pela parte ré ou mesmo por eventual perícia, uma estimativa do lucro ilegítimo. O objetivo é um só: garantir um maior arcabouço quantitativo para a consolidação de eventual condenação.

Sem dúvida, o precedente acima representou um notável avanço na profundidade das discussões a respeito da quantificação do dano moral coletivo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. O trecho do voto citado anteriormente demonstra o espírito que deve orientar o julgador quando da apreciação de danos aos direitos transindividuais dos consumidores. Naturalmente, espera-se que a incorporação das razões expostas pelos ministros no precedente do REsp 1.799.346 pelos demais julgadores do país deve ser gradual, a fim de que haja, finalmente, a concretização da função preventiva do dano extrapatrimonial coletivo.

Em 2020, foi julgado o REsp n. 1.546.170, com relatoria do ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, em que figuraram como partes a Hyundai Cooa do Brasil Ltda e o Ministério Público de São Paulo. O processo discutiu essencialmente a veiculação de oferta e publicidade enganosas do automóvel modelo i30 que, de forma fraudulenta, traziam indicações falsas a respeito das características de suas versões. A prática combatida consistia no anúncio de componente de série que, mais tarde, restou comprovado não estarem presentes nos veículos efetivamente comercializados.

---

<sup>25</sup> No mesmo sentido, o voto da ministra Nancy Andrighi no REsp n. 1.929.288, julgado em 2022. No processo, instituições financeiras foram condenadas ao pagamento de R\$ 500.000,00 cada, em razão de desabastecimentos em caixas eletrônicos, bem como de excessivas esperas em filas de atendimento. O descumprimento das instituições financeiras às recomendações do PROCON local ensejou a condenação com finalidade preventiva. A decisão pende de trânsito em julgado.

Portanto, para além da obrigação consistente na abstenção da veiculação de publicidade enganosa, da realização de efetiva contrapropaganda e do pagamento dos danos materiais enfrentados pelos compradores dos veículos, o Ministério Público requereu a condenação da Hyundai Caelo ao pagamento de R\$ 302.400.000,00 a título de danos morais coletivos. A quantificação foi alicerçada tendo por base o valor correspondente a 10% do total de automóveis i30 vendidos pela fornecedora no mês de março de 2010, considerado o preço do modelo básico. Este valor foi multiplicado por 14, representativo do número de meses em que o veículo esteve disponível no mercado de consumo brasileiro.

No primeiro grau, a obrigação de proceder à contrapropaganda foi julgada procedente. Da mesma forma, o dano moral coletivo foi reconhecido, tendo sido arbitrado em apenas R\$ 540.000,00. No Tribunal de Justiça de São Paulo, contudo, o dano extrapatrimonial foi majorado para a monta de R\$ 1.000.000,00. Desde já, cumpre mencionar que o ministro relator, acompanhado à unanimidade, votou pela manutenção do *quantum* arbitrado no acórdão recorrido. Inobstante, o voto apresentou importantes considerações a respeito da gravidade da ilicitude para a finalidade de justificar a quantificação proposta.

Inicialmente, o ministro Ricardo Villas Bôas Cueva destacou que a ação praticada pela fornecedora era deliberada, e tinha por intenção levar a erro a imprensa especializada. Naturalmente, os efeitos da publicidade enganosa atingiriam os consumidores. O intuito de ludibriar o consumidor de que certos itens especiais estariam presentes mesmo nas versões mais básicas do automóvel é gravíssimo. A falsa impressão criada foi a de que o veículo a ser lançado seria infinitamente superior aos veículos de mesma categoria oferecidos, à época, pelas fornecedoras concorrentes, de modo a desbordar em inarredável concorrência desleal.

Ao ratificar a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, o ministro relator expressou que a obrigação da fornecedora em compensar os danos morais coletivos possui notadamente as funções dissuasória (prevenção de condutas ilícitas), sancionatória-pedagógica e compensatória. Referiu, ainda, que estas funções são essenciais para a preservação do sentimento coletivo de dignidade e de solidariedade. Portanto, a conclusão foi a de que a hipótese apresentada ao Judiciário estava colmatada por um nível de reprovabilidade que justifica a condenação no patamar estabelecido alhures, sem que fosse perquirido o proveito econômico obtido<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Em 2019, o REsp n. 1.737.412, relatado pela ministra Nancy Andrighi, condenou o Banco do Estado de Sergipe S.A. pela prática deliberada de prejudicar o atendimento presencial em suas agências, como forma de conter custos. O Acórdão referiu a gravidade da conduta e a necessidade de composição entre as funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil, de sorte a inibir a reiteração da conduta. Além disso, restou registrado que

Reitera-se a crítica de que os precedentes que consideram o proveito econômico obtido pelas ofensoras mostram-se incapazes sequer de obstaculizarem a ocorrência do lucro ilegítimo. Ou seja, ao considerar o proveito econômico obtido por meio do ilícito, espera-se que o Poder Judiciário observe a função preventiva no sentido de garantir que haja efetivo efeito dissuasório. A subjetividade inerente à quantificação do dano extrapatrimonial sempre foi alvo de acaloradas discussões, de modo que não se poderia perder a oportunidade de utilizar adequadamente um dos critérios que atrai para a quantificação uma margem de objetividade, especialmente com a função precípua de garantir a dissuasão das condutas combatidas.

Ainda no ano de 2021, o Superior Tribunal de Justiça confirmou, no julgamento do REsp n. 1.832.217, a maior condenação por danos extrapatrimoniais coletivos apreciada no âmbito da corte superior, utilizados os critérios de pesquisa delimitados no início deste tópico. A ação civil pública foi originalmente ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios em face de Tim Celular S.A. Haja vista o escopo da pesquisa, serão abordados tão somente os aspectos do julgado que se relacionam com o dano extrapatrimonial coletivo, sem que sejam feitas menções aos pedidos de condenação por danos materiais, morais individuais e de obrigações de realizar contrapropaganda.

A contenda discutia a ilegalidade da conduta adotada pela Tim Celular S.A. quanto ao tratamento dispensado aos consumidores aderentes ao plano “Tim Infinity”. O plano consistia no pagamento único por ligações, independentemente do tempo efetivo de chamada. Os consumidores, contudo, alegaram que a companhia telefônica adotava a prática dolosa de “derrubar” as ligações, de sorte a forçar os consumidores a realizarem novas chamadas e, por via de consequência, pagamentos adicionais.

A ANATEL comprovou, além do defeito inicial na qualidade do serviço, a conduta dolosa de desconexão (derrubada) de ligações que ultrapassassem o período de uma hora e vinte minutos. Havia, segundo a agência reguladora, uma prática padronizada nesse sentido. Não se apontou, portanto, culpa ou má qualidade do serviço, mas uma ação deliberada. A conduta era também discriminatória, pois não se repetia com os clientes dos demais planos.

Desde a decisão de primeiro grau, o dano extrapatrimonial coletivo restou consignado, sob o fundamento de que a sociedade consumidora de telefonia móvel, que representa a grande maioria dos habitantes do país, foi enganada, aviltada e ludibriada pela publicidade enganosa. A fixação da condenação por dano moral coletivo, no primeiro grau, foi de R\$ 100.000.000,00, e levou em consideração a receita operacional líquida da companhia no ano de 2011,

---

se deve evitar o enriquecimento sem causa originado do proveito patrimonial obtido com a prática do ilícito. A condenação foi arbitrada em R\$ 200.000,00, sem o auxílio de critérios objetivos.

quantificada em R\$ 16.282.388.000,00 (dezesesseis bilhões, duzentos e oitenta e dois milhões, trezentos e oitenta e oito mil reais), para além da conduta dolosa, o prejuízo aos consumidores, o lucro ilegítimo obtido e a reprovabilidade do ilícito, qualificada pela quebra de confiança neste setor do mercado de consumo.

Adentrou-se, no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, à discussão no que diz respeito à quantificação dos danos extrapatrimoniais coletivos. Inicialmente, a desembargadora relatora Maria Ivatônia arbitrou a condenação no patamar de R\$ 15.000.000,00. Inobstante, ao longo dos debates com os demais julgadores, reviu a sua posição. A julgadora analisou pormenorizadamente a receita operacional líquida do ano de 2011, com resultado superior a 16 bilhões de reais. Ademais, referiu a gravidade da conduta dolosa e do lucro ilegítimo obtido por meio da prática reprovável.

O desembargador vogal Josaphá Francisco dos Santos ponderou no sentido de que a condenação deve cumprir o caráter pedagógico da indenização, especialmente diante da reincidência e da capacidade financeira da companhia telefônica. Reforçou, em seu voto, a necessidade de que a indenização previna a reiteração da conduta ilícita. Por fim, mencionou que, à vista da receita operacional líquida da companhia, a condenação em quantia inferior a R\$ 50.000.000,00 representaria valor irrisório, incapaz, inclusive, de combater o acréscimo patrimonial decorrente da prática ilícita.

Em conclusão, os desembargadores convergiram no sentido de fixar a condenação por danos extrapatrimoniais coletivos no montante de R\$ 50.000.000,00, tendo ambos reconhecido que a fixação em patamar inferior representaria uma contribuição para que as empresas continuassem a destratar e desrespeitar os consumidores. A fundamentação da quantificação residiu na confirmação da necessidade de concretizar a função inibitória de condutas ilícitas, à vista da gravidade da prática de derrubar ligações.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o ministro relator Ricardo Villas Bôas Cuevas, em aprofundado voto referendou as conclusões adotadas pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Mencionou que a corte da cidadania deve interferir na quantificação das condenações por danos extrapatrimoniais tão somente nas hipóteses em que a decisão guerreada apresentar condenações exageradas ou irrisórias. Contudo, ao verificar as circunstâncias e as particularidades do caso concreto, notadamente com os aportes da decisão de primeiro grau e do acórdão do Tribunal de Justiça, o ministro relator registrou não haver flagrante desproporção no montante indenizatório que justificasse a necessidade da excepcional intervenção por parte do STJ.



Importa referir que o precedente acima descrito ainda se encontra em trâmite no âmbito da corte, sem que tenha havido trânsito em julgado, haja vista a pendência de julgamento de Embargos de Divergência. Não se discute, contudo, os critérios de quantificação ou a própria quantificação, mas tão somente aspectos processuais a respeito da inversão do ônus probatório na fase de conhecimento, como forma de buscar a declaração de uma nulidade.

Os precedentes acima listados apresentam em comum a discussão a respeito da quantificação do dano moral coletivo, seja em termos de critérios e métodos, seja na validação das opções adotadas pelas instâncias inferiores. Assim como o próprio percurso de compreensão, assimilação e aceitação do dano extrapatrimonial coletivo enquanto instituto autônomo, os debates no que se refere à quantificação das condenações também ultrapassou fases de desenvolvimento.

Naturalmente, quando o instituto não era bem recebido pela jurisprudência pátria, a quantificação era um campo inexplorado pelos juristas. De forma gradual, o instituto foi aceito e passou a compor condenações de determinados atores econômicos, geralmente relacionados aos danos ambientais e aos consumidores. É bem verdade que as manifestações judiciais no sentido de não reconhecimento do dano moral coletivo enquanto instituto autônomo e, portanto, viável, se tornaram refratárias.

Inobstante, o dano moral coletivo não era percebido detalhadamente a respeito de suas distinções em relação à esfera extrapatrimonial individual. Como resultado, as condenações refletiam valores extremamente reduzidos, praticamente comparáveis aos danos verificados pelos indivíduos.

As condenações em valores irrisórios não foram suficientes para reparar indiretamente os danos apurados e tampouco ensejaram a mudança de comportamento por parte daqueles que haviam sido condenados. Ou seja, era economicamente viável a manutenção de comportamentos, ainda que ilícitos, em face da parca resposta por parte do Poder Judiciário. A partir de então, passou-se a discutir, de modo mais aprofundado, quais eram as funções do dano extrapatrimonial coletivo enquanto instituto de responsabilidade civil.

Indubitavelmente, doutrina e jurisprudência avançaram significativamente no que tange ao reconhecimento das funções precípuas do dano extrapatrimonial coletivo, em linha com as temáticas abordadas ao longo do capítulo anterior. No entanto, verificou-se uma longa distância entre as funções enunciadas do instituto e a sua aplicação prática no cotidiano do Poder Judiciário.

Isto porque, muito embora tenham sido reconhecidas como primordiais as funções preventivas e punitivas, as condenações ainda se apresentavam em patamares

significativamente reduzidos. Em suma, mesmo que as decisões mencionassem a predominância das funções preventiva e punitiva, a quantificação das condenações não refletia as finalidades do instituto.

Ao longo da análise dos precedentes deste tópico, percebe-se que as decisões apresentam um padrão de menção das funções do instituto, seguida da enumeração de certos critérios de quantificação da condenação. Em um momento inicial, as decisões listavam critérios como a relevância do interesse transindividual lesado, a gravidade e a repercussão da lesão, a situação econômica do ofensor, o proveito econômico obtido com a conduta ilícita, o grau da culpa ou do dolo, a verificação de reincidência e o grau de reprovabilidade social. Porém, após a menção às funções do instituto e aos critérios supostamente tidos em conta para a quantificação do dano percebido, os julgadores simplesmente apresentavam um valor estimado.

Em parte esmagadora dos julgados, o valor arbitrado a título de compensação pelos danos extrapatrimoniais coletivos nem sequer se mostra capaz de reparar indiretamente, ou seja, a cobrir os prejuízos efetivamente impostos à coletividade. Como consequência, as funções punitiva e preventiva acabam por se apresentar tão somente como cartas de intenções dos julgadores, pautadas nas lições da doutrina especializada na temática da tutela coletiva.

As quantificações têm sido fixadas, em regra, por meio do arbitramento de um valor mínimo, em que o julgador atribui, por si, o *quantum* a ser pago a título de danos morais coletivos. Como regra, são considerados os critérios delineados acima. Mais recentemente, observa-se a iniciativa de parcela minoritária dos ministros do Superior Tribunal de Justiça quanto ao uso de um critério bifásico de quantificação, que será melhor abordado adiante, após iniciativa do ministro Luís Felipe Salomão.

Inclusive, nesse sentido, é possível nos precedentes mais recentes um significativo avanço em termos de detalhamento dos aspectos considerados para a fase de quantificação do dano moral coletivo. Como exemplo, cumpre mencionar os julgados da lavra do ministro Luís Felipe Salomão, em que o relator apresenta o proveito econômico incontroverso obtido com o ilícito. Nada obstante, mesmo atingindo um valor que representa, sem meias palavras, um lucro ilegítimo, as condenações finais, nos precedentes analisados, representaram menos de 30% do proveito econômico incontroverso.

Dessa forma, mesmo que presentes as considerações teoricamente consistentes no que toca às finalidades do dano extrapatrimonial coletivo, às funções que devem ser atribuídas às condenações, aos critérios e métodos de quantificação, é inafastável a incapacidade prática de verificar a concretização dos aspectos teóricos desenvolvidos. É absolutamente

contraproducente que a fundamentação das decisões judiciais não encontre eco em suas conclusões e, especialmente, em seus efeitos práticos a serem observados na sociedade.

Em parte, pode-se atribuir tal dificuldade à absoluta subjetividade que reina no campo dos danos extrapatrimoniais. Por este motivo, entende-se como essencial que sejam estabelecidas balizas mínimas de quantificação das condenações por danos morais coletivos que sejam capazes de, ao menos, representar o valor correspondente ao proveito econômico obtido por meio do ilícito. Trata-se de patamar civilizatório inegociável para que, enfim, se possa esperar um avanço na tutela dos direitos transindividuais.

Conforme observa-se da prática forense, inclusive com anotações por parte de ministros do Superior Tribunal de Justiça, o ilícito perpetrado em face da coletividade de consumidores compensa economicamente, ou seja, responde à uma lógica de incentivos financeiros. Não à toa, o número de ações civis públicas para discutir danos aos direitos transindividuais dos consumidores cresce ano a ano, com manutenção sólida dos setores da economia que mais são processados por danos à coletividade, como se verá no próximo tópico.

A análise e a síntese dos julgados demonstram que o percurso do dano moral coletivo ainda pende de ajustes teóricos e práticos que sejam capazes de concretizar as finalidades do instituto. Assim sendo, o presente capítulo pretende oferecer um incipiente estudo a respeito dos alicerces mínimos que devem ser utilizados para sustentar, na fase de quantificação do dano moral coletivo, a função preventiva da responsabilidade civil, especialmente para dissuadir os fornecedores quanto às práticas violadoras dos direitos transindividuais dos consumidores.

O estudo que se pretende desenvolver ao longo do capítulo não apresenta a pretensão de determinar a melhor forma de quantificar os danos extrapatrimoniais coletivos. Contudo, buscará estabelecer patamares mínimos para que sejam respeitadas as finalidades do instituto. Não se pode olvidar, no ponto, e já de forma a adiantar um dos aspectos mais essenciais à quantificação, que a fase de definição da condenação deve observar de forma pormenorizada os detalhes da demanda em questão.

Nesse sentido, aos operadores do direito devem ser oferecidos instrumentais alternativos para apresentarem demandas que, desde a origem, viabilizem a melhor forma de quantificação de eventual dano, ainda que não reconhecido o dever de indenizar. Estes limites podem, eventualmente, demandar uma etapa de investigação pré-processual ou mesmo a delimitação de pedidos específicos para que ao legitimado da ação civil pública sejam franqueados dados financeiros e operacionais dos atores econômicos ofensores dos direitos transindividuais dos consumidores.

Porém, antes de detalhar o objeto a ser estudado, é necessário observar e compreender o fenômeno que se pretende combater: a ilicitude lucrativa. O combate à ilicitude lucrativa é o ponto de partida para a concretização da função preventiva da responsabilidade civil. Não há como esperar que, inexistindo proveito econômico decorrente da conduta ilícita, os fornecedores permanecerão a violar direitos transindividuais dos consumidores. Pelo contrário, diante da existência de condenações substanciais, que retirem qualquer lucro ilegítimo, o incentivo será o oposto, ou seja, será direcionado à adequação das condutas para que estejam em consonância com as normas que regem as relações de consumo.

#### **4.2 O fenômeno da ilicitude lucrativa e a Análise Econômica do Direito**

Para compreender a razão pela qual a coordenação entre os atores jurídicos tem sido insuficiente para a finalidade de garantir o cumprimento das normas e o respeito aos direitos transindividuais dos consumidores, faz-se mister a análise do fenômeno da ilicitude lucrativa. Embora o fenômeno seja observado no cotidiano das lides consumeristas, notadamente pela reiteração das condutas ilícitas por parte dos mesmos fornecedores ou de fornecedores distintos em mercados assemelhados, a consolidação da ilicitude lucrativa como conceito técnico e operacional para a análise das relações de consumo foi obtida por iniciativa de Pedro Rubim Borges Fortes (2019).

A partir de uma análise empírica, pautada essencialmente no seu ofício enquanto Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, Pedro Rubim Borges Fortes conduziu uma investigação com dados de mais de 20 anos de demandas coletivas relacionadas ao direito do consumidor no âmbito do Judiciário fluminense, entre os anos de 1991 e 2010. A pesquisa foi validada por estudiosos não apenas do Brasil, como de diversos países cujos sistemas jurídicos se distinguem em diferentes graus com relação ao ordenamento brasileiro. Os aportes dos atores jurídicos entrevistados, como magistrados, promotores, defensores públicos e advogados, assim como de pesquisadores da Alemanha, Estados Unidos da América, México, Inglaterra, entre outros, foram significativos para um resultado respeitável e consistente.

Conforme delineado no capítulo anterior, não apenas o sistema de responsabilidade civil, mas também o subsistema consumerista garante às vítimas de danos, incluída a coletividade, a prevenção e a efetiva reparação de danos. A prevenção de danos, portanto, é um ditame legal do Código de Defesa do Consumidor, prevista como um direito básico do consumidor, nos termos do art. 6º, VI. Espera-se, portanto, que o subsistema de consumo e os

atores jurídicos nele envolvidos orientem as suas atuações para garantir a prevenção e a reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

Inobstante, a despeito da previsão legal e dos alicerces do sistema de responsabilidade civil orientados pela Constituição Federal de 1988, observa-se uma crescente litigiosidade entre consumidores e fornecedores. Ao que interessa à pesquisa ora desenvolvida, nota-se um incremento significativo das ações civis públicas que buscam a condenação de fornecedores cujas condutas perpetraram danos extrapatrimoniais à coletividade. Ou seja, mesmo com a existência de um arcabouço normativo capaz de definir a conduta esperada e, em caso de descumprimento, a resposta do sistema jurídico para prevenir a recorrência das condutas ilícitas, percebe-se que, via de regra, a atuação do Poder Judiciário não é suficiente para incentivar mudanças efetivas de comportamento dos fornecedores.

