



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAIS GERAIS  
Programa de Pós-Graduação em Direito

Wesley Gomes Monteiro

**REPARAR, PUNIR E/OU PREVENIR?**  
**Análise da perspectiva funcional da responsabilidade civil por danos coletivos**

Belo Horizonte  
2018

Wesley Gomes Monteiro

**REPARAR, PUNIR E/OU PREVENIR?**

**Análise da perspectiva funcional da responsabilidade civil por danos coletivos**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Dr. Adriano Stanley Rocha Souza.

Área de concentração: Direito Privado.

Belo Horizonte

2018

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

M775r	<p>Monteiro, Wesley Gomes</p> <p>Reparar, punir e/ou prevenir? Análise da perspectiva funcional da responsabilidade civil por danos coletivos / Wesley Gomes Monteiro. Belo Horizonte, 2018.</p> <p>190 f.</p> <p>Orientador: Adriano Stanley Rocha Souza</p> <p>Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito</p> <p>1. Responsabilidade civil. 2. Danos (Direito). 3. Reparação civil. 4. Obrigações (Direito). I. Souza, Adriano Stanley Rocha. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.</p> <p>SIB PUC MINAS</p> <p>CDU: 347.51</p>
-------	---

Ficha catalográfica elaborada por Rosane Alves Martins da Silva – CRB 6/2971

Wesley Gomes Monteiro

**REPARAR, PUNIR E/OU PREVENIR?**

**Análise da perspectiva funcional da responsabilidade civil por danos coletivos**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Privado.

---

Prof. Dr. Adriano Stanley Rocha Souza – PUC Minas (Orientador).

---

Prof. Dr. Leonardo Macedo Poli – PUC Minas (Banca Examinadora).

---

Prof. Dr. Sergio Augusto Pereira Lorentino - UFT (Banca Examinadora).

Belo Horizonte - MG, 09 de julho de 2018.

*Aos eternos amores de minha vida,  
Deus, Eliú e Alzirene.*

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, pelo dom da vida, pela compreensão das coisas, pela luz do conhecimento e por me permitir conhecê-lo, transformando-me em seu amigo.

Aos meus pais, Eliú Monteiro de Sousa e Alzirene Gomes de Melo Sousa e toda minha família, pelo amor, cuidado e esforço diuturno para promover meu bem estar. Pelo apoio incondicional, por significarem segurança e proteção, por serem exemplo na honestidade, na humildade e na fé. Amo vocês!

A Faculdade Paraíso do Ceará – FAP, nas pessoas do Prof. Joao Luís Fiúsa e Prof<sup>a</sup>. Cárís Callou por terem criado as condições necessárias para a realização deste sonho, e, sobretudo, por me darem asas nesta travessia quando pensei em desistir. Eu voei mais alto por causa de vocês.

Ao professor Giácomo Tenório Farias, a quem tenho a honra de chamar de amigo, e por ser um líder que me inspira todos os dias com sua dedicação, competência e compromisso.

A toda a equipe do Núcleo de Prática Jurídica – NPJ da FAP pelo apoio e torcida.

Aos meus colegas de curso pela parceria e amizade ao longo destes dois anos de estudo.

Aos meus alunos de ontem, de hoje e de amanhã por me fazerem feliz e realizado todas as vezes que entro em sala de aula e por me fazerem acreditar que nasci para a docência quando contemplo suas vitórias e conquistas.

Ao meu Professor orientador Dr. Adriano Stanley pelo privilégio de ter sido seu orientando e pela oportunidade de aprender tanto com sua humildade. Pela paciência no instruir, por me inspirar com a clareza e profundidade do seu conhecimento e pela hospitalidade durante minha estada na linda Belo Horizonte. Gratidão eterna!

A Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/Minas na pessoa do coordenador do Programa de Mestrado em Direito, Dr. Leonardo Macedo Poli, pelos conhecimentos compartilhados, os quais guardarei comigo para sempre, sobretudo, a constatação de que “enxergamos por fragmentos”.

Por fim, agradeço imensamente àqueles que cruzaram meu caminho, marcando-me de alguma forma. Eu aprendi a aprender sempre, com os bons e até mesmo com os maus.

*"É melhor tentar e falhar, que preocupar-se e ver a vida passar.  
É melhor tentar, ainda que em vão, que sentar-se fazendo nada até o final.  
Eu prefiro na chuva caminhar, que em dias tristes em casa me esconder.  
Prefiro ser feliz, embora louco, que em conformidade viver..."*

**Martin Luther King**

## RESUMO

O presente trabalho busca analisar as funções da responsabilidade civil por danos coletivos, considerando as transformações pelas quais passou a sociedade, desde as mais primitivas formas de responsabilização até os modelos propostos pela doutrina contemporânea. Com base na civilística clássica, decompõem-se os elementos estruturais da matéria, a saber, conduta, nexos causal e dano, a fim de verificar se, de fato, ainda se constituem pressupostos da obrigação de indenizar, ou se, ausentes, subsiste a responsabilidade. Após o exame de como se formou a responsabilidade civil, ou seja, de como esta se estruturou, investiga-se para que serve este instituto, qual sua função na sociedade à luz do ordenamento jurídico em que está inserido. Utilizando a doutrina de Norberto Bobbio como marco teórico, faz-se um estudo acerca da dicotomia “estrutura/função” dentro da teoria do direito, transpondo estas considerações para o âmbito da responsabilidade civil, onde se avalia a possibilidade de lhe atribuir uma função promocional. Através do estudo da evolução dos direitos fundamentais, constata-se a positivação de interesses que se baseiam em ideais de solidariedade e fraternidade, titularizados pela coletividade e classificados por isso, de metaindividuais. Como consectário natural da violação a estes interesses, surgirão danos de natureza coletiva, o que demanda uma construção teórica, tanto no campo material quanto processual, que seja capaz de atender estas demandas de forma eficiente e adequada. Por fim, questiona-se qual a finalidade do direito da responsabilidade civil na hipótese de ocorrência de danos que atinjam direitos transindividuais: reparar, punir ou prevenir? Para responder a estas perguntas utilizou-se dos métodos de abordagem dedutivo e dialético, e, secundariamente, dos métodos procedimentais histórico e comparativo, recorrendo à técnica de pesquisa bibliográfica, baseada na documentação indireta.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil. Danos Coletivos. Funções da Responsabilidade Civil. Função Promocional.



## ABSTRACT

The present research aims to analyze the use of the responsibility in the collective damages, considering the changes suffered by society since the most primitive ways of responsibility until the new roles suggested by the contemporary doctrine. Using as basis the classical civil doctrine, are considered and analyzed the structural elements of the theme, such as action, causal nexus and damage, aiming to verify if these, indeed, are required to configure the obligation to indemnify, or if absent, there remains the responsibility. After examining how it is that civil liability is structured, we aim to investigate the uses of this institute in society, considering the law system in which it is within. Using Norberto Bobbio' doctrine as theoretical framework, it is made a study about the dichotomy between "structure" and "use" within the law theory, also relating this considerations to civil liability. Through the study of the fundamental rights' evolution, we perceive that the normalization of the interests is grounded on ideals of solidarity and fraternity, which are entitled by the collectivity and classified as metaindividuals. As a natural consequence, with these interests' violation, there will appear damaged of collective nature, which demands a theoretical construction, both in material and procedural fields, that is able to solve these demands in an efficient and appropriate manner. Finally, it is questioned which is the goal of the civil liability law in the hypothesis of occurring damages that hurt transindividual rights: to repair, to punish or to prevent? To answer these questions, we first use the deductive and dialectical evaluation methods, and secondly, the methods of historical and comparative procedure, using the technique of bibliographic research, based on indirect documental sources.

**Keywords:** Civil Liability. Collective Damages. Functions of Civil Liability. Promotional Function.

## LISTA DE ABREVIATURAS

Art.	Artigo
AgRg	Agravo Regimental
Coord.	Coordenação
C. Civ.	Câmara Cível
Des.	Desembargador
Ed.	Edição
EDcl	Embargos de Declaração
Jul.	Julgamento
Min.	Ministro
MS	Mandado de Segurança
n.	Número
p.	Página
Rcl.	Reclamação
Rel.	Relator
REsp	Recurso Especial
REx	Recurso Extraordinário
v.	Volume