Nas palavras de Pedro Rubim Borges Fortes, a ilicitude lucrativa é verificada quando as “empresas brasileiras violam o direito devido aos incentivos econômicos para fazê-lo” (2019, p. 106). Os incentivos econômicos para a manutenção de condutas ilícitas decorrem de diversos fatores, dentre os quais é possível citar a ausência de respostas efetivas por parte do sistema de justiça na condução dos institutos de responsabilidade civil. Diante da relutância não apenas da quantificação das condenações, mas mesmo da aplicação de institutos de tutela coletiva por parte do Poder Judiciário, os atores econômicos sentem-se confortáveis em perpetrar violações à coletividade em face da leniência verificada na prática forense.

#### **4.2.1 Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*): conceitos operacionais**

Cumprido, no ponto, verificar brevemente uma síntese do sistema de incentivos sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, doravante AED, que pretende se socorrer de bases utilitaristas para viabilizar um pretensão realismo jurídico. Impende, de início, destacar que a AED não é a única forma de abordar a interdisciplinaridade entre Direito e Economia. Trata-se, portanto, de opção metodológica de análise de uma das correntes que investiga as relações entre atores econômicos e o arcabouço jurídico.

Não se desconhece que as bases da *Law and Economics* (ou Análise Econômica do Direito) residem no utilitarismo inglês, desenvolvido a partir do século XVIII por relevantes pensadores como Jeremy Bentham e John Stuart Mill (DAL PIZZOL, 2020, p. 210). A ideia central do utilitarismo reside nas noções de dor e prazer enquanto expressões dos interesses somados dos indivíduos de um determinado grupo social. No que se refere especificamente ao raciocínio jurídico utilitarista, Amartya Sen o resume como a união de três vieses distintos: a)

consequencialismo das decisões; b) a dependência dos julgamentos com relação às informações de utilidade em termos de felicidade ou satisfação (*welfarismo*); c) a preferência por soluções com soma maior de utilidade de acordo com a percepção dos indivíduos (SEN, 2011, p. 252).

Para o que se pretende investigar, notadamente quanto à ilicitude lucrativa e ao sistema de incentivos de manutenção de condutas indesejadas socialmente, deve-se verificar os elementos centrais da filosofia utilitarista ecoada pela AED. Ricardo Dal Pizzol aduz que os valores presentes na análise pautada no utilitarismo aplicado às relações jurídicas são: a) a eficiência; b) o pressuposto da escolha racional; c) o princípio do individualismo metodológico (2020, p. 2011). Em suma, sob o ponto de vista da AED, as escolhas das pessoas, das organizações, dos atores econômicos, dos fornecedores e dos demais sujeitos sociais são orientadas pela busca da eficiência, pela capacidade de ordenar as alternativas de acordo com a utilidade esperada de cada uma e de que as decisões que impactam a coletividade devem considerar a consequência em cada indivíduo.

A análise sobre as relações sociais e os impactos jurídicos a partir da AED representam um inequívoco contraponto com a visão formalista e estruturalista do direito. Segundo Richard Posner, a pretensão de conceber um sistema jurídico formalista, estático e atemporal resultava em um sistema jurídico totalmente separado da realidade, já que se pautava em relações abstratas, sem eco no cotidiano dos cidadãos (POSNER, 2007, p. 23).

A consolidação do viés realista do direito, com observância da funcionalidade dos institutos jurídicos, com necessários aportes interdisciplinares, notadamente com conceitos econômicos, conduziu os teóricos ao desenvolvimento da AED como conhecida hodiernamente. Concebe-se na década de 1940, com fortalecimento em 1960, por meio da publicação do artigo *The problem of social cost*, de autoria daqueles que são considerados os fundadores do movimento, Ronald Coase e Guido Calabresi. Em 1973, Richard Posner publicou obra voltada à unificação do método e das ferramentas da AED.

Na prática, o método proposto pela AED dedica-se a compreender duas questões principais, sendo a primeira, a positiva, relacionada aos efeitos de um determinado sistema jurídico em vigor, e a segunda, a normativa, quanto ao sistema jurídico que deveria existir para melhor atender aos interesses da sociedade. Em outras palavras, a chamada vertente positiva busca compreender o direito como ele é, ao passo que a corrente normativa pretende analisar o direito como deveria ser para viabilizar uma melhor vida em sociedade (RODRIGUES, 2007, p. 33).

A constatação de que as condenações por danos extrapatrimoniais coletivos são insuficientes para as finalidades enunciadas da responsabilidade civil de consumo representam

o viés de análise positivo da AED. Nele, o pressuposto é de que os agentes realizam as suas escolhas de forma racional, com base em um sistema de incentivos, em que são sopesados os custos e benefícios das alternativas disponíveis. As funções da responsabilidade civil, nos termos apresentados no capítulo anterior, deveriam servir como instrumentos de incentivo das condutas socialmente desejadas. Na prática, como será analisado ao longo do presente tópico, verifica-se que a previsão dos comportamentos por parte dos atores jurídicos elucida os motivos pelos quais os direitos transindividuais dos consumidores seguem sendo violados de forma reiterada.

A análise normativa, doutra banda, investiga qual seria o cenário jurídico mais eficiente para que sejam reduzidos os custos sociais quanto a uma medida específica. No caso da pesquisa que se apresenta, por exemplo, o viés normativo buscaria elucidar de que forma o sistema de responsabilidade civil poderia anular os custos sociais decorrentes dos danos impostos à coletividade. Para tanto, seria fundamental um exame pormenorizado do dano em si, da conduta ilícita, dos custos de prevenção do dano, dos custos judiciais da responsabilização, dos custos atrelados à mudança operacional e estratégica do fornecedor ofensor, entre outros fatores de relevo na tomada da decisão do ator econômico em questão.

A insuficiência ou a ausência de responsabilização, fenômeno conhecido no direito estadunidense como *underdeterrence*, gera um efeito dissuasório mínimo ou mesmo negativo, de modo a incentivar o incremento de condutas que resultem em reiterados danos à coletividade. É o que se observa atualmente, no Brasil, nas relações de consumo que são judicializadas em razão de danos aos direitos transindividuais dos consumidores. Por outro lado, a responsabilização em medida exacerbada, chamada pelos norte-americanos de *overdeterrence*, tende a gerar um contexto de insegurança jurídica resultante na promoção de medidas preventivas em um nível acima do necessário, redundando em custos que são repassados aos próprios consumidores.

O desafio do sistema de responsabilidade civil, portanto, é instrumentalizar formas de incentivar comportamentos considerados virtuosos e desincentivar a manutenção de comportamentos nocivos aos direitos tutelados. Segundo Hugo Acciarri (2004, p. 37), os sujeitos fazem e deixam de fazer coisas em resposta aos estímulos positivos e negativos, de modo que, sabendo que as consequências serão mais nocivas que os benefícios auferidos com a conduta, o sujeito optará por não a executar ou, após executar, modificará as suas ações.

A eficiência de um sistema voltado à promoção de determinados comportamentos e à dissuasão de outros deve ser preciso quanto ao estabelecimento de incentivos, positivos e negativos, beneficiando a própria coletividade. Ricardo Dal Pizzol (2020, p. 216) refere que

esta situação de eficiência do sistema de responsabilidade civil significa que o nível ótimo de prevenção foi viabilizado. A condição para que o nível ótimo de prevenção seja observado é a de que a elevação dos gastos de prevenção não represente mais para o fornecedor uma economia, em medida semelhante ou em maior grau que os danos potencialmente gerados.

Isto porque, havendo custos de prevenção abaixo do nível ótimo, a responsabilização será insuficiente; por outro lado, sendo os custos muito acima do nível ótimo, as atividades econômicas serão desincentivadas ou mesmo inviabilizadas. Dessa forma, o estudo a respeito da quantificação do dano moral coletivo deve ter em conta a necessidade de atingir um nível ótimo de prevenção, de sorte que as escolhas racionais dos fornecedores apresentem a necessidade de validar os custos atinentes às externalidades negativas de suas atividades.

A AED, nesse sentido, apresenta um modo de pensar consequencialista, que se ocupa dos efeitos das ações, omissões e decisões dos atores sociais. Esta forma de pensar não apenas e responsabilidade civil, mas o sistema jurídico como um todo, é absolutamente compatível com a percepção funcionalista dos institutos jurídicos. Assim sendo, os comportamentos devem ser orientados no sentido de atenderem às finalidades do sistema jurídico em questão.

Não por outro motivo, as normas ambientais, as normas de proteção ao consumidor e as regulamentações a respeito dos padrões mínimos de segurança de determinadas atividades econômicas representam intransponível limitação à liberdade econômica. Inclusive, esta é a disposição dos incisos do art. 170 da Constituição brasileira. No entanto, o trato com as limitações à liberdade econômica deve ser cuidadoso, haja vista a mencionada estrutura de escolhas eficientes, racionais e metodológicas dos atores econômicos. No ponto, devem ser verificadas as diferenças de racionalidade do sistema tradicional de responsabilidade civil e da visão da AED sobre o fenômeno dos danos.

Isto porque, a despeito da releitura dos institutos de responsabilidade civil a partir da CRFB/1988 e do CC/2002, a aplicação prática do instrumental de concretização dos deveres decorrentes do ilícito mostra-se desconectada do discurso reverberado pela doutrina e pela própria jurisprudência, notadamente na etapa de quantificação das condenações. Pretende-se, nesta etapa da pesquisa, compreender a estrutura de incentivos proposta pela AED, especialmente para o fim de demonstrar a necessidade de adequação da atuação dos atores jurídicos no que toca à quantificação dos danos transindividuais impostos à coletividade de consumidores.

Este introito se faz necessário em razão da parca afeição dos juristas brasileiros com os conceitos operacionais da AED, ainda que haja uma crescente significativa de pesquisas que buscam difundir as análises econômicas no ordenamento pátrio. Os Estados Unidos da América,



por outro lado, vivem contexto absolutamente distinto, em que há um fértil terreno para as análises que consideram conceitos econômicos como forma de compreender fenômenos e antever efeitos e consequências de ações, omissões e decisões. Destaca-se, no ponto, que os países de *civil law*, como é o caso do Brasil, são menos familiarizados com os instrumentos analíticos da AED, assim como com abordagens interdisciplinares, em razão da forte influência do positivismo e do formalismo jurídico.

Portanto, a fim de familiarizar o leitor com os conceitos que alicerçam a necessidade de revisão dos métodos e critérios de quantificação dos danos morais coletivos, cumpre referir as três premissas fundamentais da AED: a) os agentes econômicos fazem escolhas racionais, com foco na utilidade; b) a unidade de análise fundamental são as escolhas individuais, de sorte que a atuação de empresas, governos e outras entidades se relacionam com a soma dos benefícios individuais potencialmente obtidos; c) o critério fundamental para analisar ações, omissões, decisões e normas deve ser a eficiência, consubstanciada na análise do menor custo social total (RODRIGUES, 2007, p. 14).

Para além de buscar garantir uma racionalidade não apenas nas decisões, como também nas normas, a AED tem por premissa a existência de um padrão comportamental que faz com que os atores de uma determinada sociedade concretizem escolhas racionais. Em outras palavras, os indivíduos e as entidades formadas por indivíduos sempre agirão em busca da maximização de seu bem-estar. A busca, portanto, é pelo melhor custo-benefício em cada escolha a ser concretizada pelos sujeitos.

Diante da existência de diversas alternativas, o indivíduo racional optará sempre pela que for mais útil, com maiores benefícios. No que se refere às decisões judiciais, há uma ponderação quanto ao alcance da racionalidade do agente. Espera-se que os atores do Poder Judiciário, a partir de uma análise consequencialista, consolidem provimentos judiciais que acarretem maiores benefícios para a sociedade conjuntamente considerada. O decisor, nesse sentido, não observa a própria satisfação enquanto agente individual, mas deve observar a reverberação de uma determinada decisão em relação a todo corpo social.

A necessidade de concretização de escolhas racionais decorre da própria escassez de recursos advinda de ilimitada demanda humana. Assim sendo, os indivíduos buscam fazer o melhor proveito possível dos escassos recursos alcançados, ou seja, maximizam a utilidade dos bens por meio de escolhas racionais.

A aplicação da teoria das escolhas racionais à responsabilidade civil é bem elucidada por Diogo Mendonça ao exemplificar a atuação danosa de determinados agentes econômicos. Para o estudioso, o ofensor aumentará a prática de uma atividade danosa em face de terceiros

se, e somente se, os benefícios decorrentes do acréscimo de atividade forem maiores ou iguais aos custos também decorrentes desse incremento (MENDONÇA, 2012, p. 21). No cálculo estão incluídos, naturalmente, os custos atinentes ao sistema de responsabilidade civil.

Em linha de continuação, o mesmo autor refere, de forma intuitiva, que o agente será encorajado a investir em prevenção aos danos até o ponto em que seja vantajoso tal investimento. Ou seja, até o ponto em que cada real investido em estratégias de prevenção resulte em, ao menos, um real economizado em potenciais danos a serem eventualmente indenizados. Em termos econômicos, é vantajoso investir em prevenção até o momento em que os benefícios marginais sejam iguais aos custos marginais (MENDONÇA, 2012, p. 21).

Ricardo Dal Pizzol (2020, p. 222) realiza ressalva importante, no sentido de que o modelo das escolhas racionais realiza a presunção de que aos sujeitos é garantida plenitude informacional e material para a realização das escolhas. Assim, o modelo teórico supõe que os sujeitos são plenamente informados a respeito dos fatores essenciais para a tomada de uma decisão racional, inclusive com uma neutralidade hermética quanto aos riscos. Isto porque um modelo teórico necessariamente deve simplificar a realidade.

Percebe-se, assim, que mesmo o modelo das escolhas racionais é baseado em uma racionalidade limitada. Em razão da limitação de processamento de informações, os indivíduos acabam por considerar, em suas decisões, atalhos que tornam imprecisas e menos racionais as escolhas, como regras de experiência e preconceitos. Estudiosos buscam incorporar às teorias as falhas previsíveis dos comportamentos humanos, muito embora a racionalidade limitada seja suficiente para antever os efeitos no corpo social de determinadas normas, políticas públicas, ações, omissões ou mesmo de decisões judiciais.

Dessa forma, aplicando-se a teoria das escolhas racionais à tutela da coletividade de consumidores, tem-se que o comportamento esperado dos fornecedores é o que garanta a melhor utilidade dos bens, consideradas as circunstâncias de custos e benefícios. Assim sendo, os comportamentos são incentivados ou desincentivados com base em uma inescapável estrutura analítica que considera, entre outros fatores, o lucro obtido com a operação e os riscos atinentes à manutenção de determinada conduta.

Na prática, portanto, em havendo um proveito econômico decorrente de um ilícito que não é combatido suficientemente pelo sistema de justiça, seja pelo baixo risco de condenações ou mesmo pela verificação recorrente de condenações irrisórias, a conduta será mantida. Por outro lado, havendo condenações substanciais, com elevado risco para o resultado financeiro do fornecedor, verifica-se que a estrutura de incentivos conduz o fornecedor a incrementar os níveis de prevenção de uma determinada operação.

É justamente a indução de uma escolha racional que tutele efetivamente os direitos transindividuais dos consumidores que se pretende atingir por meio da adequada quantificação dos danos extrapatrimoniais coletivos verificados em condutas reprováveis dos fornecedores. Vencida a análise de uma das premissas da AED, cumpre verificar a segunda premissa, consistente no individualismo metodológico.

O individualismo metodológico representa a forma de analisar as escolhas racionais pautadas na eficiência, sempre considerando as ações humanas segundo a perspectiva dos agentes individuais. O fundamento da necessidade de analisar as ações humanas segundo a ótica do indivíduo reside no fato de que, supostamente, os agentes econômicos elegem suas ações de acordo com os princípios básicos da ação humana individual, e não em sujeitos coletivos.

Dessa forma, mesmo os modelos de comportamento coletivo assumem por base as escolhas individuais, sempre partindo do pressuposto que são voltadas racionalmente à maximização do bem-estar. Em decorrência da escassez, a escolha de cada sujeito é advinda da realidade fática de que os bens não são suficientes para atender, simultaneamente, as necessidades de todos os membros da sociedade, a se materializar como um fator considerado no contexto de escolha racional e individual (LORENZETTI, 2010, p. 194).

Nos termos lecionados por Ricardo Dal Pizzol, o individualismo metodológico representa uma forma de reducionismo analítico, já que considera que os fenômenos sociais complexos só podem ser compreendidos a partir das partes que o compõem (2020, p. 224). Nestes termos, mesmo as ações de entes coletivos dependem de estados intencionais que mobilizam decisões individuais. Segundo Paula Forgioni (2006, p. 38), mesmo os comportamentos de sociedades empresariais e entes governamentais devem ser analisados como o resultado da soma de múltiplas decisões individuais.

No âmbito da tutela coletiva dos consumidores, a ação dos fornecedores, portanto, atende aos anseios das partes que os compõem, de sorte que os comportamentos são regrados com o proveito individual a ser obtido por cada sócio ou investidor. Permanece hígida, portanto, a lógica dos proveitos auferidos. Por outro lado, as decisões do Poder Judiciário, capazes de refrear práticas ilícitas que gerem prejuízo à coletividade, devem ser guiadas pela utilidade individual a ser percebida por cada membro do corpo social, ou seja, com foco nos efeitos de um determinado provimento.

O último dos pressupostos da AED a ser enfrentado é o da eficiência, cujo objetivo é a obtenção do menor custo social total em determinada conduta dos atores sociais. Este é o critério fundamental para propor e analisar decisões humanas e normas jurídicas e sociais. Para

tanto, devem ser analisados os conceitos de nível ótimo de prevenção, das externalidades, com base no Teorema de Coase e das regras de proteção de bens jurídicos.

O viés de análise do pressuposto da eficiência será o da responsabilidade civil, à vista do escopo investigado. Para Diogo Mendonça (2012, p. 57), a solução eficiente em termos de responsabilidade civil residirá no menor custo social de acordo com as circunstâncias do caso concreto. São considerados critérios relevantes para a obtenção do custo social total os custos de prevenção, os custos administrativos para o atingimento de determinado provimento jurisdicional e os custos do dano em si, não apenas em termos individuais, mas também sociais.

A eficiência, portanto, surge como racionalidade indutora de comportamentos, inspirada pelo pressuposto das escolhas racionais, e considerando que as normas e precedentes representam insumos do sistema de incentivos. Conforme descreve Hugo Acciarri (2014, p. 37), a eficiência, as escolhas racionais e os incentivos são suficientes para tornar determinadas alternativas de condutas mais atraentes que outras. E é justamente sob estas bases que o sistema de responsabilidade civil deve se orientar com os aportes da AED, incentivando que os agentes, outrora orientados tão somente por seus próprios interesses, passem a adotar soluções eficientes sob a ótica social, ainda que por intervenção de provimentos de terceiros, como aqueles advindos do Poder Judiciário.

Intuitivamente, não soaria absurdo imaginar que a sociedade busca, em regra, evitar acidentes e danos aos consumidores a qualquer custo, especialmente em observância aos valores e bens jurídicos previstos pela sucessão de normas inaugurada com a CRFB/1988. Não é o que ocorre, no entanto, na prática. Isto porque o primado da eficiência faz surgir o conceito de nível ótimo de prevenção, que considera não apenas a conduta do potencial lesante, como também os custos e fatores externos a ela relacionados (custos administrativos, custos informacionais, eventuais custos de prevenção e custos de reparação do dano esperado).

Guido Calabresi foi o precursor da AED voltada à responsabilidade civil, com lançamento por meio do artigo “*Some thoughts on risk distribution and the law of torts*”. Em seus estudos, Calabresi (1961) verificou que a responsabilidade civil gera custo tanto dos danos ocasionados por condutas indesejadas quanto das medidas de prevenção para evitar danos indesejados. É neste contexto de sopesamento entre os custos de prevenção aos danos e os custos do dano em si que reside a análise do nível ótimo de prevenção.

Sinteticamente, o nível ótimo de prevenção considera que é pouco eficiente e inviável sob o ponto de vista econômico buscar evitar completamente qualquer tipo de dano. O alto custo atrelado à segurança utópica inviabilizaria certos mercados, e representa um modelo teórico capaz de descrever os incentivos relacionados com a busca pela prevenção dos danos.

A anulação de riscos e de danos, como mencionado, não apresenta, como regra, o menor custo social total. A prevenção “total” traz consigo a necessidade de investimentos com os chamados custos explícitos (saída efetiva de recursos com dispositivos de segurança, mecanismos reserva de segurança, aquisição de materiais mais seguros, investimento em procedimentos operacionais de garantia constante de segurança, etc) e com os custos de oportunidade, ou seja, o valor representativo do que se deixou de ganhar com a possibilidade de adoção de outras alternativas, com a perda de tempo e com os custos financeiros decorrentes dos investimentos que poderiam estar alocados em opções monetariamente mais vantajosas (MARISTRELLO PORTO, 2012, p. 185).