## LISTA DE SIGLAS

ACP	Ação Civil Pública
AI	Agravo de Instrumento
AIDS	Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
ANP	Agência Nacional do Petróleo
APC	Apelação Cível
CC	Código Civil
CCJC	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF/88	Constituição Federal de 1988
CFDD	Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
DES	Diethylstilbestrol
DF	Distrito Federal
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
FAT	Fundo de Amparo ao Trabalhador
FDD	Fundo de Direitos Difusos
GO	Goiás
LACP	Lei da Ação Civil Pública
MG	Minas Gerais
MT	Mato Grosso do Sul
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
RJ	Rio de Janeiro
RS	Rio Grande do Sul
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJDFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TRF	Tribunal Regional Federal
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>23</b>
<b>2 A RESPONSABILIDADE CIVIL NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA: MUTAÇÕES E DESAFIOS.....</b>	<b>29</b>
<b>2.1 Os elementos da responsabilidade civil como pressupostos (des)necessários para a caracterização da obrigação de indenizar.....</b>	<b>31</b>
<i>2.1.1 A conduta humana como pressuposto da responsabilidade civil .....</i>	<i>32</i>
<i>2.1.2 O nexó de causalidade e sua flexibilização.....</i>	<i>41</i>
<i>2.1.3 A essencialidade do dano na concepção contemporânea de responsabilidade .....</i>	<i>55</i>
<b>2.2 A funcionalização dos institutos de direito privado.....</b>	<b>68</b>
<i>2.2.1 Estrutura e Função do direito: dialogicidade necessária .....</i>	<i>71</i>
<i>2.2.2 A função promocional da Responsabilidade Civil.....</i>	<i>74</i>
<b>3 A TUTELA DOS INTERESSES METAINDIVIDUAIS E A CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA DOS DANOS NA ESFERA COLETIVA .....</b>	<b>79</b>
<b>3.1 Patrimônio coletivo e a coletividade como sujeito de direitos .....</b>	<b>83</b>
<b>3.2 A evolução histórico-legislativa do reconhecimento e proteção aos interesses coletivos .....</b>	<b>89</b>
<b>3.3 Noções conceituais e classificação dos interesses coletivos latu sensu ...</b>	<b>94</b>
<b>3.4 Os Danos Coletivos: conceito e espécies.....</b>	<b>99</b>
<i>3.4.1 Danos Coletivos Difusos .....</i>	<i>101</i>
<i>3.4.2 Danos Coletivos em Sentido Estrito .....</i>	<i>103</i>
<i>3.4.3 Danos Individuais Homogêneos.....</i>	<i>105</i>
<i>3.4.4 Danos Sociais .....</i>	<i>108</i>
<b>4 ANÁLISE DA MULTIFUNCIONALIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS COLETIVOS.....</b>	<b>113</b>
<b>4.1 Os danos coletivos materiais e o princípio da reparação integral a delimitar a função reparatória.....</b>	<b>115</b>
<b>4.2 Os danos coletivos imateriais e a problemática em torno da fixação do quantum indenizatório.....</b>	<b>124</b>
<b>4.3 A adoção da função punitiva na responsabilidade civil por danos coletivos .....</b>	<b>131</b>
<b>4.4 Responsabilidade civil preventiva?.....</b>	<b>140</b>
<b>4.5 Instrumentos processuais para efetivação da responsabilidade civil por danos coletivos .....</b>	<b>148</b>
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>159</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>167</b>
<b>ANEXO A - Rule 23 – Class Actions .....</b>	<b>185</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Enxergar a responsabilidade civil em seu contexto funcional demanda um amplo e necessário estudo acerca do fenômeno jurídico, que não pode ser compreendido em todas as suas dimensões, sem que se avaliem as interferências provocadas pela presença de elementos extranormativos, como a sociologia, a política e a economia. Por isso mesmo, o recorte epistemológico, objeto deste trabalho, não se baseia apenas no conteúdo da norma que retrata a estrutura da responsabilidade civil ou nas discussões teóricas dele oriundas, travadas no âmbito da doutrina, mas, sobretudo nas questões de cunho social e econômico que impulsionaram uma rediscussão acerca da função do próprio direito, enquanto instrumento regulador da vida em sociedade.

Superado o paradigma normativista que buscava estudar o direito como uma ciência pura e apartada de elementos externos, importa investigar para que serve o direito, e neste particular, para que serve o direito da responsabilidade civil e qual o objetivo de se construir um arcabouço estrutural sob o qual está edificado este instituto jurídico.

O direito serve à pessoa.

Conquanto esta afirmação possa parecer redundante nos dias atuais, até a segunda metade do século XX, o indivíduo era considerado como mero coadjuvante nas relações intersubjetivas, pois estas orbitavam em torno dos interesses econômicos, sendo a pessoa apenas um mero instrumento para a produção de riquezas. Assim, tutelar o ser humano seria a garantia de que não haveria ruptura na cadeia de produção de bens.