Em parte significativa dos setores econômicos, o nível “zero” de danos é viável tão somente com a completa paralisação da atividade, algo absolutamente indesejável do ponto de vista social. Dessa forma, deve-se compreender o equilíbrio entre investimentos em prevenção, potenciais custos com os danos e os custos sociais totais desta intersecção. Ricardo Dal Pizzol (2020, p. 225) bem sintetiza esta situação, aduzindo que o nível ótimo de prevenção representa o ponto em que os gastos em prevenção não mais se justificam, já que passam a causar, em substituição à redução no custo total, um aumento do custo total. Em outras palavras, os benefícios marginais dos investimentos em prevenção se igualam aos custos marginais, de sorte que um real acrescido em gastos de prevenção resultará em apenas um real economizado nos danos a serem indenizados.

Para alterar as variáveis entre custo social do dano e os custos de prevenção dos danos, os gastos decorrentes das condenações judiciais em razão de condutas socialmente indesejáveis são fundamentais. Naturalmente, os fornecedores computam o potencial custo efetivo das condutas ilícitas, sendo certo que os custos relacionados às compensações compõem a rubrica em questão. Quanto aos danos extrapatrimoniais coletivos, as condenações deveriam ser suficientes, por si, de tornar as condutas ilícitas inviáveis do ponto de vista econômico. Não é o que acontece na prática, como se extrai dos precedentes.

Nas hipóteses em que os custos relacionados com a concretização do dano são inferiores aos custos com a implementação de medidas preventivas, observa-se o chamado “dano eficiente”. O dano eficiente se relaciona diretamente com a ilicitude lucrativa, e são observados de forma marcada no âmbito dos direitos transindividuais dos consumidores. Para melhor ilustrar a reprovável situação, cumpre referenciar as lições de César Fiúza (2004, p. 692):

Fala-se, por fim, em dano eficiente e dano ineficiente. Ocorre dano eficiente quando for mais compensador para o agente pagar eventuais indenizações do

que prevenir o dano. Se uma montadora verificar que uma série de automóveis foi produzida com defeito que pode causar danos aos consumidores, e se esta mesma empresa, após alguns cálculos, concluir ser preferível pagar eventuais indenizações pelos danos ocorridos em vez de proceder a um *recall* para consertar o defeito de todos os carros vendidos, estaremos diante do dano eficiente.

Não é dificultoso concluir que o contexto brasileiro demonstra que a ilicitude lucrativa é a opção de parte esmagadora dos fornecedores. Verifica-se, com facilidade maior, a escolha por parte das sociedades empresárias de telefonia, companhias aéreas, instituições financeiras, entre outras cujos setores são regulados. Ora, a existência de regulação não é capaz de induzir comportamentos virtuosos por parte destes fornecedores. Por outro lado, a própria regulação de mercados restringe as opções dos consumidores e favorece o ciclo vicioso dos danos aos consumidores.

No ponto, importa destacar que os conglomerados econômicos são capazes de estipular, antever e contingenciar eventuais danos que possam se concretizar em razão da deliberada adoção de condutas socialmente indesejadas. No cotidiano do Poder Judiciário, como explorado na análise de precedentes que abordam a quantificação do dano extrapatrimonial coletivo nas relações de consumo, verifica-se que a tarefa de predição dos agentes econômicos não se mostra inviável. Pelo contrário, a despeito de enunciar as funções preventiva e punitiva para fundamentar a quantificação das condenações, o caráter dissuasório não é verificado. O incentivo, conclui-se, é o inverso, fomentando a manutenção de condutas agressoras dos direitos transindividuais dos consumidores.

A opção por parte dos atores econômicos de se verem potencialmente declarados responsáveis por danos à coletividade é inaceitável em um sistema jurídico comprometido com a tutela integral da dignidade humana, inclusive quanto à projeção diante da coletividade. Por este motivo, deve-se analisar os efeitos das externalidades, segundo o Teorema de Coase, a fim de que se possa estabelecer as balizas para um equilíbrio eficiente entre prevenção em dano, com foco na tutela dos direitos transindividuais dos consumidores.

As externalidades são consequências, em custos e benefícios, do desenvolvimento de uma determinada atividade econômica em face de terceiros. As externalidades, positivas ou negativas, estão fora do sistema de preços, ou seja, fora do chamado mercado. A externalidade negativa aproxima-se, sob o ponto de vista econômico, do conceito jurídico de dano (ACCIARRI, 2014, p. 26).

Por sua característica de impingir impactos ou efeitos negativos sobre outros indivíduos, as externalidades negativas são tidas como falhas de mercado. Havendo a detecção

de uma externalidade negativa cujo efeito econômico foi positivo para o fornecedor ofensor, deve o Estado atuar para forçar a internalização do efeito negativo na própria atividade econômica, sem ônus à coletividade. A internalização das externalidades pode ser induzida não apenas pelo Poder Judiciário, como também por órgãos de fiscalização, pela atuação proativa de consumidores engajados e pela atuação coordenada para a concretização de efeitos reputacionais negativos sobre os negócios da sociedade empresária responsável pela perpetração dos danos sociais.

Por definição, as falhas de mercado afetam o sistema econômico. Igualmente, as externalidades negativas são consideradas como situações em que os prejuízos dos terceiros ofendidos não estão incluídos no cômputo dos custos de uma determinada operação econômica, ignorando a escassez relativa aos bens utilizados ou violados em detrimento dos prejudicados.

Como exemplo, portanto, menciona-se as atividades econômicas que desconsideram os direitos dos consumidores para o desenvolvimento de sua operação, sem incluir, em seu cálculo de custos, o aproveitamento de situações que violam os direitos enunciados. Ou seja, o custo final de produção de um bem ou serviço não pondera o montante que deveria ser gasto em medidas de prevenção, segurança e garantia dos direitos da coletividade de consumidores, de sorte que, ao “economizar” recursos com a violação de bens jurídicos alheios, o preço final será inferior ao que deveria ser resultante de uma atuação ética e tributária da observância das normas legais de regência de um determinado setor econômico.

A lógica das externalidades negativas é ainda mais cristalina no âmbito do direito ambiental. Diversos são os atores econômicos que se apropriam de bens ambientais sem qualquer contrapartida em favor da coletividade, ou mesmo que se utilizam dos escassos recursos naturais e relegam à coletividade a poluição e impactos irreversíveis. Nestes casos, não se cogita, por exemplo, que os atores econômicos paguem pelo uso do ar puro, de sorte que não há internalização dos custos relacionados ao uso do bem ambiental, tampouco dos impactos econômicos da poluição, que são socializados com a coletividade. É justamente estas distorções de preço, de concorrência e de consequências ao corpo coletivo que representam a falha de mercado.

Consideradas as circunstâncias exploradas adrede, percebe-se que os atores econômicos, notadamente os fornecedores, tomam decisões que não são eficientes do ponto de vista social, mas o são sob a ótica da eficiência econômica e financeira, à vista do proveito econômico obtido com a prática de condutas indesejadas. Isto porque o ator econômico percebe a integralidade dos benefícios advindos da operação econômica, mas delega os custos, sociais e de outros vieses, aos membros da sociedade.

Assim, mesmo que consideradas as externalidades e os impactos nos custos dos fornecedores, a diferença no resultado da atividade deve ser significativa, de modo a forçar a adoção de condutas éticas e sustentáveis do ponto de vista econômico. Na prática, por outro lado, os custos relacionados à prevenção de ilícitos e de danos aos direitos transindividuais dos consumidores acabam sendo desconsiderados para a finalidade de calcular o custo efetivo de uma determinada atividade, considerada a leniência da censura imposta às condutas ilícitas.

Com base no exposto, verifica-se que a função do direito, por meio da observância das externalidades negativas, é impedir que a existência de seus efeitos inviabilize a percepção de efeitos socialmente eficientes. De outra forma, deve o direito desincentivar o exercício de atividades que resultem em impactos (custos) sociais, consideradas as externalidades negativas, que superem os benefícios esperados (RODRIGUES, 2007, p. 42).

Segundo leciona Ricardo Dal Pizzol (2020, p. 229), a intuição conduz ao pensamento de que a solução jurídica esperada deveria ser a compulsória internalização, por parte do ator econômico em questão, das externalidades negativas por si causadas. Em outras palavras, deveria o agente econômico beneficiário da conduta lesiva à coletividade arcar com a integralidade dos malefícios gerados por suas condutas indesejadas. No entanto, Ronald Coase, pesquisador da Universidade de Chicago, apresentou estudo em que defendeu o caráter recíproco das externalidades negativas, por meio da publicação do artigo “*The problem of social cost*”, datado de 1960.

A abordagem tradicional da responsabilidade civil tende a medir o custo social a partir da forma com que se deve coibir o ofensor. Contudo, Ronald Coase defende que tal perspectiva é equivocada. Para o autor, a verdadeira questão a ser respondida é: o ofensor está autorizado a causar um dano na vítima ou a vítima está permitida a causar um dano no ofensor? O questionamento orienta a análise sob a ótica de que o dano mais sério deve ser evitado, e não o dano inicial.

A fim de exemplificar a reciprocidade dos efeitos danosos, Coase descreve o exemplo de um confeitiro cujo maquinário, com seus ruídos e vibrações, perturbavam a atividade de um profissional médico. Contudo, para evitar o dano ao médico, seria imposto um dano ao confeitiro. O problema apresentado, portanto, é sintetizado pela análise de conveniência da restrição dos métodos de produção dos quais o confeitiro poderia se utilizar, de sorte a assegurar mais atividade médica ao custo da redução da oferta de produtos de confeitaria. Sem juízo de valor prévio, uma escolha deve ser feita: oferta de produtos de confeitaria ou oferta de serviços médicos (COASE, 1960, p. 2).



Como desfecho, o estudioso acima referenciado sugere que o critério orientador das decisões deve ser a opção pelo dano menos grave, de forma a reduzir o dano social. O resultado, no ponto, deve ser a garantia de continuidade da atividade considerada mais valiosa a partir do critério de custo social efetivo.

A partir das balizas delineadas, Ronald Coase propôs um teorema que acabou sendo batizado com seu próprio sobrenome. O Teorema de Coase assume a premissa de que, em sendo livres as partes para barganhar a respeito das externalidades, considerando a inexistência de custos de transação, a negociação travada certamente acarretará a solução mais eficiente para a sociedade, independentemente da observância de eventual prescrição normativa. O viés teórico da proposição é marcado, haja vista a impossibilidade de prever uma transação sem custos de oportunidade, que estão consubstanciados nos custos de aquisição de informações essenciais à transação, nos custos de negociação e celebração de um acordo e nos custos de fazer ser respeitado os termos avençados entre as partes envolvidas.

O Teorema de Coase propõe que, independentemente da existência de regras específicas vigentes, as partes chegarão ao resultado mais eficiente, desde que preenchidos os requisitos expostos pelo estudioso, como a inexistência de custos de transação. Na prática, contudo, os custos de transação são numerosos e com valores significativos, de sorte que a decisão mais eficiente do ponto de vista social pode se tornar de visualização mais difícil não apenas para o lesado, mas também para o ofensor. A divisão dos custos decorrentes do dano e a solução mais eficiente para ambos se tornam mais distantes da realidade dos envolvidos.

Com a existência dos custos de transação, as ações tendentes à responsabilização dos agentes ofensores são mais frequentes, notadamente em razão da tangibilidade de fatores essenciais ao sistema jurídico civilista, como a existência de conduta e a possibilidade de aferição dos danos. Portanto, considerados os custos de transação, a solução jurídica mais eficiente será aquela que minimizar os custos de transação verificados (DAL PIZZOL, 2020, p. 233).

No meio de seu estudo, Ronald Coase ilustra a situação real a ser analisada, ou seja, reconhecendo a existência dos custos de transação. Para o autor, é importante que os direitos das partes envolvidas estejam bem delimitados, e que as decisões advindas do Poder Judiciário sejam revestidas de previsibilidade. Isto porque, consideradas estas características, poderão as partes viabilizar negociações mais eficientes para a coletividade. Com a influência dos custos de transação, contudo, muitas vezes o resultado eficiente é impedido na via negocial. Resta, nesse sentido, ao Poder Judiciário que influencie na atividade econômica (COASE, 1960, p. 16-19).

A preocupação de Coase residia justamente na nocividade que poderia advir da interferência do Poder Judiciário nas atividades econômicas, especialmente por presumir que, na média, os julgadores pouco entendam das consequências econômicas de suas decisões. A preocupação, porém, ultrapassa a raia da interferência econômica para atingir o campo das incertezas quanto ao conteúdo dos provimentos jurisdicionais. O futuro certamente foi eficaz em demonstrar, ao menos no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, que Coase estava certo em suas preocupações, mas não exatamente pelos motivos expostos.

Indubitavelmente, pelo teor dos precedentes analisados no tópico anterior, o Superior Tribunal de Justiça não se aprofunda adequadamente quanto aos efeitos de suas decisões no âmbito da tutela da coletividade, exercendo uma interferência simbólica em determinados mercados. Não são medidas, com o necessário rigor, as consequências desejadas de uma decisão voltada ao combate de danos transindividuais em face dos consumidores. Pior, a indesejada incerteza é substituída pela ainda mais indesejada certeza de que as condenações se mostram irrisórias se confrontadas com o poderio econômico dos agentes ofensores declarados responsáveis pelos danos verificados.

Por fim, após verificados os requisitos de análise e consolidação do nível ótimo de prevenção e da obtenção da solução jurídica mais eficiente diante das sabidas externalidades negativas e dos custos de transição, cumpre tecer breves comentários a respeito das regras enquanto instrumentos de garantia dos direitos enunciados. Para a finalidade de analisar as regras que regem da melhor forma o direito de danos, deve-se voltar o foco às regras de responsabilidade.

No campo da tutela da coletividade, não há dúvida que a responsabilização se mostra o caminho mais eficiente para compensar indiretamente os danos apurados. Nesse sentido, verificado o dano imposto à coletividade, é mandatório que o sistema de responsabilidade se ocupe da efetiva prevenção geral e específica, no sentido de buscar assegurar que os danos verificados não se repetirão, seja por conduta atribuível a um determinado fornecedor, seja por conduta de qualquer outro fornecedor de um determinado mercado que tenha tomado ciência do provimento jurisdicional.

Assim sendo, antes de adentrar efetivamente aos critérios e métodos de quantificação que, regados pelos fundamentos expostos adrede a respeito das finalidades da responsabilidade civil e das contribuições da AED, cumpre verificar os fatores que levam os fornecedores a manter comportamentos que violam os direitos transindividuais dos consumidores. A partir da análise que se propõe, restarão configuradas as bases sobre as quais, definitivamente, a

quantificação do dano extrapatrimonial coletivo deverá se orientar para cumprir efetivamente os valores defendidos pelo sistema jurídico.

#### **4.2.2 Comportamento dos fornecedores: fatores que favorecem o fenômeno da ilicitude lucrativa**

Conforme delineado por Pedro Rubim Borges Fortes, a ilicitude lucrativa é descrita como o fenômeno que incentiva atores econômicos a descumprir a lei (2019, p. 105). Naturalmente, em consonância com o exposto alhures, a manutenção de condutas indesejadas sob o ponto de vista social é tributária do nefasto proveito econômico obtido pelos atores econômicos. Deve-se, como forma de garantir a tutela efetiva dos direitos transindividuais, impor aos fornecedores condenações que sejam efetivas para garantir a mudança de comportamento dos fornecedores.

No cotidiano da tutela coletiva, percebe-se que determinados setores econômicos compõem a “clientela” das ações civis públicas que discutem as violações aos direitos transindividuais dos consumidores. Na maior parte, setores regulados, como: instituições financeiras, empresas de telecomunicações, empresas ligadas à saúde, empresas concessionárias de serviços públicos e empresas de transporte em geral.

De acordo com os conceitos econômicos breve e resumidamente expostos anteriormente, é possível presumir que diversas das condutas ilícitas praticadas por fornecedores estão pautadas no baixo risco de responsabilização. Não é despiciendo afirmar que os setores de análises de riscos e de predição das corporações está gradativamente mais preciso, com instrumentos tecnológicos e com algoritmos que permitem tornar mais objetiva a margem de risco e o potencial condenatório de determinada conduta. Dessa forma, não é exagerado assumir que, infelizmente, estão computados os lucros obtidos com as reiteradas condutas “não captadas” pelo sistema de justiça.

Na prática, tendo sido perpetrada uma violação por um determinado tempo, sendo concretizada a eventual hipótese de uma ação civil pública, com resultado condenação, consideradas as balizas atualmente utilizadas para a quantificação do dano, terá sido vantajoso, em termos econômicos, a violação aos direitos transindividuais dos consumidores pelo lapso temporal em que foram auferidos os benefícios. Esta é uma das explicações para que não haja redução no número de demandas, assim como que se perceba a manutenção da “clientela” descrita acima no rol de réus nas ações coletivas.

Assim sendo, inescapável considerar a reiteração/tempo de prática da conduta indesejada como critério de quantificação do dano extrapatrimonial coletivo, a fim de evitar a existência de qualquer lucro ilegítimo. Do ponto de vista da eficiência social, as externalidades negativas não devem servir como fundamento de qualquer tipo de benefício econômico, essencialmente por representarem indesejadas falhas de mercado que devem ser corrigidas, seja por órgãos fiscalizatórios, seja por normas regulatórias, seja pelo Poder Judiciário.

Na detalhada pesquisa desenvolvida por Pedro Rubim Borges Fortes no Ministério Público Estado do Rio de Janeiro, verifica-se que entre os anos de 1991 e 2001, a chamada fase “preliminar” das ações coletivas consumeristas, foram ajuizadas 24 ações que discutiam a tutela coletiva dos consumidores. Entre os anos de 2002 e 2006, a chamada fase “intermediária”, com a estruturação dos órgãos independentes, sem controle direto da Procuradoria Geral de Justiça, e com a especialização dos quadros, foram ajuizadas 160 ações coletivas de natureza consumerista. Por fim, entre os anos de 2007 e 2010, foram ajuizadas 221 ações coletivas consumeristas (FORTES, 2019, p. 113).

Em informações obtidas junto ao Centro de Apoio Operacional do Consumidor vinculado ao Ministério Público de Santa Catarina, foi verificado um incremento significativo do número de ações civis públicas ajuizadas com pedidos de danos morais coletivos. Entre os anos de 2001 e 2010, foram ajuizadas 53 ações civis públicas. Por outro lado, entre os anos de 2011 e 2020, foram ajuizadas 162 ações civis públicas com pedidos de condenações por danos morais coletivos. Confirma-se, no ponto, que o acréscimo de mais de 205% de demandas no período analisado representa a insuficiência da tutela existente, na forma praticada, no ordenamento brasileiro.

O crescimento dos processos é exponencial, sendo certo que a mencionada racionalidade preditiva das companhias indica que a manutenção das práticas deve ser compensadora, ao menos em termos financeiros. Em contrapartida, o Ministério Público, principal legitimado com atuação destacada no âmbito das ações civis públicas, propõe um número crescente de demandas judiciais na esperança de ver concretizada a função dissuasória da responsabilidade civil.

Ainda no âmbito da investigação quantitativa conduzida por Pedro Rubim Borges Fortes com base na atuação do Ministério Público fluminense, a análise dos dados de identificação dos “transgressores” serve para confirmar a tese geral de que o lucro ilegítimo é uma opção financeiramente desejável para os fornecedores. Senão vejamos: 1) na fase preliminar (1991-2001), as instituições financeiras (7), construtoras (4) e empresas de telecomunicação (3) lideravam o ranking de recorrência nas ações coletivas, concentrando 58,3% das ações

propostas no período; 2) na fase intermediária (2002-2006), as instituições financeiras (36), as empresas de telecomunicações (31) e as seguradoras de saúde (21) lideravam o ranking de recorrência nas ações coletivas, com concentração de 55% das ações ajuizadas, com o significativo incremento de números absolutos de ações ajuizadas; 3) por fim, na fase recente (2007-2010), as empresas de transporte (51), as instituições financeiras (36) e as empresas de telecomunicações (36) lideravam o rol de “clientela” das ações coletivas, concentrando 55,6% das ações propostas no período analisado (FORTES, 2019, p. 114-116).

Cumprido destacar, desde logo, que não há uma variação significativa entre as naturezas das sociedades empresárias que compõem o rol das companhias mais processadas em razão de supostos danos impostos à coletividade dos consumidores. Apesar do incremento significativo do número de ações no Estado do Rio de Janeiro, a composição de cada setor no percentual de ações ajuizadas não se modificou de forma acentuada. Assume-se, no ponto, que não houve a imposição de medidas capazes de induzir uma mudança comportamental naquelas sociedades empresárias chamadas a responder por suas condutas indesejadas.

Mesmo que a doutrina do dano moral coletivo e da tutela coletiva dos consumidores tenha sido aprimorada de forma acentuada desde o advento da Lei da Ação Civil Pública, não houve redução da demanda ao Judiciário para sanar as questões advindas das violações aos direitos transindividuais. Portanto, os avanços quanto à releitura das funções da responsabilidade civil na tutela da coletividade não se mostraram suficientes para induzir a melhora do comportamento dos transgressores condenados. A conclusão lógica é a de que, ainda que reconhecida a responsabilidade, as condenações não são suficientes para concretizar a função dissuasória.

Vive-se o contexto do outrora denominado fenômeno de *underdeterrence* (dissuasão imperfeita), em que os fornecedores se valem da racionalidade clássica de responsabilidade civil ainda reinante no Poder Judiciário, que obstaculiza a adequada quantificação das condenações como forma de preservar a tutela integral dos direitos transindividuais dos consumidores. A mudança de cenário no que toca às condenações poderia ser capaz de reverter as conclusões preditivas das companhias, de sorte que a aversão aos riscos poderia ser eficaz no sentido de induzir que os fornecedores investissem mais recursos para evitar eventuais condenações judiciais instruídas sob o signo de uma novel racionalidade de responsabilidade civil aplicada à tutela da coletividade.

O fenômeno da ilicitude lucrativa resta demonstrado não apenas pelo cotidiano das decisões judiciais e da manutenção das condutas indesejadas por parte dos fornecedores, mas também pelos fundamentos econômicos descritos no tópico anterior. Percebe-se, portanto, que

a violação aos direitos transindividuais dos consumidores é, em parte significativa dos casos, uma escolha racional por parte dos agentes econômicos, ainda que não guiada pela ética. Para os atores de mercado, os resultados econômicos obtidos com baixa exposição ao risco são suficientes para justificar a manutenção de uma determinada conduta, ainda que em detrimento da integridade dos direitos transindividuais dos consumidores.

Parte-se, então, à compreensão a respeito do necessário enfrentamento do deletério fenômeno da ilicitude lucrativa. De antemão, importa destacar que o fenômeno não será enfrentado, e tampouco combatido, com instrumentos isolados. A necessidade é de que haja uma estruturação normativa e teórica capazes de, conjuntamente, garantir a efetivação da tutela preventiva dos direitos extrapatrimoniais dos consumidores, a refletir, como corolário lógico, na aplicação do instituto do dano moral coletivo, notadamente em sua adequada quantificação.

Ao condensar o diálogo de atores jurídicos envolvidos nas demandas coletivas consumeristas, Pedro Rubim Borges Fortes verificou diversas proposições formuladas pelos profissionais com o objetivo de combater a ilicitude lucrativa. Dentre os apontamentos formulados por advogados de grandes companhias, por integrantes do Poder Judiciário, por membros do Ministério Público, cumpre mencionar aqueles que estão umbilicalmente relacionados ao objeto do presente estudo. Ficarão alijadas da análise, portanto, as sugestões que não guardem relação com a tutela processual dos direitos transindividuais dos consumidores.

Os advogados referiram a necessidade de incremento do número de demandas judiciais, com medidas capazes de afetar diretamente o lucro dos fornecedores envolvidos. Para além disso, há a questionável sugestão de que os efeitos de eventual decisão condenatória sejam estendidos às pessoas naturais encarregadas dos atos decisórios da pessoa jurídica condenada. Outro ponto de destaque por parte dos atores jurídicos é o manuseio adequado das medidas liminares e dos bloqueios de bens, ativos e faturamento relacionado à operação supostamente transgressora. Por fim, identificou-se a desobrigação, atualmente, de que as empresas sejam forçadas a trazer aos autos os resultados financeiros de determinada atividade econômica, ponto passível de revisão legislativa (FORTES, 2019, p. 124-125).

Cumpre esclarecer que a figura representada pelo lucro ilegítimo não representa necessariamente um dano material imposto à coletividade, senão um reflexo de uma violação a determinados direitos. Mesmo que assim não fosse, a ilegitimidade do lucro em questão figura indubitável e censurável enriquecimento ilícito. No entanto, pela natureza dos direitos violados, não há como se pretender a indenização individualizada, ou seja, a restituição do proveito econômico obtido por meio do ilícito, diante da indivisibilidade do direito em questão. Por este

motivo, não se mostra equivocado pretender que a quantificação do dano moral coletivo apurado parta da base correspondente ao proveito econômico ilegítimo obtido pelo transgressor, aspecto a ser discutido adiante.

Naturalmente, tal apuração do odioso lucro ilegítimo não é simples como pode soar em sua proposição. Em diversas situações, a quantificação exata é bastante dificultosa, dependendo do acesso aos dados financeiros da suposta transgressora. Ademais, ainda assim, a aferição exata do proveito econômico a ser suprimido em razão da reprovabilidade da conduta que o deu ensejo pode se tornar uma tarefa hercúlea, em razão da necessidade de segregação dos resultados objetivos de uma determinada operação econômica. Para muitos casos, portanto, o acesso às finanças dos fornecedores poderá ser um instrumento alternativo para a garantia de que a função preventiva, notadamente a dissuasão, seja atingida por meio de uma quantificação que considere o faturamento e o lucro líquido de um determinado produto ou serviço.

Esta proposição há de requerer não apenas instrumentos legislativos próprios, processuais e materiais, como adequada fundamentação para que se torne parte do cotidiano das ações coletivas consumeristas. Isso requer, sem dúvida, adequada instrução por parte dos atores jurídicos que serão beneficiários das proposições que visam concretizar a função precípua da responsabilidade civil na tutela dos direitos transindividuais dos consumidores: a prevenção consubstanciada na efetiva mudança de comportamento dos fornecedores reconhecidos como transgressores, com a extinção dos incentivos para a continuação da deliberada violação aos referidos direitos.

A fim de adentrar no derradeiro tópico do estudo, menciona-se, por oportuno, que a premissa fundamental para a análise dos instrumentos processuais, critérios e métodos de quantificação estão voltados ao combate à ilicitude lucrativa. Isto é, não há como considerar admissível que os fornecedores permaneçam ostentando incentivos para a manutenção de condutas reprováveis que ferem frontalmente os direitos transindividuais dos consumidores.

#### **4.3 Critérios atualmente considerados para a quantificação dos danos extrapatrimoniais coletivos: necessidade de efetivação do combate à ilicitude lucrativa**

Ao longo do estudo, a análise do *status quo* das relações entre consumidores e fornecedores, notadamente quanto aos direitos transindividuais, não é animadora. O percurso de aceitação da tutela dos direitos transindividuais dos consumidores foi longo, e encontrou diversos percalços até que houvesse uma relativa pacificidade quanto à sua possibilidade

jurídica. Contudo, a aceitação do instituto mostrou-se apenas um dos desafios a serem enfrentados pela tutela coletiva dos consumidores em seu aspecto extrapatrimonial.

Isto porque o próprio procedimento aplicável à tutela coletiva dos consumidores também enfrentou um caminho de adaptação em termos de racionalidade jurídica dos atores envolvidos no sistema jurisdicional. No ponto, ganhou destaque a infeliz transposição da doutrina do dano moral individual ao instituto homônimo voltado à tutela coletiva. Conforme delineado, a transposição foi bastante prejudicial para a aceitabilidade do instituto enquanto figura autônoma e para o reconhecimento de que há uma lógica distinta no que toca às funções e finalidades do instituto.

A recalcitrância dos fornecedores quanto às condutas ilícitas combatidas ensejou uma profunda reflexão a respeito da motivação envolvida nas escolhas racionais das sociedades empresárias. Concluiu-se, a partir de uma percepção generalizada, orientada em um segundo momento por aportes teóricos da Análise Econômica do Direito, que havia um proveito econômico superior aos potenciais prejuízos relacionados às demandas judiciais destinadas à tutela da coletividade. Verificou-se, no ponto, a existência de um fenômeno denominado de lucratividade ilegítima, em que há uma escolha racional pela ilicitude em razão dos proveitos econômicos superiores aos riscos previstos.

Nesse mesmo contexto, cumpre referir que o princípio da prevenção é um dos guias de todo o sistema de responsabilidade civil. Mais que isso, a garantia de prevenção está positivada enquanto direito básico do consumidor. Assim, é inegável que a prevenção assume papel de protagonismo no sistema de responsabilidade civil das relações de consumo. A prevenção, no ponto, reveste-se na posição de instrumento que alicerça a adoção de medidas voltadas à promoção de comportamentos virtuosos e à indução da mudança de comportamentos que sejam socialmente reprováveis, ainda que apenas do ponto de vista ético, especialmente àqueles que violem direitos transindividuais.

Urge, portanto, viabilizar no ordenamento jurídico brasileiro a efetivação do princípio da prevenção como forma de extirpar os lucros ilegítimos percebidos por meio de ações ou omissões, culposas ou dolosas, que lesem os direitos ora referidos. Dessa forma, com a internalização forçada dos custos relacionados às externalidades negativas causadas por fornecedores transgressores, como um padrão mínimo de quantificação, espera-se que haja uma efetivação promocional dos valores enunciados pelas normas de regência não apenas do direito civil, como também do subsistema consumerista.

A necessária reflexão e proposição de estudo mostra-se necessária em um contexto cuja perspectiva de melhoria efetiva na prevenção aos danos observados não é elevada. Ainda que o



Poder Judiciário tenha avançado no reconhecimento do instituto, em sua aplicabilidade e mesmo na menção às suas funções e aos critérios de quantificação dos danos, não se verifica, nos dispositivos condenatórios, a concretização de toda a fundamentação teórica que rega as manifestações decisórias.

De antemão, conforme introduzido acima, refere-se à intenção de garantir a dissuasão de condutas indesejadas por meio de um aprimoramento da aplicação prática do dano moral coletivo. Este efeito dissuasório ideal, deve-se dizer, não será atingido por meio de uma fórmula mágica. Sabe-se que a quantificação do dano moral coletivo representa invencível debate, cuja subjetividade comporta todo e qualquer aporte teórico, seja para tornar o instituto mais brando, seja para tornar o instituto mais implacável.

Para tanto, o último tópico da pesquisa está destinado à concretização prática dos fundamentos expostos nos capítulos anteriores, por meio da sugestão de padrões mínimos, com a garantia da função preventiva por meio da anulação de lucros ilegítimos e com a garantia de aplicação de um viés promocional de comportamentos social e eticamente adequados.

No que se refere à quantificação, serão estudadas e analisadas as boas práticas quanto aos critérios e métodos de quantificação capazes de satisfazer, de fato, as funções e finalidades do instituto. Este estudo é feito com o “dado” em termos de critérios utilizados nas cortes superiores.

#### **4.3.1 Os critérios doutrinários e jurisprudenciais considerados para a quantificação do dano moral coletivo**

Referiu-se, tanto no capítulo inaugural quanto no tópico concernente à análise de precedentes, que os critérios de quantificação do dano moral coletivo foram aprimorados de forma elogiável ao longo do tempo. Conforme reiteradamente afirmado, não existem critérios uniformes e definidos para a arbitração de um valor adequado (GONÇALVES, 2016, p. 524), de sorte que o contributo que se pretende formular é justamente no sentido de auxiliar no processo de tomada de decisão por parte do Poder Judiciário, considerando a importância da atuação dos legitimados à propositura das ações coletivas.

Do ponto de vista individual, para Carlos Roberto Gonçalves, são considerados os seguintes critérios: a) condição social e econômica do lesado; b) intensidade dos efeitos; c) situação econômica do ofensor; d) benefícios obtidos pelo ofensor; e) dolo ou grau de culpa; f) repercussão da ofensa; g) circunstâncias especiais (GONÇALVES, 2016, p. 529).

Maria Helena Diniz, ao sintetizar as posições doutrinárias dominantes, especialmente de forma a evitar as condenações irrisórias ou o enriquecimento sem causa da vítima, inclusive afastando a possibilidade de tarifação das condenações, refere os seguintes critérios: a) gravidade da lesão; b) extensão do dano; c) natureza da lesão; d) repercussão pública; e) circunstâncias especiais; f) benefícios obtidos pelo ofensor; g) nível cultural, dolo ou intensidade da culpa do ofensor (DINIZ, 2012, p. 121).

Mais recentemente, a chamada Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) positivou determinados critérios para a quantificação do dano extrapatrimonial perpetrado em face do trabalhador. Segundo o art. 223-G, incluído na Consolidação das Leis Trabalhistas, o Juízo competente deverá considerar os seguintes critérios quando da apreciação do pedido de compensação por dano moral:

- Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:
- I - a natureza do bem jurídico tutelado;
  - II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação;
  - III - a possibilidade de superação física ou psicológica;
  - IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;
  - V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;
  - VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;
  - VII - o grau de dolo ou culpa;
  - VIII - a ocorrência de retratação espontânea;
  - IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa;
  - X - o perdão, tácito ou expresso;
  - XI - a situação social e econômica das partes envolvidas;
  - XII - o grau de publicidade da ofensa.

A despeito da esfera individual ter desenvolvido seus critérios próprios, estes se mostram exacerbadamente subjetivos, sem qualquer grau de objetivação, fato que dificulta a concretização das funções inerentes ao instituto de tutela dos direitos da personalidade. De qualquer forma, estes serviram de baliza para o início do estabelecimento dos critérios para a quantificação dos danos morais coletivos. Ainda assim, cumpre referir a impropriedade de considerar os critérios listados acima como úteis ao deslinde da quantificação de danos perpetrados contra direitos transindividuais, conforme se verá.

Em um momento posterior, verificou-se e consolidou-se a distinção e a autonomia entre as duas categorias de danos extrapatrimoniais, de sorte que, em razão das funções e finalidades próprias do instituto de tutela coletiva, os critérios passaram por adaptações a fim de garantir a compatibilidade com os objetivos almejados. Neste contexto, a doutrina do dano moral coletivo havia ganhado força própria e aceitação considerável não apenas entre

advogados, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, como também entre membros do Poder Judiciário.

Dentre as distinções teóricas que devem ser estabelecidas desde logo, importa mencionar que o dano moral coletivo tem por finalidade responsabilizar os agentes transgressores de direitos transindividuais. Por sua natureza coletiva ou difusa, os direitos em questão, não representam uma questão de interesse privado, como é o caso do dano moral individual. Pelo contrário, a garantia de integridade dos direitos transindividuais representa uma questão inexorável de interesse público, a ser buscada e atingida por todos os atores jurídicos, sociais e econômicos.

Tem-se, assim, que os critérios delineados pela doutrina e acolhidos, em parte significativa pelos precedentes, devem apresentar a capacidade de concretizar o direito básico dos consumidores à prevenção de novos danos. Da mesma forma, os critérios devem estar em linha com os fundamentos e finalidades do dano moral coletivo, ou seja, os alicerces para a fixação do *quantum* compensatório devem guardar relação com a concretização da função dissuasória e preventiva.

Em primeiro lugar, deve-se referir que os direitos transindividuais dos consumidores se apresentam de forma abstrata, sem correspondência patrimonial que possa objetivar a sua quantificação direta. Por este motivo, é basilar considerar que o *quantum* condenatório deve considerar os valores acima mencionados, consubstanciados nas funções do instituto.

José Rubens Morato Leite foi um dos precursores na discussão a respeito do dano moral coletivo, com foco na tutela ambiental. Em 2006, quando o debate de aceitabilidade do instituto era ainda incipiente, Morato Leite e Luciana Cardoso Pilati asseveraram que o dano ambiental difuso atinge o meio social, já que atinge o meio ambiente em seu valor intrínseco, no mais as vezes de forma irreversível (LEITE; PILATI, 2006, p. 65).

Considerada a dificuldade de mensuração de um valor intrínseco à sociedade, o critério adotado pela sociedade de mercado foi pragmático e utilitarista, como uma forma de assegurar a certeza da sanção civil: a compensação pecuniária (LEITE; PILATI, 2006, p. 66). Contudo, à época, havia uma forte restrição às sugestões de determinação de métodos e critérios para a quantificação de danos extrapatrimoniais, mesmo em sua esfera individual. Dessa forma, diante da inexistência de norma específica, atribuiu-se a tarefa ao julgador, por meio do arbitramento de valor mínimo.

Ainda no que toca ao dano moral coletivo de viés ambiental, William Figueiredo Oliveira contribuiu com a observação jurisprudencial dos critérios utilizados. Segundo o autor, os critérios para a quantificação dos danos extrapatrimoniais ambientais são: a) repercussão e

gravidade do dano; b) capacidade econômica do infrator; c) a extensão a duração e a natureza do prejuízo; d) o proveito econômico obtido pelo poluidor; e) a reprovabilidade da falta e da importância do patrimônio ambiental afetado; f) as consequências patrimoniais decorrentes do dano; g) a possibilidade de restauração ou recomposição do bem ambiental (OLIVEIRA, 2007, p. 122).

Xisto Tiago de Medeiros Neto é um dos vanguardistas na compreensão do fenômeno dos atos perpetrados em violação aos direitos transindividuais de forma genérica, com aportes significativos no campo do direito do trabalho e do direito do consumidor. Para o estudioso, os danos de natureza coletiva acabam por ocasionar um estado de indignação e descrédito para com o sistema jurídico, de modo que uma resposta incisiva, voltada à dissuasão e à prevenção em relação aos atos perpetrados é mandatória, sob pena de que se verifique um esvaziamento ético do ordenamento jurídico (MEDEIROS NETO, 2012, p. 295-296).

Em 2012, portanto, Xisto Tiago de Medeiros Neto (2012, p. 300-301) defendeu a aplicação do instituto com viés sancionatório e pedagógico, com ênfase na equidade por parte do julgador, pautada nos seguintes critérios: a) natureza, a gravidade e a repercussão da lesão; b) a situação econômica do ofensor; c) o proveito obtido com a conduta ilícita; d) o grau da culpa ou do dolo e a verificação de reincidência; e) o grau de reprovabilidade social.

Os critérios desenvolvidos pela doutrina a partir das balizas criadas por Medeiros Neto pouco divergiram daqueles expostos acima, de modo que é possível adotá-los como aqueles propostos pela doutrina brasileira de uma forma geral. Importa observar, no ponto, o retorno à observação dos fatores subjetivos atinentes ao transgressor como forma de precisar a quantificação do dano moral coletivo. Nesse sentido que o retorno à observância da culpa passou a se tornar relevante, notadamente em razão da alegação de que as condenações podem, em tese, ultrapassar a extensão do dano à coletividade.

Em interessante linha de argumentação tendente à defesa da possibilidade de que as condenações extrapolem a extensão do dano na seara consumerista, Pedro Rubim Borges Fortes e Pedro Farias Oliveira analisam parâmetros legais de fixação de sanções administrativas (2018, p. 333). O Código de Defesa do Consumidor realmente discorre a respeito da possibilidade de que penas administrativas sejam aplicadas cumulativamente, ainda antes de qualquer condenação judicial, em observância do dispositivo legal:

Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

I - multa; [...]

Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas

cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo.

Considerada a redação do art. 56, é possível verificar, ainda que implicitamente, que o legislador não exclui a possibilidade de existência de uma sanção civil, haja vista a menção quanto ao cabimento das “sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas.

Segundo ordena do Código de Defesa do Consumidor em seu art. 57, a pena de multa deve ser graduada de acordo com: a) a gravidade da infração; b) a vantagem auferida; c) a condição econômica do fornecedor. Ademais, a multa deve ser fixada mediante procedimento administrativo, e deve ser revertida em favor do Fundo de Direitos Difusos criado pela Lei n. 7.347/1985 ou para os correspondentes Fundo estaduais e/ou municipais.

Como bem observam Fortes e Oliveira, a norma que dispõe sobre a organização do Sistema de Defesa do Consumidor, Decreto n. 2.181/1997, menciona os critérios de quantificação das multas. Não destoam, contudo, da indicação inaugurada pelo CDC. No art. 28 do decreto, são listados como critérios: a) a gravidade da prática infrativa; b) a extensão do dano causado aos consumidores; c) a vantagem auferida com o ato infrativo; d) a condição econômica do infrator (FORTES; OLIVEIRA, 2018, p. 334).

Percebe-se, portanto, que os critérios trazidos pela doutrina como relevantes para o estabelecimento de balizas iniciais de quantificação dos danos extrapatrimoniais coletivos são absolutamente compatíveis com os critérios legislativos definidores das dosimetrias das multas administrativas. Isto porque, como verificado ao longo do segundo capítulo da pesquisa, as funções preventiva e punitiva que predominam a aplicação do instituto de tutela dos direitos transindividuais, com foco na dissuasão e na promoção de comportamentos éticos.

Conforme se verá a seguir, os critérios legais de fixação de multas são compatíveis e podem ter, inclusive, inspirado as teses doutrinárias a respeito da quantificação do dano extrapatrimonial coletivo. Inclusive, esta simbiose teórica encontrou eco nos precedentes judiciais. Houve o reconhecimento, como exposto alhures, da viabilidade do uso de critérios relacionados ao ofensor como relevantes à quantificação do dano. Indo além, o método bifásico proposto pelo ministro Luís Felipe Salomão em alguns dos julgados de sua relatoria evidencia uma proximidade entre o procedimento de quantificação do dano moral coletivo e a dosimetria de uma pena, como lecionado no âmbito do direito penal.

No que se refere à aplicação dos critérios por parte do Poder Judiciário, deve-se rememorar o renascimento da “culpa” como forma de avaliar a gravidade das condutas dos

fornecedores, notadamente em face do interesse público inerente aos direitos transindividuais dos consumidores. Ressalva-se, no entanto, que a culpa não tornou a ser critério de reconhecimento da existência de dano extrapatrimonial coletivo, mas tão somente de aferição da gravidade para fins de quantificação dos danos verificados.

Hodiernamente, no Poder Judiciário, são considerados como critérios para a quantificação fatores subjetivos do ofensor, como a sua situação econômica, o proveito econômico decorrente do ilícito, o grau de reprovabilidade da conduta e, em alguns casos, a existência de dolo. Todos estes fatores estão diretamente relacionados com a conduta adotada pelo fornecedor transgressor, ou seja, servem para constatar a gravidade da opção feita por parte de um ator econômico, por isso das reiteradas menções ao renascimento da culpa, cujo objetivo é a reunião de elementos suficientes à concretização da dissuasão das condutas social e eticamente indesejadas.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, como demonstrado alhures, percebe-se que as decisões apresentam um padrão de menção das funções do instituto, seguida da enumeração de certos critérios de quantificação da condenação. Em um momento inicial, as decisões listavam critérios como a relevância do interesse transindividual lesado, a gravidade e a repercussão da lesão, a situação econômica do ofensor, o proveito econômico obtido com a conduta ilícita, o grau da culpa ou do dolo, a verificação de reincidência e o grau de reprovabilidade social. Porém, após a menção às funções do instituto e aos critérios supostamente tidos em conta para a quantificação do dano percebido, os julgadores simplesmente apresentavam um valor estimado. Em determinados casos, mesmo com a definição do valor incontroverso do proveito econômico obtido, as quantificações se mostravam irrisórias e não eram capazes de extirpar o incontroverso lucro ilegítimo.

Para superar tais dificuldades, antes mesmo de adentrar ao estudo do padrão mínimo de quantificação, utilizados os métodos existentes de quantificação capazes de, a depender do caso concreto, efetivar as funções da tutela coletiva de consumo, é primordial elucidar as questões que antecedem o momento da quantificação de um dano reconhecido. Isto é, demonstrar a importância da adequada instrução processual no sentido de propiciar ao julgador todas as informações e meios de obtenção de dados fundamentais ao momento da quantificação do dano moral coletivo.

Em suma, importa aos legitimados para a propositura de ação civil pública tendente à tutela dos direitos transindividuais dos consumidores a viabilização dos meios adequados de efetivação das funções e objetivos precípuos do dano moral coletivo, a serem consubstanciados em eventual condenação. Por este motivo, é essencial que as petições iniciais dos processos que

buscam a condenação por danos morais coletivos estejam adequadas com relação aos elementos de investigação prévia e instrumentos processuais eficientes à obtenção dos insumos materiais para a adequada análise e satisfação dos critérios de quantificação acima consolidados.

Ou seja, a aplicação de quaisquer dos métodos e critérios de quantificação deverá obedecer a um padrão mínimo, capaz de extirpar o proveito econômico e induzir a adoção de comportamentos éticos. Trata-se, portanto, da defesa de um mínimo existencial em termos de quantificação.

#### **4.4 Métodos de quantificação: compromisso com a materialização da função preventiva da responsabilidade civil por meio de padrões mínimos**

Estabelecidas as bases sobre as quais se entende que o dano moral coletivo deve operar, essencialmente resumidas na prevenção por meio da dissuasão de comportamentos indesejados, deve-se estudar de que forma os métodos, critérios e técnicas de quantificação das condenações são capazes de materializar este importante mister, com base em um “mínimo existencial” preventivo. Ao longo da pesquisa, restaram expostas as funções da responsabilidade civil a partir da releitura imposta pelo advento da CRFB/1988. No âmbito da tutela coletiva, esta reavaliação deve ser ainda mais marcada, haja vista a natureza de interesse público que circunda os direitos protegidos.

Para além de uma necessária revisão teórica, cuja consolidação foi exposta preponderantemente ao longo do segundo capítulo, deve-se direcionar um foco especial à aplicação do instituto, ou seja, à fase de quantificação das condenações. É justamente na apreciação judicial dos pedidos e na quantificação dos danos que a teoria e as funções relacionadas ao instituto se concretizam. Ou deveriam se concretizar.

Isto porque, como demonstrado na etapa inicial deste capítulo, o Superior Tribunal de Justiça apresenta uma dificuldade prática na quantificação dos danos aos direitos transindividuais dos consumidores que lá chegam. Nem tanto quanto à identificação da existência dos danos extrapatrimoniais coletivos, que representa uma barreira cujo avanço de observou de forma acentuada nas últimas duas décadas, mas sim em relação à concreção da função preventiva.

Em suma, conforme demonstrado, o fenômeno da ilicitude lucrativa acaba por incentivar que os fornecedores adotem ou mantenham condutas socialmente indesejadas e transgressoras das normas de tutela da coletividade. A opção dos fornecedores não é apenas

deliberada, como encontra explicação na Análise Econômica do Direito, especialmente no que toca à estrutura de incentivos e desincentivos aos comportamentos dos atores econômicos.

É neste contexto de necessidade premente de dissuasão que os métodos de quantificação dos danos morais coletivos podem se unir aos fundamentos, aos critérios e às razões econômicas de combate à ilicitude lucrativa como patamar mínimo aceitável. Não se pretende, deve-se adiantar, apontar um método como o único capaz de concretizar a função preventiva da responsabilidade civil na tutela coletiva dos consumidores, mas apresentar o que se considera como “mínimo existencial” para quaisquer aplicações do instituto, com base em suas finalidades.

Em seguida, serão estudados e propostos instrumentos processuais capazes de operacionalizar o instituto e suas funções de forma mais aprofundada. Os métodos e critérios abaixo estudados não exauram as hipóteses desenvolvidas por acadêmicos, inclusive por Pedro Rubim Borges Fortes, investigador cuja pesquisa inspirou o capítulo. Os instrumentos processuais estudados doravante destinam-se não apenas à instrução processual, como também ao procedimento de quantificação dos apurados danos extrapatrimoniais coletivos, e foram selecionados com base na conveniência e na capacidade de atingir a finalidade precípua de garantir a concretização da função preventiva da responsabilidade na tutela coletiva de consumo.

#### **4.4.1 Adequada instrução processual: a importância da inversão do ônus probatório como forma de garantia dos dados úteis à quantificação e viabilizar a concretização das funções do dano moral coletivo**

Tendo em conta o contexto apresentado quanto às funções do dano moral coletivo, os critérios relativamente perenes utilizados como fundamentos da quantificação – ainda que a concretização das condenações pareça não satisfazer os enunciados – deve-se dispensar substancial atenção à instrução processual que proporcione ao Poder Judiciário condições de justificar condenações capazes de concretizar a dissuasão de comportamentos indesejados.

No atual sistema jurídico brasileiro, cabe ao julgador a definição do valor capaz de compensar, ainda que indiretamente, um dano aos direitos transindividuais dos consumidores. Como delineado alhures, as condenações observadas hodiernamente consideram a capacidade patrimonial do transgressor, bem como o proveito econômico obtido com o ilícito, critérios que são considerados avanços para a concretização da efetiva prevenção em relação à recorrência de condutas socialmente reprováveis.



A busca pela situação patrimonial do ofensor e do proveito econômico obtido com o ilícito tem por condão mensurar, mesmo que de uma forma imperfeita, a extensão da responsabilidade a ser atribuída ao fornecedor. Portanto, a capacidade patrimonial do ofensor tem sido levada em consideração no arbitramento do dano moral coletivo como forma não apenas de tornar mais objetiva a quantificação, como também de viabilizar a consideração de aspectos relacionados ao sujeito ofensor.

O objetivo, por fim, é de que as condenações reflitam a própria finalidade do instituto, qual seja, a garantia de um provimento judicial que seja adequado, tempestivo e suficiente, sem que a condenação seja irrisória, como ocorre atualmente. É importante frisar que as condenações economicamente insignificantes acabam por incentivar a manutenção de condutas ilícitas em face da coletividade, de teor ético altamente questionável. Da mesma forma, não se pode admitir, em uma leitura rasa, que a condenação seja capaz de levar à míngua um determinado ator econômico, inviabilizando a continuidade de sua operação.

Dada a relevância das informações contidas em atributos pertencentes aos fornecedores que figuram como réus nas ações civis públicas que apuram danos aos direitos transindividuais dos consumidores, mister estabelecer estratégias processuais comprometidas com a necessária predição do almejado momento de quantificação de eventual condenação pelos danos perquiridos.

No ponto, a fim de compreender o arsenal instrumental a ser explorado pelos legitimados ativos para a propositura da ação civil pública, insta contextualizar o sistema de processo coletivo. O sistema, como delineado no primeiro capítulo, foi inaugurado em 1965 com a Lei de Ação Popular, voltada à defesa do patrimônio público. Em seguida, a Lei da Ação Civil Pública, n. 7.347/1985, proporcionou relevante avanço no que se refere à legitimação ativa e ao objeto de tutela do processo coletivo, incluindo o meio ambiente, o consumidor, os bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Após, a CRFB/1988 e o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, consolidaram o sistema, complementando o sistema normativo de defesa dos direitos difusos e coletivos.

A Lei da Ação Civil Pública representou um significativo progresso no sentido de parer a realidade social, consistente na defesa dos direitos de terceira geração, com o sistema legislativo procedimental de efetivação dos mencionados direitos. Isto porque, como delineado no trecho inicial da pesquisa, havia um descompasso entre a racionalidade clássica processual e os novos direitos que emergiram ao longo do século XX.

Justamente neste contexto que foram percebidos dois movimentos: o instrumentalista, que buscava efetivar os direitos de forma célere, pautado na ideia de acesso à justiça; e o

movimento de estruturação de uma disciplina própria para o direito processual coletivo, consideradas as suas especificidades e objetivos próprios. A grande evolução residuiu, indubitavelmente, na noção de que o processo não era um fim em si mesmo, mas tão somente um objeto de instrumentalização e efetivação de direitos. O aspecto material dos direitos, portanto, deveria prevalecer em um embate com o formalismo exacerbado da racionalidade clássica.

Com esta visão, defende-se que o processo coletivo deve se utilizar e desenvolver de mecanismos para garantir o resultado prático de tutela integral do bem jurídico em questão. No caso das relações de consumo, já restou configurado o interesse público inerente à defesa da coletividade, motivo pelo qual os instrumentos processuais clássicos devem ser repensados de forma a melhor atingir a efetividade dos direitos em debate (VENTURI, 2007, p. 141).

No mesmo sentido, Didier Jr. e Zaneti Jr. propõem a noção de devido processo social (2009, p. 48):

Esta expressão, trazida por Cappelletti, representa o contexto retórico em que até mesmo os mais ‘sagrados’ princípios do Direito devem ser reconsiderados em vista das mudanças ocorridas nas sociedades modernas; no entanto, essa reconsideração não significa abandono ou inutilização dos esquemas individualistas de ‘garantismo processual’. Pelo contrário, significa adaptação aos novos caminhos do processo, que deve dar lugar ou estar integrado a um ‘social ou coletivo conceito de devido processo’, como única forma de assegurar e realizar a vindicação dos ‘novos direitos’

No que toca à tutela coletiva dos consumidores, cumpre ressaltar que o advento da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor deram origem ao chamado microssistema de processo coletivo. O mencionado microssistema aborda questões que são regidas pelo Código de Processo Civil, mas em adaptação às características próprias dos direitos transindividuais. No que importa ao estudo, é primordial avaliar a distribuição do ônus probatório, e avaliar de que forma este instrumento pode ser utilizado para auxiliar a fase de quantificação do dano moral coletivo.

A produção probatória é elementar para o convencimento do Juízo quanto às alegações trazidas em sede de petição inicial ou em contestação. Trata-se de uma conexão entre a formalidade do procedimento e a materialidade dos fatos e direitos alegados. O ônus da prova representa o encargo, a ser atribuído pela norma, a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu interesse para as decisões a serem proferidas (DINAMARCO, 2009, 70).

Sob a ótica do direito processual civil clássico, cabe a quem alega o encargo de comprovar a ocorrência de determinado fato ensejador de seu direito, nos termos do art. 333 do

CPC<sup>27</sup>. Como bem elucidada Marina Montes Bastos, não se trata de obrigação, mas de ônus, de sorte que, não se desincumbindo do encargo, pode o sujeito a quem foi atribuído o ônus ser prejudicado, caso o Juízo entenda que o fato alegado não restou comprovado (BASTOS, 2014, p. 294).

É de se mencionar que o próprio Código de Processo Civil de 2015 trouxe a possibilidade de que haja uma distribuição dinâmica do ônus probatório, sem que a regra geral seja rígida e imutável. Pode, portanto, o Juízo redistribuir o encargo quando necessário, de sorte a obter o provimento mais preciso para a questão trazida ao conhecimento do Judiciário.

No âmbito do microsistema de processo coletivo, defende-se a existência de um regramento específico quanto ao ônus probatório. Verifica-se, pela simples leitura do art. 90 do CDC<sup>28</sup> e do art. 21 da LACP<sup>29</sup>, que o legislador pretendeu criar conexões entre as normas quando da tutela coletiva. Justamente por isso menciona-se a existência do nominado “microsistema de processos coletivos”, que emergiu quando das alterações na LACP promovidas pelo advento do CDC, especialmente quanto à defesa em Juízo dos direitos enunciados.

Contudo, não há disposição expressa no Título III do CDC, tampouco na LACP, a respeito da distribuição do ônus probatório em ações coletivas. Dessa forma, há uma corrente que entende aplicável, subsidiariamente, o art. 333 do Código de Processo Civil.

No entanto, não há como defender a aplicabilidade da regra geral aos processos coletivos, haja vista a previsão do art. 6, VIII, do CDC, que estabelece como direito básico do consumidor a “facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

Percebe-se, assim, que mesmo situada topograficamente fora do Título III do CDC, que dispõe sobre as questões processuais da tutela coletiva, a disposição de inversão do ônus probatório enquanto direito básico do consumidor é essencialmente processual. Ora, não há como afastar a ideação legislativa de exprimir a importância da inversão do ônus probatório em favor do consumidor, eis que situada como direito básico.

---

<sup>27</sup> Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

<sup>28</sup> Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei n. 7.347/1985.

<sup>29</sup> Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

Da mesma forma, inafastável que se trata de uma norma processual, devendo ser integrada ao sistema processual consumerista, inclusive em sua dimensão coletiva. A intenção do legislador, no ponto, foi a de unificação dos dispositivos do CDC e da LACP, sem exclusão do direito básico veiculado no art. 6, VIII, do CDC. Em suma, afirma-se que a inversão do ônus probatório prevista no CDC é plenamente aplicável à tutela coletiva ordenada pela LACP, ou seja, beneficia a coletividade em demandas que buscam garantir a defesa dos direitos transindividuais violados, para todos os fins.

É esta a posição de parte majoritária da doutrina que estuda de forma aprofundada a tutela processual coletiva, como Hugo Nigro Mazzilli, para quem a inversão do ônus probatório em demandas coletivas não beneficia apenas os consumidores, mas todos os demais direitos transindividuais (2008, p. 180):

Admite-se a inversão do ônus da prova na defesa de outros interesses transindividuais que não apenas os do consumidor? Como vimos, o art. 6º, VIII, do CDC permite a inversão do ônus da prova a favor do consumidor. A norma tem evidente caráter processual, ainda que não inserida no Título III do CDC. Ora, a mens legis consiste em integrar por completo as regras processuais de defesa de interesses transindividuais, fazendo da LACP e do CDC como que um só estatuto. Desta forma, a inversão pode ser aplicada, analogicamente, à defesa judicial de quaisquer interesses transindividuais

A despeito de representarem parcela minoritária dos estudiosos, há que se registrar a existência de defensores da inaplicabilidade da inversão do ônus probatório às ações submetidas ao microssistema processual coletivo. O fundamento defendido por estes juristas reside no princípio de legalidade e na impossibilidade de interpretação extensiva que possa, eventualmente, prejudicar àquele a quem é imputada a conduta combatida. Contudo, registra-se que a inversão do ônus probatório, segundo o regime do CDC, não é automática, e depende da verificação dos requisitos alternativos de verossimilhança das alegações ou hipossuficiência da parte autora.

Segundo Marinoni e Arenhart (2014, p. 41), a verossimilhança está relacionada com o grau de probabilidade de que a versão narrada pelo legitimado ativo corresponda à realidade. Os fatos conforme descritos devem gerar no julgador um convencimento subjetivo, que pode ser dissolvido, a depender da prova a ser produzida pelo réu. A hipossuficiência, a seu turno, liga-se com a dificuldade de uma parte na produção probatória, em contraposição à facilidade da outra parte em efetivar a produção da prova. A hipossuficiência representa o desequilíbrio entre as partes, e pode se materializar em diversos aspectos da relação travada entre os sujeitos, como a técnica, a econômica, a informacional.

Os requisitos autorizadores da inversão do ônus probatório, como mencionado, são alternativos. Isto porque não há como tolerar a imposição de dificuldades adicionais à coletividade na tentativa de equilibrar as relações com os fornecedores. Não se trata de desafio à lógica afirmar que fornecedores, ou seja, atores econômicos organizados, tenham mais facilidade em produzir provas a respeito de suas atividades, seus efeitos e seus dados operacionais em comparação com a coletividade, representada especificamente para a demanda judicial por um dos legitimados ativos, que apresentam, no mais das vezes, dificuldades técnicas e informacionais para a produção das mesmas provas.

Desse modo, não há como cogitar da existência de um prejuízo exacerbado ao réu com a inversão do ônus probatório, notadamente pelo fato de que o encargo será atribuído em observância da possibilidade de produção da prova em questão. Em outras palavras, a inversão do ônus da prova no âmbito do processo coletivo, diferente do que teorizam os componentes da doutrina minoritária, não importa na imposição do dever de produzir prova diabólica por parte do réu. Não se observa, a priori, qualquer prejuízo que deva ser combatido, especialmente se considerada a possibilidade de inversão parcial do ônus probatório, ou seja, a redistribuição do encargo apenas para parte dos fatos probandos.

O motivo pelo qual se dispensou tamanho foco à viabilidade da inversão do ônus probatório reside na importância que o instituto pode exercer ao possibilitar que o Juízo passe a deter informações relevantes para eventual quantificação de dano moral coletivo, observados os critérios já consolidados pela jurisprudência e pela doutrina. Como cediço, os critérios estão relacionados, em sua maioria, com aspectos subjetivos do transgressor, como a capacidade econômica e o proveito econômico obtido com o ilícito que ensejou o dano extrapatrimonial coletivo.

No ponto, importa observar a relevância da atuação dos legitimados ativos, desde o primeiro momento, com vistas à fase de quantificação do dano extrapatrimonial coletivo. Para isso, pode ser invocado o instituto da inversão do ônus probatório, de sorte que, em face dos fatos narrados, deva o réu trazer aos autos informações relevantes a respeito de sua operação, dos resultados econômicos obtidos com a conduta a ser julgada e com o detalhamento dos custos e dos benefícios verificados no caso concreto.

No entanto, por cautela, sugere-se que o legitimado ativo promova estudos prévios detalhados a respeito da capacidade econômica do transgressor, bem como estimativas dos benefícios econômicos auferidos em razão da violação de direitos transindividuais dos consumidores. Concretizado este cuidado de instrução pré-processual, restam viabilizadas as balizas facilitadoras da quantificação do dano ao Juízo, segundo os critérios delimitados alhures

e os métodos a serem analisados adiante. Discordando o fornecedor dos dados, estimativas e informações apresentadas, a ele incumbe a desconstituição dos fatos alegados.

Em qualquer dos casos, o legitimado ativo deve atuar proativamente no sentido de realizar uma investigação prévia ao ajuizamento da demanda. Não há dúvida que a investigação aprofundada da prática combatida facilita não apenas a elaboração do petítório judicial, como a própria instrução processual e, especialmente, a quantificação de eventual condenação decorrente da violação dos direitos transindividuais dos consumidores.

Em outras palavras, o intuito da estratégia processual acima incentivada é de garantir aos atores jurídicos o acesso aos dados que, à vista dos critérios consolidados jurisprudencialmente, fundamentam as quantificações das condenações por danos morais coletivos. No ponto, importa observar a tentativa de redução do grau de subjetividade por meio das informações cujo acesso será obtido por meio da atuação do legitimado ativo ou, em sendo o caso, por meio da inversão do ônus probatório.

Naturalmente, o estudo preliminar a respeito dos elementos subjetivos do réu serve para estabelecer um valor sugerido de condenação no pedido autoral, a ser apreciado pelo Juízo de acordo com os critérios e método adotados. Cumpre destacar, contudo, os métodos de quantificação variam de acordo com a natureza da operação e mesmo da conduta combatida, como se verá a seguir, motivo pelo qual o pedido inaugural deve estar suficientemente fundamentado e delimitado, a justificar eventual interesse recursal, caso necessário.

Assim sendo, foram estabelecidos os fundamentos de aplicabilidade da função preventiva na responsabilidade civil, bem como delimitados os critérios de quantificação capazes de concretizar a dissuasão no agente ofensor. Inclusive, por meio de exposição própria a respeito dos usos processuais e normativos que favorecem a atuação do legitimado ativo. Deve-se, a partir disso, explorar os métodos de quantificação das condenações por danos morais coletivos que se pretendem capazes de materializar os alicerces do instituto.

Como será possível verificar no derradeiro tópico da pesquisa que se apresenta, há um descompasso entre doutrina e jurisprudência no que se refere aos fundamentos da responsabilidade civil e a atuação forense, incapaz, na maior parte dos casos, de impor aos fornecedores uma mudança efetiva de comportamento, como forma de tutela dos direitos transindividuais dos consumidores. Portanto, tenciona-se a apresentar ao leitor alternativas de métodos que são, a depender do caso concreto, mais apropriados para a sedimentação de uma decisão condenatória que esteja em consonância com os valores constitucionais que inspiram o sistema constitucional contemporâneo.

A intenção da pesquisa, no momento, se volta à garantia de que a quantificação dos danos morais coletivos atenda a padrões mínimos de quantificação que sejam efetivos no sentido de evitar a recorrência do dano observado. Ou seja, mais do que sugerir a melhor adequação de um ou outro método, urge descortinar a necessidade de que, utilizado quaisquer dos critérios, a condenação seja eficaz para promover uma alteração de comportamento. De antemão, adianta-se que o padrão mínimo sugerido reside na exclusão completa de qualquer proveito econômico decorrente do ilícito observado, motivo pelo qual a adequada instrução processual é primordial.

#### **4.4.2 Arbitramento por valor mínimo: indesejada predominância nas cortes brasileiras**

Como sugere o título, o arbitramento por valor mínimo é o método mais utilizado na experiência jurisdicional brasileira, embora não represente, de longe, a melhor das alternativas para a quantificação de danos extrapatrimoniais de natureza coletiva. Em verdade, o arbitramento por valor mínimo representa uma boa opção para as hipóteses em que não se possa aplicar alternativas mais objetivas de quantificação, seja por falta de informações, seja por inviabilidade técnica ou processual. Não se deve, portanto, desqualificar o método enquanto tal, muito embora seja imperativo desafiar os atores jurídicos a irem além do arbitramento por valor mínimo.

Nos termos delineados ao longo do estudo, não existem critérios legais específicos e objetivos para a fixação do dano moral coletivo, motivo pelo qual o Judiciário se socorre de analogias e dos fundamentos e finalidades do instituto. O arbitramento por valor mínimo, portanto, reflete esta elevada subjetividade decorrente da ausência de critérios e métodos capazes de, ao menos em tese, tornar a análise mais objetiva. Assim sendo, aqueles que aplicam o método entendem que a indenização não pode ser ínfima, tampouco exorbitante.

Na prática, os julgadores se utilizam dos critérios que avaliam a ocorrência em si, os efeitos na coletividade e as circunstâncias específicas. Não se descuida, é claro, da gravidade da conduta do transgressor e de seu poderio econômico. No entanto, como se extrai dos critérios usualmente utilizados, há um grau de subjetividade incômodo, cuja valoração de um mesmo fato, em Juízos distintos, pode apresentar acentuada distinção. Esta distorção dá origem ao fenômeno chamado de “jurisprudência lotérica”.

O ministro Luís Felipe Salomão, integrante do Superior Tribunal de Justiça, se posiciona frontalmente contra a possibilidade de uma jurisprudência lotérica com base no arbitramento de valor mínimo indiscriminado. Em entrevista concedida em 2013 ao Conjur, o

ministro referiu que é necessário buscar um ponto de equilíbrio, sem tarifação dos danos, que seja ao mesmo tempo capaz de compensar o dano e satisfazer a vítima, sem que cause a quebra de uma empresa, sob pena de que os danos sejam espalhados para os seus trabalhadores e fornecedores. Dessa forma, o julgador entende que é ideal a existência de parâmetros, sem, contudo, que os limites acabem por engessar o julgador (HAIDAR, 2013).

No âmbito dos danos extrapatrimoniais individuais, o arbitramento de valor mínimo se torna uma alternativa viável em razão da dificuldade e da inexigibilidade de produção probatória não apenas quanto à existência do dano, mas também com relação ao seu efetivo impacto na vítima. Não é o caso do dano moral coletivo, em que há, na maior parte dos casos, um inarredável interesse econômico na violação dos direitos tutelados. Dessa forma, a cômoda transposição da esfera individual para a coletiva da aplicação do método do arbitramento por valor mínimo é nociva às finalidades do instrumento de tutela coletiva, eis que não é efetivo no combate à ilicitude lucrativa.

Na prática do Superior Tribunal de Justiça, conforme exposto alhures, o arbitramento por valor mínimo na esfera da tutela dos direitos transindividuais dos consumidores acaba por acolher a subjetividade exacerbada. Contudo, ao concretizar o valor da condenação, no mais das vezes pautada em precedentes outros, uns mais e outros menos relacionados à temática, o Poder Judiciário se mostra leniente com as violações incontrovertidamente ocorridas. Não se perquire, para este método de quantificação, objetivamente o proveito econômico obtido com o ilícito ou mesmo a capacidade econômica do ofensor.

Em conformidade com o exposto, verifica-se que a aplicação do arbitramento por valor mínimo está, geralmente, relacionada com um pedido autoral que estabelece este pretense montante. Demonstra-se, no ponto, que se trata de um método que deveria ser subsidiário aos demais, pois aplicável em casos altamente complexos, em que não existam elementos de convicção ou parâmetros balizadores claros para o cálculo (FORTES; OLIVEIRA, 2018, p. 335).

Pelo exposto, denota-se que o arbitramento do valor mínimo, que deveria ser uma alternativa subsidiária para o julgador, se tornou a via principal da quantificação. Infelizmente, no âmbito da tutela coletiva, o uso do método se apresenta insuficiente para concretizar a função preventiva e, menos ainda, de extirpar o lucro ilegítimo obtido pelo transgressor. O alto grau de subjetividade inerente ao procedimento monofásico, em que basicamente há uma manifestação de fundamentos genéricos, tem se mostrado absolutamente inadequado.

A despeito de ser o método mais “fácil” para o Judiciário, em razão da inexistência de critérios objetivos e da predominância da subjetividade do julgador, não há como admitir que



o sistema de tutela coletiva, notadamente a sua finalidade, fique submetida à concretização do instituto por meio do método monofásico de arbitramento por valor mínimo. Os critérios que escoram as decisões são absolutamente imprecisos e representam tão somente fundamentos alegóricos para a pretensa tarefa de justificar uma decisão numérica.

À vista disso, percebe-se a importância exacerbada da atividade pré-processual dos legitimados à propositura da ação civil pública quanto aos efetivos impactos do dano, inclusive com o reflexo simétrico do proveito econômico auferido em razão da violação aos direitos transindividuais dos consumidores. Em sendo proporcionados os meios para a concreção de critérios mais objetivos, tende-se a superar o paradigma do método monofásico de quantificação do dano moral coletivo, viabilizando uma quantificação de atenda aos padrões mínimos capazes de garantir a efetiva prevenção.

Com isso, para além de incremento em qualidade na fase de quantificação, acredita-se que o instituto poderá restar mais aproximado de sua função precípua, qual seja, a promoção de comportamentos éticos e a dissuasão de comportamentos reprováveis. Por isso, repete-se: entende-se necessário viabilizar a exclusão de qualquer ilicitude lucrativa, ou seja, inviabilizar o proveito econômico decorrente do ilícito, de sorte a requalificar a externalidade negativa da própria atividade em questão.

Inclusive, quando viabilizadas as condições instrutórias capazes de garantir uma análise mais profunda e objetiva para a quantificação do dano moral coletivo, observa-se no âmbito do Superior Tribunal de Justiça uma tendência incipiente de superação do método monofásico. Ou seja, há que se propiciar ao Judiciário a possibilidade de extrapolar os limites do cômodo arbitramento por valor mínimo, fato que se observa mais recorrente. Assim, acredita-se na possibilidade de uma quantificação mais compatível com a natureza do dano perpetrado, essencialmente para que ele não mais se repita.

#### **4.4.3 Método bifásico: um necessário avanço para a concretização da função preventiva**

Garantidos os meios, por meio do processo de instrução, o Juízo poderá debruçar-se sobre um método de quantificação de considere de forma mais detalhada as peculiaridades do caso, de forma objetiva. Em outras palavras, franqueado o acesso do julgador aos dados concretos decorrentes da violação, poderá ser aplicado um método de quantificação que parta de um patamar mínimo e se adeque, em uma segunda etapa, às especificidades do caso concreto, inclusive para excluir eventual lucro ilegítimo.

O método bifásico de quantificação se diferencia significativamente do método tradicional de arbitramento de valor mínimo, que se realiza em apenas uma etapa. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, atribui-se ao ministro Paulo de Tarso Sanseverino a introdução do método para a quantificação dos danos extrapatrimoniais, no voto proferido no REsp n. 1.152.541. Ao constatar que a quantificação das condenações representa um dos problemas mais delicados do sistema de responsabilidade civil, o julgador se posicionou a respeito da necessidade de adoção de critérios mais objetivos, em contraposição ao arbitramento por valor mínimo e à tarifação dos danos.

A proposição do método, segundo o ministro Paulo de Tarso Sanseverino, consiste em duas etapas. Pretende-se, com a quantificação em duas etapas, individualizar (valoração do bem jurídico) e concretizar (quantificar).

Na primeira etapa, cabe ao julgador estabelecer um valor básico ou inicial, considerando-se o interesse jurídico lesado, em atenção aos precedentes jurisprudenciais a respeito da matéria em debate. A intenção da primeira etapa de quantificação é manter certa uniformidade e previsibilidade jurisprudencial para danos assemelhados. Com isso, pretende-se manter um determinado padrão valorativo em razão exclusivamente do bem jurídico, evitando disparidades jurisprudenciais injustificadas.

A segunda etapa do método bifásico diz respeito à modulação do montante obtido na primeira etapa, em observância das especificidades e circunstâncias especiais dos fatos em julgamento. Ou seja, a partir de um montante-base, serão realizados ajustes por meio de critérios objetivos e subjetivos, consubstanciados por Paulo de Tarso Sanseverino em cinco elementos: a) gravidade do fato e suas consequências; b) intensidade do dolo ou grau de culpa; c) existência de culpa concorrente; d) condição econômica do ofensor; e) condições pessoais da vítima.

Deve-se esclarecer que a proposição formulada no REsp n. 1.152.541 tinha por objetivo quantificar os danos extrapatrimoniais individuais, e não coletivos. Por este motivo, pretendeu-se perquirir a existência de culpa concorrente e condições pessoais da vítima, critérios que não se relacionam com a tutela coletiva, esvaziando-se a necessidade de análise quando da quantificação do dano em sua dimensão coletiva.

Como bem observaram Pedro Rubim Borges Fortes e Pedro Farias Oliveira, o método bifásico guarda certa semelhança com a dosimetria da pena. Inclusive, a nomenclatura do método encontra inspiração no método de responsabilidade penal, o trifásico, previsto no art. 68 do Código Penal. Ainda, ressalta-se que as semelhanças também dizem respeito à fixação de um montante-base (pena-base para o direito penal), com causas de diminuição e aumento,

com referencia aos critérios também observados na pretendida função dissuasória da responsabilidade civil (FORTES; OLIVEIRA, 2018, p. 343).

O método inaugurado no STJ por meio do ministro Paulo de Tarso Sanseverino foi transposto para a quantificação dos danos morais coletivos em recursos especiais relatados pelo ministro Luís Felipe Salomão. Dois dos votos em que houve a aplicação do método bifásico para a quantificação de danos morais coletivos constam do presente capítulo, sendo os REsp n. 1.487.046, julgado no ano de 2017 e REsp. n. 1.539.056, julgado em 2021. O primeiro processo abordou a infidelidade de bandeira em postos de gasolina, com deletérios efeitos e indubitável lucro ilegítimo obtido em decorrência da censurável conduta; o processo mais recente, por sua vez, abordou a alienação de lotes populares com informações enganosas a respeito da regularidade do empreendimento.

Cumpre, no ponto, colacionar a fundamentação utilizada pelo ministro relator no voto proferido nos autos do REsp n. 1.487.046:

Assim, em primeira fase, verifica-se que julgados desta Corte, ao reconhecerem dano moral coletivo em razão de injusta violação de direitos básicos dos consumidores (de informação adequada, de escolha consciente, de proteção contra a publicidade enganosa ou abusiva), consideraram razoável a fixação de valores entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), o que tem o condão de traduzir a relevância do interesse transindividual lesado (REsp 1.101.949/DF [...])

Por sua vez, em segunda fase, observadas as nuances do caso concreto (conduta dolosa causadora de dano de abrangência local; ofensor de capacidade econômica mediana; incontroverso proveito econômico no importe de R\$ 90.000,00 - noventa mil reais; recalcitrância no descumprimento do dever de informação adequada; e significativa reprovabilidade social da lesão), considero razoável e adequado à função do dano moral coletivo o arbitramento da quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)

Extrai-se do voto que houve uma adaptação nos critérios concernentes à segunda etapa do método bifásico, consistindo na exclusão de fatores subjetivos da vítima e na inclusão de: a) montante do incontroverso proveito econômico; b) recalcitrância na conduta ilícita; c) reprovabilidade social da lesão. Adaptou-se, portanto, de forma satisfatória a segunda etapa de quantificação.

Contudo, é necessário mencionar que os precedentes que vêm aplicando o método bifásico no âmbito do dano moral coletivo são insuficientes quanto à assimilação das bases do método e no resultado obtido da apreciação dos critérios.

Inicialmente, há que se ter em conta que a primeira etapa de quantificação deve servir para balizar as quantificações com base nos precedentes existentes. Inobstante, é cediço que as cortes se apresentam brandas na apreciação do valor atribuído aos interesses públicos inerentes à coletividade. Dessa forma, reproduzir os padrões quantitativos apenas servirá aos interesses dos fornecedores transgressores, haja vista que os patamares históricos são sabidamente reduzidos e insuficientes para a finalidade preventiva do instituto. Deve-se, assim, reformular o montante-base das quantificações em observância às funções do instituto e ao interesse público insito ao dano moral coletivo. O foco deve ser a prevenção e a dissuasão.

Ainda no que se refere à primeira etapa, cumpre registrar que o atual uso do método por parte do Judiciário tem sido demasiado superficial, com apresentação de valores em uma variação que não guarda correspondência com o bem jurídico violado. Pior, muitos dos precedentes que são utilizados para estabelecer a variação entre as condenações-base nem sequer guardam relação de similitude significativa com a conduta que se aprecia no processo em questão. Ressalva-se que a variação de valores entre o mínimo e o máximo estabelecida na primeira etapa não representa um limite de quantificação, sob pena de que se esteja a verificar uma espécie de tarifação às avessas.

Inobservada a efetiva natureza do bem jurídico tutelado, e notadamente das violações semelhantes já apreciadas, há um risco significativo de que se mantenha o ciclo vicioso de inefetividade da tutela coletiva de direitos. Incentiva-se a adoção de uma análise aprofundada sobre os precedentes e, especialmente, sobre o objeto de tutela, a fim de garantir uma adequada identificação e individualização do interesse jurídico ofendido.

Na segunda etapa, é possível afirmar que os critérios apresentam o potencial de materializar a dissuasão e a função promocional da responsabilidade civil, inclusive com a exclusão de lucros ilegítimos e o afastamento dos incentivos econômicos na transgressão de direitos transindividuais. Contudo, infelizmente, percebe-se que a aplicação da segunda etapa é meramente alegórica, sem que as quantificações sejam capazes sequer de combater o proveito econômico incontroverso. Para isso, é fundamental que a instrução processual forneça os elementos sobre os quais o magistrado poderá se debruçar e, com diligência, estabelecer e quantificar, na maior medida de objetividade possível, o valor que melhor atinja aos anseios do sistema de responsabilidade civil contemporânea.

Em outras palavras, o método bifásico é teoricamente adequado para a concretização dos fundamentos, finalidades, objetivos e funções atribuídos ao dano moral coletivo e à tutela coletiva dos consumidores. No entanto, como visto acima, a aplicação da primeira etapa de quantificação é simbólica, com margens entre R\$ 50.000,00 e R\$ 500.000,00, sem maiores

fundamentações pelo Juízo quanto à relevância do interesse tutelado. Na segunda etapa, por sua vez, reconhece-se a capacidade econômica mediana, o proveito econômico de R\$ 90.000,00, o descumprimento reiterado de normas e a conduta dolosa. Mesmo assim, o relator optou pela condenação no montante de apenas R\$ 20.000,00.

Ora, mesmo diante de critérios adequados e informações econômicas sobre a operação, ainda que parcialmente adequadas, é injustificável a quantificação em patamar irrisório. Veja-se que o proveito econômico foi ao menos 350% maior do que o valor da condenação, desconsiderado o longo período em que a violação foi perpetrada. De modo que, ainda que sejam oferecidos critérios e métodos adequados de quantificação, as informações capazes de embasar as quantificações adequadas devem ser abundantes. Mais do que isso, deve haver um sério compromisso por parte do Poder Judiciário na concretização de uma tutela coletiva dos consumidores que esteja compromissada com o direito básico à prevenção, por meio da promoção de comportamentos éticos e a dissuasão de comportamentos descompromissados com os valores enunciados pela CRFB/1988 e pelo sistema consumerista.

Em tese, o método bifásico se apresenta formalmente como sendo capaz de concretizar o que se defendeu ao longo da pesquisa, sintetizado nos valores da prevenção, da dissuasão e da promoção de comportamentos éticos. Por outro lado, a aplicação prática do método apresenta defeitos e vícios que minam toda a infraestrutura teórica que o fundamenta. No entanto, a despeito das fundadas críticas à aplicação do método bifásico no âmbito do Poder Judiciário, vislumbra-se um franco espaço para melhoria efetiva na concretização de quantificações adequadas às finalidades do dano moral coletivo enquanto instrumento de concretização dos direitos transindividuais dos consumidores.

Esta melhoria de fundo prático reside na aplicação de mínimos existenciais quantificadores que devem guiar os julgadores quando da análise das violações aos direitos transindividuais dos consumidores. Estes mínimos existenciais nada mais são do que *standards* de observância altamente encorajados para que sejam concretizados, no mundo dos fatos, os valores acima consubstanciados.

Trata-se, em poucas palavras, de uma forma de garantir, no mínimo, que as quantificações dos danos morais coletivos extirpem qualquer proveito econômico ou vantagem competitiva decorrente do ilícito que possa funcionar como um incentivo à manutenção da conduta. É, justamente por isso, um mínimo padrão. O instituto deve, ao menos, ser capaz de oferecer incentivos concretos para a mudança efetiva de comportamento. No fundo, estes mínimos existenciais são formas de assegurar, na maior medida possível, a tutela integral da coletividade.

#### 4.4.4 *Skimming off*: técnica de exclusão do proveito econômico ilegítimo

A técnica complementar ao método bifásico chamada de *skimming off* ou desnatação pela exclusão do lucro ilegítimo é formulação recente na doutrina brasileira. Entende-se ser esta a técnica capaz de qualificar a segunda etapa do método bifásico, com a finalidade de garantir um mínimo existencial em termos de quantificação que seja capaz de concretizar os fundamentos e as finalidades do instituto, conforme desenvolvidos ao longo da investigação de que se encerra.

A proposição foi formulada por Pedro Rubim Borges Fortes e Pedro Farias de Oliveira, em artigo publicado em obra coletiva organizada por Nelson Rosenvald, destinada à temática do dano moral coletivo (2018). Ao que se tem conhecimento, a importação da técnica, originária da doutrina alemã, é fruto da diligente atuação do Ministério Público fluminense, especialmente sob a batuta dos promotores de justiça Pedro Rubim Borges Fortes e Guilherme Magalhães Martins.

A doutrina alemã define a técnica de *skimming off* como um instrumento adequado aos processos que envolvem questões afetas à concorrência. Trata-se de instituto introduzido por inovações legislativas alemãs datadas de 2004 e 2005, respectivamente por meio de norma voltada ao combate à concorrência desleal (UWG) e de norma contra a limitação da concorrência (GWB). Na prática, a autoridade judiciária deverá desnatar, ou seja, filtrar, excluir, os lucros auferidos que foram decorrentes da violação de normas de concorrência (DUZ-WENZEL; WEGNER; SCHULZ, 2021).

Embora o sistema jurídico alemão apresente uma estruturação da tutela coletiva de forma distinta, as associações de defesa dos consumidores se utilizam da técnica de desnatação do lucro ilegítimo como forma de compensar indenizações das mais variadas naturezas. Em suma, a teoria alemã faz uma analogia ao processo de desnatação do leite, ou seja, a retirada de gordura para a obtenção de um produto “filtrado”. Aplicada à responsabilidade civil coletiva, a desnatação representa a retirada da “gordura” financeira decorrente de uma prática de mercado reprovável. Dessa forma, a operação restaria “filtrada” com a exclusão do lucro ilegítimo.

Nesse sentido, a técnica a ser aplicada representa nada mais do que um guia de quantificação para um patamar mínimo aceitável, qual seja, a estimativa do saldo positivo decorrente da transgressão aos direitos transindividuais dos consumidores. Por este motivo, a proposição no sentido de que a técnica apresentada represente um *standard* mínimo aceitável

para a condução dos procedimentos de quantificação do dano moral coletivo, ou seja, um piso para que sejam garantidas as finalidades do instituto.

A técnica de exclusão do lucro ilegítimo busca desconstruir o incentivo econômico à transgressão de normas de tutela dos direitos transindividuais, observados os pressupostos da Análise Econômica do Direito outrora expostos. Sendo certo que as decisões dos fornecedores são tomadas em bases racionais, a exclusão de qualquer proveito econômico em uma operação cujas bases são censuráveis tende a aumentar os incentivos para a adequação de condutas. Isto porque, conforme se observa da experiência jurisprudencial, as condenações pautadas no arbitramento por valor mínimo ou mesmo no método bifásico sem a análise aprofundada dos critérios têm se mostrado insuficientes para prevenir a ocorrência de novos danos.

Desnaturar o lucro ilegítimo se mostra uma medida ponderada, em que não há caráter punitivo exacerbado, que seria capaz de inviabilizar uma determinada atividade econômica (*over deterrence*), mas também não permite que o ilícito “compense” (*under deterrence*). Nos termos delineados pela pesquisa, um dos valores primordiais que deve orientar a aplicação do dano moral coletivo é a dissuasão. Evitar qualquer modalidade de enriquecimento sem causa ou ilícito representa um caminho para que sejam extirpados benefícios econômicos e promovidas as mudanças que a coletividade clama.

Para a aplicação do método, deve-se alertar a respeito da possível ineficácia quando da observação de ambientes de negócios em que seja verificada corrupção ou sonegação, haja vista o potencial de que a modificação fraudulenta das contas possa ocultar os reais lucros da atividade combatida (FORTES; OLIVEIRA, 2018, p. 337). Da mesma forma, o alerta reside na necessária instrução processual no sentido de obter as informações econômicas da atividade em questão, seja por meio de investigação preliminar, seja por meio de instrumentos processuais como a inversão do ônus da prova. Reitera-se a necessidade de que ao Juízo seja facilitada a aplicabilidade do método, especialmente em razão da ausência de familiaridade das cortes com o manejo da técnica em questão.

O dano moral coletivo aos consumidores pode ser perpetrado de diversas formas, com características distintas entre si. Por isso, não há como propor tão somente um método orientado por uma técnica de quantificação como a única opção para a apreciação do julgador. Pelo contrário, em atenção às especificidades de cada modalidade de dano que pode ser perpetrado, devem estar à disposição do Poder Judiciário instrumentos capazes de materializar as funções e finalidades da tutela coletiva.

Em casos em que se observa a prática de corrupção, verifica-se que os resultados econômicos da operação podem estar distorcidos, em razão de eventuais propinas ou mesmo

sonegação de tributos. Nas hipóteses em que o proveito econômico obtido por meio da transgressão à coletividade esteja relacionado ao pagamento de propina, por exemplo, considera-se viável relacionar o proveito econômico não apenas ao efetivo prejuízo da coletividade, como também do valor ilicitamente investido para a viabilização da ofensa.

Para exemplificar a hipótese, menciona-se o caso protagonizado pela Fetranspor e pela Riocard, em que se verificou a formação de um monopólio de bilhetagem no transporte público alicerçada no pagamento de ao menos 260 milhões de reais em propina. A investigação, no âmbito da Operação Lava Jato, concluiu que o pagamento das propinas materializou o prejuízo à coletividade, consistente na manutenção do ilícito e da precarização do serviço público para os cidadãos (FORTES; OLIVEIRA, 2018, p. 338).

A técnica sugerida em atuações do Ministério Público e da Defensoria Pública depende diretamente de uma investigação prévia estruturada. Realisticamente, não se localizou caso em que houve a aplicação da técnica para a finalidade de instruir a quantificação de danos extrapatrimoniais coletivos, já que há uma comum confusão entre a indenização ao erário como decorrência da corrupção e a compensação em favor da coletividade pela transgressão aos direitos transindividuais dos consumidores. Os danos apresentam naturezas distintas, embora dificultem a compreensão e a assimilação de que um (dano ao erário) possa servir como ponto de partida para a quantificação do outro (dano moral coletivo).

Outro critério listado como relevante para a quantificação dos danos morais coletivos, de forma subsidiária, é a da estimativa baseada no montante global da indenização por danos materiais. Trata-se de importação de compreensão estadunidense no sentido de que a compensação pode representar um múltiplo do montante estabelecido como dano material. A ideia, nas palavras de Fortes e Oliveira, seria a de concretizar a função sancionatória e dissuasória, sendo certo que a multiplicação do valor seria capaz de satisfazer as inúmeras possíveis violações não identificadas pelo sistema jurídico (2018, p. 339). Ou seja, pune-se de forma marcada com a presunção antecipada de recorrência do ilícito.

Embora seja compreensível a racionalidade aplicável ao método da estimativa pelo valor global do dano material, entende-se que há uma relação demasiadamente marcada com a função exclusivamente punitiva da responsabilidade civil. Contudo, há uma grande resistência quanto à aplicação do instituto com viés exacerbadamente punitivo, haja vista a incompatibilidade com o sistema jurídico enquanto vigente. No ponto, pensa-se ser adequada uma reforma legislativa que viabilize e materialize a possibilidade de que as compensações extrapolem, indubitavelmente, a extensão do dano comprovado.



Como se percebe, as duas técnicas subsidiárias apresentam baixa aceitação no âmbito das cortes brasileiras, e têm aceitabilidade ainda incipiente na doutrina, com referências baseadas na atuação do Ministério Público fluminense. Inobstante, em razão do urgente debate necessário a respeito do aprimoramento dos métodos e técnicas de quantificação dos danos morais coletivos, os aportes representam uma oxigenação na racionalidade dominante a respeito do sistema de responsabilidade civil e da atuação que compete aos atores do sistema de justiça.

Uma vez mais, para todos os métodos, critérios e técnicas de quantificação expostas, reforça-se a premente necessidade de uma instrução pré-processual que esteja comprometida, desde o primeiro momento, à obtenção de dados concretos quanto à atividade ilícita, seus custos, seus proveitos e seu saldo em favor do transgressor. Trata-se de ponto de partida básico tanto para a quantificação pelo método bifásico por meio da concretização dos critérios, quanto para a aplicação das técnicas exploradas ao longo do capítulo.

Isto porque qualquer dos métodos ou técnicas de quantificação adotado pelo Juízo deverá contemplar o defendido “mínimo existencial” em matéria de tutela da coletividade: a exclusão do proveito econômico obtido. Apenas a observação deste padrão mínimo de conduta é que será capaz de atingir o objetivo promocional da responsabilidade civil na tutela da coletividade, qual seja, garantir a prevenção por meio da dissuasão e do incentivo à adoção de comportamentos éticos no trato com os consumidores.

Recomenda-se, como medida necessária à concretização do instituto e de suas funções, que os atores jurídicos passem a fomentar e difundir a aplicabilidade do método bifásico de quantificação orientado pela técnica da desnatação do lucro ilegítimo como patamar mínimo de quantificação. De sorte que, com esperança, se almeja a efetiva tutela dos direitos transindividuais dos consumidores, com prevenção e com a promoção de comportamentos éticos.

## 5 CONCLUSÃO

No presente trabalho buscou-se investigar de que forma padrões mínimos de critérios e métodos de quantificação dos danos morais coletivos podem contribuir com a concretização da função preventiva inerente ao sistema de responsabilidade civil consumerista. Dessa forma, mostrou-se necessário compreender as concepções teóricas capazes de alicerçar patamares mínimos de quantificação, respeitadas as limitações do ordenamento jurídico, eficazes para concretizar a prevenção, pedra de toque do subsistema de tutela dos direitos transindividuais dos consumidores.

Para tanto, no primeiro capítulo contextualizou-se sociedade de massa, a sociedade de hiperconsumo e a sociedade de risco, nomenclaturas distintas para a descrição a respeito dos fenômenos que circundam as relações humanas contemporâneas. A partir da análise do contexto social, foram verificadas as modalidades de danos perpetradas aos consumidores, com os antecedentes históricos da tutela consumerista. Observou-se, no ponto, que a natureza dos danos perpetrados aos consumidores reclama a adequada estrutura jurídica que viabilize a tutela da coletividade.

Ainda no primeiro capítulo, com o histórico do dano moral no Brasil, verificou-se que a tutela individual e a tutela coletiva devem ser materializadas por meio de institutos diversos. Isto porque, a despeito da nomenclatura semelhante, o dano moral individual e o dano moral ou extrapatrimonial coletivo são invencivelmente distintos, guardando semelhança tão somente no aspecto imaterial do direito tutelado. Dessa forma, constatou-se impossível pretender realizar a transposição conceitual e prática das características do dano moral individual para o instituto que tutela os direitos transindividuais coletivos, sob pena de enfraquecer ainda mais o sistema de tutela coletiva.

No encerramento da primeira parte da pesquisa, foram tecidas considerações sobre a instrumentalização do dano moral coletivo no direito brasileiro, com análises a respeito do procedimento, dos vieses probatórios e da destinação de eventuais condenações. Assim, concluiu-se o capítulo com um panorama geral a respeito das peculiaridades do dano moral coletivo, desde a necessidade social de sua concretização em razão dos danos percebidos na pós-modernidade, como pelos aspectos teóricos que alicerçam a utilização do instituto no direito pátrio, inclusive com as questões práticas que circundam a temática, a fim de criar as balizas para a continuação da pesquisa.

Como forma de analisar o objetivo último do instituto em análise, o segundo capítulo destinou-se ao estudo dos princípios e das funções da responsabilidade civil. Para tanto,

inaugurou-se um esforço histórico a respeito das funções da responsabilidade civil, com a verificação de que há um movimento pendular entre as funções reparatória e punitiva. Em paralelo, foram abordadas as mudanças sociais que demandaram alterações conceituais na noção de responsabilidade civil, especialmente por meio da CRFB/1988 e do CC/2002.

Estas mudanças foram impulsionadas pela valorização da dignidade humana, que passou a ocupar a prestigiosa posição de fundamento da República brasileira. Ainda, não é demais ressaltar a existência de limitantes da atividade econômica, como a proteção do consumidor. Com consequência, o novo sistema constitucional reverberou no Código Civil e nas demais normas de caráter público e privado. Dessa forma, demonstrou-se preciso afirmar que os princípios que norteiam a responsabilidade civil, inspirados na CRFB/1988, são: a) dignidade da pessoa humana; b) solidariedade; c) reparação integral; d) prevenção.

No sistema jurídico brasileiro, os princípios detêm força normativa, e orientam a aplicação das regras, em consonância com os valores eleitos pelos constituintes. Em posição assemelhada, as funções da responsabilidade civil se apresentam como balizas de análise do fenômeno jurídico que circunda as ações, omissões, ameaças de danos e danos, bem como as consequências a serem impostas ao agente ofensor. Nesse sentido, a doutrina estabelece funções ao sistema de responsabilidade civil, de forma a auxiliar o intérprete e os atores jurídicos sobre as melhores soluções a serem adotadas para os casos concretos levados ao Poder Judiciário.

Por este motivo, o estudo destinou especial atenção às funções da responsabilidade civil, selecionando: a) função reparatória; b) função punitiva; c) função precaucional e função preventiva. Como delineado no capítulo inaugural, historicamente houve um movimento pendular entre as funções reparatória e punitiva. Contudo, entre o meio e o fim do século XX, notou-se um fortalecimento da noção de que a responsabilidade civil deveria apresentar uma função marcadamente precaucional e preventiva, especialmente como forma de tutelar os direitos dos hipossuficientes ou mesmo como forma de garantir a paz social com o incentivo de condutas éticas e virtuosas e o desencorajamento das condutas socialmente indesejadas.

Verificou-se, ao longo do segundo capítulo, que a tutela coletiva dos consumidores requer uma análise mais detida a respeito dos princípios e das funções da responsabilidade civil. Nos termos delineados inicialmente, a tutela coletiva dos consumidores, especialmente quanto aos direitos transindividuais, apresenta características marcantes. Dentre as principais, destacam-se a dificuldade de determinação da extensão de um dano extrapatrimonial em face da coletividade e a reversão de eventual condenação em favor de fundos de proteção de direitos difusos e coletivos.

Para além disso, os direitos transindividuais dos consumidores representam valores caros à coletividade para a vida social, ou seja, não são meros direitos indenizáveis com quantias delimitadas e capazes de compensar integralmente o dano verificado. Pelo contrário, as violações aos direitos transindividuais dos consumidores representam, no mais das vezes, grave ofensa à confiança da coletividade no mercado de consumo e significativo rebaixamento no nível de qualidade de vida de um determinado grupamento social. Assim sendo, a mera reparação não deve se tornar imperativa como valor fundante do sistema de tutela coletiva, como vinha sendo na racionalidade clássica da responsabilidade civil.

Dentre as finalidades da pesquisa, deve-se destacar a urgência de que seja posta luz no debate a respeito das funções da responsabilidade civil voltada à tutela da coletividade. Mais que isso, sendo envolvidos direitos transindividuais dos consumidores, há que se destacar o lógico desiderato do sistema legislativo no sentido de que as violações não se repitam, ou seja, seja concretizada a prevenção, que é direito básico dos consumidores. Para além disso, e como forma de materializar as funções da responsabilidade civil, vislumbra-se absolutamente necessária a dissuasão dos comportamentos censurados. É justamente neste sentido que se concluiu a necessidade de que o sistema de tutela coletiva esteja predominantemente voltado à prevenção da ocorrência de danos já apreciados.

No entanto, como percebe-se do cotidiano, o sistema de tutela coletiva não tem sido suficiente para garantir a promoção de comportamentos éticos por parte dos fornecedores. Há uma percepção generalizada dos atores econômicos de que determinados ilícitos perpetrados em face da coletividade são praticados de forma dolosa pelos fornecedores que, cientes da leniência do Poder Judiciário quando da apreciação dos danos, verificam a existência de um proveito econômico advindo da atividade ilícita que justifique, internamente, a manutenção das condutas indesejadas.

Por este motivo, defendeu-se de forma enfática, como premissa da pesquisa, que as quantificações dos danos extrapatrimoniais coletivos, sem melindrar qualquer baliza limitadora das condenações, sejam arbitradas com base em critérios que estejam comprometidos com a função promocional da responsabilidade civil, em observância ao princípio da prevenção. Nesta toada é inaugurado o terceiro e último capítulo da pesquisa, destinado ao estudo da quantificação do dano moral coletivo como forma de concretizar o princípio da prevenção, a partir de padrões mínimos de critérios e métodos.

Inicialmente, foi analisado pormenorizadamente o cenário atual da quantificação dos danos extrapatrimoniais coletivos nas relações de consumo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. A pesquisa verificou grande parte dos julgados que abordaram a temática da

quantificação nos processos que chegaram à Corte da Cidadania, a fim de constatar se o tratamento é suficiente para tutelar os direitos transindividuais dos consumidores e garantir que as condutas censuradas não se repetirão, de modo a concretizar a prevenção que orienta primordialmente o sistema de responsabilidade civil consumerista.

No STJ, há um exacerbado casuísmo quanto à aplicabilidade da Súmula n. 7 como limitante da apreciação a respeito da quantificação dos danos extrapatrimoniais. De qualquer forma, nota-se que em parte esmagadora dos julgados a Corte se utiliza do arbitramento de um valor mínimo que nem sequer é capaz de compensar indiretamente os prejuízos efetivamente impostos à coletividade, à vista do proveito econômico incontroverso em parte dos casos. Como consequência, a função preventiva acaba por se apresentar tão somente como um valor esvaziado mencionado pelos julgadores.

Em um momento inicial, as decisões listavam critérios como a relevância do interesse transindividual lesado, a gravidade e a repercussão da lesão, a situação econômica do ofensor, o proveito econômico obtido com a conduta ilícita, o grau da culpa ou do dolo, a verificação de reincidência e o grau de reprovabilidade social. Mais recentemente, observa-se a iniciativa de parcela minoritária dos ministros do STJ quanto ao uso de um critério bifásico de quantificação, em que se estabelece um valor base a ser majorado ou minorado de acordo com as circunstâncias do caso, com reprodução dos critérios utilizados para o arbitramento de valor mínimo. Nesse sentido, embora o Poder Judiciário reconheça as funções do instituto, não logra em concretizar a necessária prevenção relativa à tutela coletiva.

Em suma, restou demonstrado que as quantificações são irrisórias e não refletem o fundamento das decisões, ou seja, não são concretizadas as finalidades do sistema de responsabilidade civil. Por este motivo, verificou-se que a defesa de padrões mínimos de quantificação é o caminho viável para auxiliar na concretização da prevenção capaz de tutelar efetivamente os direitos transindividuais dos consumidores.

Isto porque, ausente a prevenção efetiva, verifica-se a ocorrência do fenômeno da ilicitude lucrativa, em que os fornecedores são incentivados a perpetrarem condutas ilícitas pela certeza de que eventual condenação será inferior ao proveito econômico obtido com a agressão à coletividade. O fenômeno da ilicitude lucrativa é descrito na doutrina e observado na prática dos atores jurídicos que trabalham diariamente com o sistema de tutela coletiva, além de ser explicado pelos conceitos operacionais básicos da Análise Econômica do Direito.

O panorama atual jurisprudencial deve ser compreendido sob a ótica dos princípios que norteiam a Análise Econômica do Direito: a) a eficiência; b) o pressuposto da escolha racional; c) o princípio do individualismo metodológico. Restou evidente que o Judiciário não

se aprofunda suficientemente no que toca às consequências de suas decisões, exercendo uma interferência mercadológica simbólica. A certeza garantida aos fornecedores de que seus ilícitos não serão suficientemente combatidos contemplam os princípios da AED como forma de incentivar e justificar racionalmente manutenção de condutas socialmente indesejadas. Não é o que deveria ocorrer no âmbito da tutela dos direitos transindividuais dos consumidores, em que a prevenção é um direito básico.

Com isso, buscou-se analisar de que forma os fundamentos teóricos do instituto e da responsabilidade civil podem reverberar nos critérios e técnicas de quantificação, de modo que sejam capazes de cumprir o princípio da prevenção, norteador do sistema coletivo de defesa dos consumidores. Foram, no ponto, analisados os métodos utilizados atualmente, os contributos e estratégias processuais capazes de materializar um padrão mínimo de quantificação do dano moral coletivo.

Partiu-se do pressuposto de que ao fornecedor não devem ser viabilizadas motivações para a manutenção da conduta. Para tanto, considerou-se necessário extirpar qualquer lucratividade que decorra do ilícito combatido, haja vista que, em última instância, ela representaria um fruto indesejado da ofensa à coletividade. É justamente esta a ideia aplicada pela técnica alemã de exclusão do proveito econômico ilegítimo ou, em inglês, o *skimming off*.

Considerada a necessidade de garantir a proteção da coletividade por meio da eliminação de condutas que violem os seus direitos transindividuais, é adequado inferir que a técnica aludida representa um avanço significativo em relação à aplicação dada ao instituto atualmente. Especialmente se observados os instrumentos processuais capazes de viabilizar a obtenção de informações básicas para a quantificação da lucratividade ilegítima. Conforme observado, deve-se garantir os incentivos para que os fornecedores sejam motivados a alterarem suas práticas operacionais lesivas, e isso deve ser feito por meio da exclusão de todo e qualquer resultado positivo que seja decorrente de atos que violem os direitos transindividuais dos consumidores.

Assim que, em atenção ao sistema jurídico brasileiro de responsabilidade civil inaugurado pela CRFB/1988, complementado pelo CC/2002 e pelo CDC, o “mínimo existencial” em termos de quantificação deve ser capaz de excluir o lucro ilegítimo. Para isso, os atores jurídicos devem estar municiados de dados e informações suficientes para fundamentar o pedido condenatório respeitados os padrões mínimos de quantificação e, mais que isso, elaborar uma decisão judicial que observe a necessária revisão da responsabilidade civil em atenção à contemporaneidade. Presentes, dessa forma, os fundamentos e alicerces

capazes de sustentar a prevenção por meio da dissuasão e do incentivo à adoção de comportamentos éticos no trato com os consumidores.

As conclusões parciais derivadas do percurso argumentativo proposto neste trabalho podem ser resumidas, portanto, da seguinte maneira:

1. As transformações sociais inauguradas pela Revolução Industrial redundaram em uma nova forma de relação entre consumidores e fornecedores, sendo certo que os primeiros ficaram mais fragilizados, expostos às novas modalidades de danos impostos aos consumidores, como os danos extrapatrimoniais coletivos;
2. Mesmo após um longo percurso de aceitação, o dano moral coletivo é amplamente reconhecido na doutrina e na jurisprudência brasileira, com arcabouço normativo próprio;
3. As categorias de dano moral individual e dano moral coletivo não se confundem. A transposição conceitual do dano moral individual para o dano moral coletivo pode ser nociva à tutela da coletividade e, por via de consequência, aos direitos transindividuais, por ofender a instrumentalização de sua aplicação, os critérios de quantificação e a destinação de eventual condenação;
4. O sistema de responsabilidade civil apresenta um movimento pendular entre as funções punitiva e reparatória, impulsionado pelas mudanças sociais que alteram de forma significativa a compreensão a respeito da responsabilidade civil e, especialmente, a sua aplicação pelos Tribunais;
5. Os princípios orientadores do sistema de responsabilidade civil apresentam normatividade própria e as funções da responsabilidade civil auxiliam os atores jurídicos na prática forense, especialmente para fundamentar pedidos e decisões, com vistas à efetiva tutela dos direitos;
6. A CRFB/1988 tornou a dignidade humana um fundamento da República, com a necessária percepção de que a projeção na coletividade também faz jus à tutela integral. Nas relações de consumo, a prevenção de danos é um direito básico consagrado pelo Código de Defesa do Consumidor;
7. No âmbito dos direitos transindividuais, o valor preponderante a ser observado pelo sistema de responsabilidade civil é a prevenção, de modo que as condutas reprováveis não mais voltem a ocorrer;
8. Atualmente, considerada a prática de quantificação dos danos morais coletivos nas relações de consumo, verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça não tem concretizado a prevenção de forma satisfatória. As condenações não são capazes

de refrear as condutas ilícitas e incentivam a manutenção de práticas indesejadas, com fundamento no fenômeno da ilicitude lucrativa;

9. O esvaziamento da materialização da prevenção, com uma leitura a partir da AED, demonstra que apenas a quantificação adequada do dano moral coletivo será capaz de incentivar medidas racionais que considerem a necessidade de investimento em prevenção;
10. Os critérios utilizados atualmente para a quantificação não são absolutamente inadequados, muito embora a aplicação, por métodos e técnicas, não concretize a prevenção. É necessário se utilizar de expedientes processuais para obter precisamente o lucro ilegítimo obtido por fornecedores que violam direitos transindividuais dos consumidores nas operações ilícitas;
11. Considera-se que o patamar mínimo de quantificação dos danos morais coletivos deva ser extraído justamente do proveito econômico obtido pela conduta reprovável, de modo que o fornecedor não tenha mais incentivos para perpetrar o ilícito;
12. Com a exclusão integral do lucro ilegítimo, por meio da técnica de *skimming off*, espera-se que a responsabilidade civil se volte para a efetividade da prevenção, com a promoção de condutas éticas, o desincentivo de ilícitos e com a preservação dos direitos transindividuais dos consumidores.

As conclusões parciais ora indicadas não representam uma linha de chegada no objeto estudado. Pelo contrário, a pesquisa teve por objetivo, por meio dos fundamentos expostos, apontar os padrões mínimos de quantificação dos danos morais coletivos para que o princípio da prevenção fosse concretizado.

Tendo em vista que o campo da quantificação dos danos extrapatrimoniais coletivos é vasto, cumpre referir que o estudo comporta caminhos viáveis de continuação da pesquisa. Infere-se que há campo não explorado especialmente no que se refere à definição minuciosa de novos métodos e técnicas de quantificação das condenações de acordo com cada modalidade de dano extrapatrimonial verificado. Isto porque, consideradas as inúmeras circunstâncias verificáveis nos mais variados setores da economia, mister que estejam à disposição dos atores jurídicos técnicas e métodos compatíveis com os casos específicos, a fim de viabilizar, em última instância, a tutela integral da coletividade por meio da efetiva prevenção que extirpe a lucratividade ilegítima.



## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2. ed. São Paulo: Gen, 2015.
- ALPA, Guido. **La responsabilità civile: parte generale**. Milano: Utet, 2010.
- ACCIARRI, Hugo. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. São Paulo: RT, 2014.
- ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**. Trad. Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.
- ARAGÃO, Alexandra. **Princípio da precaução: manual de instruções**. Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente, vol. 2, n. 11, jan. 2008.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Sociedade do risco e direito do consumidor**. In: Sociedade de risco e direito privado: desafios, normativos, consumeristas e ambientais
- BAHIA, Carolina Medeiros; MEDEIROS, Heloísa Gomes. **O Dano Moral Coletivo nas Relações de Consumo e a Visão dos Tribunais**. Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 153-167, jul/dez. 2016.
- \_\_\_\_\_; TUMELERO, Náina Ariana Souza; SOUZA, Rodrigo Tissot de. **Danos morais coletivos nas relações de consumo: caracterização e a possibilidade de adoção de uma função dissuasória na reparação civil consumerista**. Revista de Direito do Consumidor. vol. 118, ano 26. p. 47-74. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2018.
- \_\_\_\_\_. **Nexo de causalidade em face do risco e do dano ao meio ambiente: elementos para um novo tratamento da causalidade no sistema brasileiro de responsabilidade civil ambiental**. 2012. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012.
- BARATELLA, Maria Grazia. **Le pene private**. Milano: Giuffrè, 2006.
- BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2013.
- BASTOS, Marina Montes. **O ônus da prova na ação civil pública: um estudo acerca dos principais debates e incertezas**. In: CONPEDI, Processo e Jurisdição II, XXIII Encontro Nacional do Conpedi, Florianópolis, 2014, Universidade Federal de Santa Catarina.
- BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**; Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2014.
- BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**; tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2010.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Dano moral coletivo**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, RT. v. 59, jul-set. 2006

\_\_\_\_\_. **Dano moral coletivo**. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Doutrinas essenciais. **Direito do consumidor**. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 5.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4. ed. Brasília: Editora UNB, 1994.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 259.816/RJ, 4t. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Brasília, DF, 22 de agosto de 2000. Disponível em: < <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200000496456&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> > Acesso em: 07 jul. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 866.636/SP, 4t. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Brasília, DF, 27 de novembro de 2007. Disponível em: < <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200601043949&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> > Acesso em: 07 jul. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 971.844/RS, 1t. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2009. Disponível em: < <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200701773379&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> > Acesso em: 07 jul. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.057.274/RS, 2t. Relatora: Ministra Eliana Calmon, Brasília, DF, 01 de dezembro de 2009. Disponível em: < <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200801044981&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> > Acesso em: 07 jul. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.101.541/RS, 2t. Relator: Ministro Humberto Martins, Brasília, DF, 25 de março de 2009. Disponível em: < <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200802506116&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> > Acesso em: 07 jul. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.152.541/RS, 3t. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Brasília, DF, 13 de setembro de 2011. Disponível em < <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200901570760&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> > Acesso em: 07 de jul. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.221.756/RJ, 3t. Relator: Ministro Massami Uyeda, Brasília, DF, 02 de fevereiro 2012. Disponível em < <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201001970766&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> > Acesso em: 07 de jul. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.250.582/MG, 4t. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 12 de abril de 2016. Disponível em < <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200901570760&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> > Acesso em: 07 de jul. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.291.213/SC, 3t. Relator: Ministro Sidnei Beneti, Brasília, DF, 30 de agosto de 2012. Disponível em < <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201102695090&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> > Acesso em: 07 de jul. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.315.822/RJ, 2s. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti, Brasília, DF, 24 de março de 2015. Disponível em < <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201200593220&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> > Acesso em: 07 de jul. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.487.046/MT, 4t. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 28 de março de 2017. Disponível em < <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201202275676&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> > Acesso em: 07 de jul. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.517.973/PE, 4t. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 16 de novembro de 2017. Disponível em < <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201500407550&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> > Acesso em: 07 de jul. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.539.056/MG, 4t. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 06 de abril de 2021. Disponível em < <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201501446406&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> > Acesso em: 07 de jul. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.539.056/MG, 4t. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 06 de abril de 2021. Disponível em <

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201501446406&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> > Acesso em: 07 de jul. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.546.170/SP. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, DF, 18 de fevereiro de 2020. Disponível em <  
<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201500679500&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> > Acesso em: 07 de jul. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.574.350/SC, 2t. Relator: Ministro Herman Benjamin, Brasília, DF, 03 de outubro de 2017 Disponível em <  
<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201503154584&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> > Acesso em: 07 de jul. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.637.910/RN, 2t. Relator: Ministro Francisco Falcão, Brasília, DF, 03 de setembro de 2019. Disponível em <  
<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201602977836&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> > Acesso em: 07 de jul. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.712.940/PE, 2t. Relator: Ministro Francisco Falcão, Brasília, DF, 03 de setembro de 2019. Disponível em <  
<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201501446406&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> > Acesso em: 07 de jul. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.737.412/SE, 3t. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2019. Disponível em: <  
<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201700670718&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> > Acesso em: 07 jul. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.799.346/SP, 3t. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2019. Disponível em: <  
<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200601043949&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> > Acesso em: 07 jul. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.832.217/DF, 3t. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, DF, 06 de abril de 2021. Disponível em <  
<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201902426992&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> > Acesso em: 07 de jul. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.828.620/RO, 2t. Relator: Ministro Herman Benjamin, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2019. Disponível em <  
<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/>> Acesso em: 07 de jul. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.929.288/TO, 3t. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Brasília, DF, 22 de fevereiro de 2022. Disponível em: < <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202100875750&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos> > Acesso em: 07 jul. 2022.

CAHALI, Yusef Said. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CALABRESI, Guido. **Some thoughts on risk distributions and the law of torts**. The Yale Law Journal. vol. 70. n. 4, mar. 1961. Disponível em: < <http://fs2.american.edu/dfagel/www/Class%20Readings/Calabresi/Some%20Thoughts%20on%20Risk%20Distributions%20and%20the%20Law%20of%20Torts.pdf> > Acesso em: 07 jul. 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

CAMARGO, Paulo Sérgio Uchôa Fagundes Ferraz de. **Dano Moral Coletivo: uma possibilidade de aplicação dos danos punitivos**. Versão digital. São Paulo: Almedina, 2016.

CANNATA, Carlos Augusto. **Delitto e obbligazione**. In: Illecito e pena privata in età repubblicana. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1990.

CARVAL, Suzanne. **La responsabilité civile dans as fonction de peine privée**. Paris: LGDJ, 2005.

CASTRONOVO, Carlo; MAZZAMUTO, Salvatore. **Manuale di diritto privato europeo**. Milão: Giuffrè, 2009.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **O desenvolvimento das ações coletivas estrangeiras e a influência exercida no direito processual coletivo brasileiro**. Revista dos Tribunais, vol. 940, fev. 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de sociologia jurídica (você conhece?)**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CENDON, Paolo. **Il dolo**. In: La responsabilità civile. Torino, 1987.

COASE, Ronald. **The problem of social cost**. Journal of Law and Economics, n. 3, 1960.

DAL PIZZOL, Ricardo. **Responsabilidade civil: funções punitiva e preventiva**. Indaiatuba: Foco, 2020.

DI MAJO, Adolfo. **Il sistema delle tutele nel diritto civile**. Turim: Giappichelli, 2019.

DIDIER JR., Fredie. ZANETTI Jr., Hermes. **Curso de direito processual civil**. 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, v. 4.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 7. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. **Curso de processo coletivo: contém jurisprudência temática e índice alfabético de assuntos**. São Paulo: Atlas, 2010.

DORETTO, Fernanda Orsi Baltrunas. **Fundamento Normativo do Dano Moral Coletivo**. In: ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe. **Dano moral coletivo**. Indaiatuba: Foco, 2018. Cap. 1. p. 3-27.

DUX-WENZEL, Borbála; WEGNER, Anne Caroline; SCHULZ, Florian. **Collective or Class Actions and Claims Aggregation in Germany**. *Global Competition Review*, 2021. Disponível em: < <https://globalcompetitionreview.com/guide/private-litigation-guide/third-edition/article/collective-or-class-actions-and-claims-aggregation-in-germany> > Acesso em: 22 de junho de 2022.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FACCI, Giovanni. **Le obbligazioni**. Roma: Utet Giuridica, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 10. ed., São Paulo: Atlas, 2010.

FIÚZA, César. **Direito Civi: curso completo**. 8ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.

FERGUSON, Niall. **Civilização: Ocidente x Oriente**. São Paulo: Editora Planeta, 2012.

FORGIONI, Paula. **Análise econômica do direito: paranoia ou mistificação?** *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, n. 77, 2006.

FORTES, Pedro Rubim Borges; OLIVEIRA, Pedro Farias. **A insustentável leveza do ser? A quantificação do dano moral coletivo sob a perspectiva do fenômeno da ilicitude lucrativa e o caso “dieselgate”**. *Revista IBERC*, v. 2, n. 3, 30 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. **O fenômeno da ilicitude lucrativa**. *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 1, p. 104-132, jan./abr. 2019.

\_\_\_\_\_; OLIVEIRA, Pedro Farias. **Quantificação do dano moral coletivo**. In: ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe. **Dano moral coletivo**. Indaiatuba: Foco, 2018. Cap. 15. p. 325-350.

FREIRE, Paula Vaz. **Sociedade de risco e direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

GALGANO, Francesco. **Lex mercatoria: storia del diritto commerciale**. 5. ed. Bologna: Il Mulino, 2010.

GALLO, Paolo. **Pene private e responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 1996.

GARCIA, Alexandre. Número de postos lacrados por adulteração nos combustíveis dobrou em 2016. Jun. 2017. Disponível em: < <https://noticias.r7.com/economia/numero-de-postos-lacrados-por-adulteracao-nos-combustiveis-dobrou-em-2016-12062017> > Acesso em: 07 jul. 2022.

GENOVESE, Anna. **Funzione e quantificazione del risarcimento**. Roma: Università di Roma, 2007.

GOMES, Carla Amado. **A idade da incerteza**. In: Sociedade de risco e direito privado. São Paulo: Atlas, 2013.

GOMES, José Jairo. **Responsabilidade civil e eticidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. v. 1. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A tutela jurisdicional dos interesses difusos**. Revista de Processo, ano IV, n. 14-15, p. 25-44, abr.-set. 1979.

\_\_\_\_\_. **Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos**. Revista de Processo, ano XXV, n. 97, p. 09-15, jan.-mar. 2000.

Haidar, Rodrigo. **Empresas transferiram seu call center para o Judiciário**. CONJUR, São Paulo, dia 6, março, 2022. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2013-jan-06/entrevista-luis-felipe-salomao-ministro-superior-tribunal-justica>>. Acesso em: 20 de jun. de 2022.

JARAMILLO, Carlos Ignacio. **Los deberes de evitacion y mitigacion del daño**. In: Derecho de Daños. Madrid: Thompson Reuters, 2013.

LACERDA, José Gutemberg Gomes. **Dano moral coletivo sob a perspectiva dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LEHMEN, Fábio. **Quadrilha usava soda cáustica e outras substâncias para adulterar o leite**. Mar, 2017. Disponível em: < <http://g1.globo.com/hora1/noticia/2017/03/quadrilha-usava-soda-caustica-e-outras-substancias-para-adulterar-leite.html> > Acesso em: 07 jul. 2022.

LEITE, José Rubens Morato; PILATI, Luciana Cardoso. **Reparabilidade do dano ambiental no sistema de responsabilização civil: 25 anos da lei 6.938/1981**. Revista Sequência, n. 53, p. 43-80, dez. 2006.

\_\_\_\_\_; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 8. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

\_\_\_\_\_; CAETANO, Matheus Almeida. **A responsabilidade civil por danos ambientais na sociedade de risco**. In: Sociedade de risco e direito privado. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_; POPE, Kamila. **Sociedade de risco e consumo sustentável**. Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, Urbanismo e Ambiente. Coimbra: ano XIX, n. 37, vol 1.16., 2016, p. 9-36.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LIPOVETSKY, Gilles. **O império do efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas**; tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LOPES, José Reginaldo de Lima Lopes. **Crédito ao consumo e superendividamento: uma problemática geral**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: ano 33, n. 129, p. 109-115, jan./mar., 1995, p. 109-110.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. Trad. Bruno Miragem. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Interesses difusos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. **A projetada participação equânime dos co-legitimados a propositura da Ação Civil Pública: da previsão normativa**. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). **Tutela Coletiva – 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos – 15 anos do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARISTRELLO PORTO, Antônio José. **Análise econômica da responsabilidade civil**. In:

TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: RT, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. **Dano moral à brasileira**. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Lisboa, ano 3, n. 9, 2014.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MCLUHAN, Herbert Marshall. **A revolução na comunicação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1971.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. **Dano moral coletivo**. São Paulo: LTr, 2012.



\_\_\_\_\_. **O dano moral coletivo e o valor da sua reparação.** Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 78, n. 4, out/dez, 2012.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional** – Coleção 89 Temas Atuais de Direito Processual Civil. São Paulo: RT, 2002.

MENDONÇA, Diogo. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e sua quantificação.** São Paulo: Atlas, 2012.

MIRAGEM, Bruno. **Os direitos da personalidade e os direitos do consumidor.** Revista de Direito do Consumidor, vol. 49. jan-mar. 2004. São Paulo, Revista dos Tribunais.

MONATERI, Pier Giuseppe. **La responsabilità civile.** Turim: Utet Giuridica, 2006

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Processo, 2017.

MORO, Adriana; INVERNIZZI, Noela. **A tragédia da talidomida: a luta pelos direitos das vítimas e por melhor regulação de medicamentos.** História, Ciências, Saúde – Manguinhos, Rio de Janeiro, v. 24, n. 3, jul.-set. 2017, p. 603-622.

MOSCATI, Enrico. **Le pene private.** In: Fonti legali e fonti private delle obbligazioni. Milano: Cedam, 1999.

MULTEDO, Renata Vilela; BARBOSA, Fernanda Nunes. **Danos extrapatrimoniais coletivos.** Revista de Direito do Consumidor, v. 93, p. 29-45, 2014.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil.** 11. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do direito.** 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Defesa do Consumidor comentado.** Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1998.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor.** 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, Maria A.; BERMUDEZ, Jorge A.; SOUZA, Arthur C. **Talidomida no Brasil: vigilância com responsabilidade compartilhada?** Cadernos de Saúde Pública, v.15, n.1, p.99-112. 1999.

OLIVEIRA, William Figueiredo de. **Dano moral ambiental.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OLIVEIRA, Rodrigo Pereira Ribeiro de. **O caráter desestimulador do dano moral.** Belo Horizonte: Arraes, 2014.

ORTEGA Y GASSET, José. **A rebelião das massas**. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

REIS JÚNIOR, Antonio dos. **Função promocional da responsabilidade civil: um modelo de estímulos à reparação espontânea dos danos**. Indaiatuba: Foco, 2022.

RODRIGUES, Vasco. **Análise económica do direito – uma introdução**. Coimbra: Almedina, 2007.

ROPPO, Vincenzo. **Diritto Privato**. Turim: Giappichelli, 2010.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013.

SALOMÃO, Karin. **Entenda o que é a operação carne fraca e os impactos para a BRF**. Mar. 2018. Disponível em: < <https://exame.com/negocios/entenda-o-que-e-a-operacao-carne-fraca-e-os-impactos-para-a-brf/> > Acesso em: 07 jul. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Princípio da reparação integral**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTANA, Héctor Valverde. **Dano moral no direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

SEABRA, Antonio Luiz Bandeira. **Reparação do dano moral no novo Código Civil: teoria, jurisprudência e prática**. Santa Cruz da Conceição: Vale do Mogi, 2003.

SEM, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Dominelli Mendes. Companhia das Letras: São Paulo, 2011.

SILVA, Vital Ataíde da. Adorno e Horkheimer: **A Teoria Crítica como objeto de emancipação. Dissertação de Mestrado em Filosofia**. Programa de Pós-Graduação do Departamento de Filosofia. Universidade Federal da Bahia: Salvador, 2007.

STOCCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TEIXEIRA, Mário Cezar Pinheiro Machado. **Compensação em dinheiro por dano extrapatrimonial (moral) coletivo pela via da ação civil pública**. Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU, ano 14, n. 46, Edição Especial, 2015.

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

TORRES, José Airton Albuquerque. **Pressupostos da indústria cultural e massificação da juventude, numa perspectiva de Adorno e Horkheimer.** Dissertação de Mestrado em Filosofia. Programa de Pós-Graduação em Filosofia. Universidade Federal de Pernambuco: Recife, 2019.

VEBLEN, Thorstein. **A teoria da classe ociosa: um estudo econômico das instituições;** Tradução de Olívia Khahebuhl. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil** – perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007.

VITORELLI, Edilson. **Tipologia dos litígios: um novo ponto de partida para a tutela coletiva.** Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 77, jul./set. 2020.

WATANABE, Kazuo et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.** 9. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** São Paulo: RT, 2006.

ZIESEMER, Henrique da Rosa. **Interesses e direitos difusos e coletivos.** Salvador: JusPodivm, 2018.

ZOPPINI, Andrea. **La pena contrattuale.** Milano: Giuffrè, 1991.