Urgia premente a necessidade de readequação dos espaços ocupados pela pessoa e seu patrimônio, o que ocorreu paulatinamente após a Segunda Guerra Mundial, quando ideais de solidariedade marcaram o movimento de repersonalização do direito, cujo objetivo principal era a recolocação da pessoa humana em seu aspecto axiológico no centro das relações jurídicas.

Esta valorização do ser humano fora captada por diversos ordenamentos jurídicos que influenciados pelo constitucionalismo social, inseriram em suas cartas políticas a ideia de que o elemento fundante de qualquer sistema democrático deve ser a pessoa. No Brasil, esta concepção encontra-se prevista no artigo 1º, inciso III

da Constituição Federal de 1988 (CF/88), que estabelece como fundamento da República, a dignidade da pessoa humana.

Em decorrência da inserção desta cláusula geral dos direitos da pessoa, diversas normas infraconstitucionais reproduziram em seu texto, dispositivos que tutelam os interesses existenciais, conferindo-lhes prevalência sobre os patrimoniais, a exemplo do Código Civil (CC) de 2002 que dispôs seção especial para tratar dos direitos da personalidade. Os tribunais brasileiros também seguiram esta tendência ao interpretar normas de essência patrimonialista à luz de princípios que prestigiam o “ser” em detrimento do “ter”.

A tutela da pessoa humana se expande para todos os ramos do direito, os quais são chamados a criar novos mecanismos e readequar os antigos para corresponder aos reclamos de uma sociedade cada vez mais informada acerca de seus direitos.

Não foi diferente com a Responsabilidade Civil, que nos dizeres de Moraes (2003, p. 12) “deslocou seu eixo da obrigação do ofensor de responder por suas culpas para o direito da vítima de ter reparadas suas perdas”. Enfim, volve-se o direito da responsabilidade civil para o seu fim maior, qual seja, o de tutelar os interesses da pessoa humana, neste caso, a vítima de um evento danoso, muito mais do que simplesmente encontrar um culpado para sancioná-lo.

Naturalmente, tutelar os interesses da vítima significa concentrar-se no prejuízo por ela experimentado, razão pela qual o elemento “dano” assume relevância no estudo da disciplina. Em outras palavras, este giro paradigmático conduz a preocupação de estabelecer critérios objetivos para delimitação dos chamados “danos ressarcíveis”, pois a hipervalorização dos interesses existenciais originou uma espécie de multiplicação de situações lesivas a ensejar reparação.

Consequência natural da massificação das relações humanas na sociedade contemporânea é a produção de danos em massa. Para além da esfera individual, os danos atingem direitos ou interesses que não pertencem apenas a uma, mas a várias pessoas, agrupadas ou não, determinadas ou não, demandando por isso uma tutela específica do Estado. A concepção do indivíduo como criador e destinatário do direito, ganha um plus que é uma visão de “dignidade humana” sob uma perspectiva coletiva, e não simplesmente individualizada.

A dimensão coletiva da dignidade encontra na solidariedade sua base jurídico-filosófica, pois conforme Sarlet (2010) a tutela de valores intrínsecos e

inerentes ao ser humano só faz sentido no campo da intersubjetividade, onde as relações são travadas e o respeito à pluralidade é fomentado, a partir de uma concepção de responsabilidade com o outro e com o grupo. Sob esta ótica de alteridade, pode-se afirmar que, os danos causados a um dos integrantes do grupo, atingem a todos.

Abraçando a concepção da pessoa inserida em um contexto social, a Constituição Federal em seu artigo 3º, inciso I elencou como objetivo a ser alcançado, a construção de uma sociedade solidária, numa clara demonstração de que existe uma preocupação jurídica supraindividual, que alavanca ações que promovam o bem estar social.

Adverta-se, portanto, que tais considerações apenas fundamentam a concepção dos direitos coletivos, fornecendo-lhe base teórica para a construção de uma dogmática própria, pois não se está a tratar de reunião de pessoas para pleitear direitos comuns, mas nas palavras de Levy (2012, p. 22), trata-se de “implantar uma verdadeira filosofia de classes”.

A dignidade humana e a solidariedade dão suporte para se perseguir qual a finalidade da responsabilidade civil na ocorrência de lesões coletivas. Contudo, a resposta à pergunta inicial “para que serve o direito da responsabilidade civil?” traz consigo uma problemática que se desdobra em outros questionamentos mais específicos, quais sejam: para que a tutela da pessoa humana seja alcançada de forma integral, deve-se simplesmente reparar o prejuízo por ela sofrido? Ou é preciso pensar em mecanismos capazes de evitar que as lesões ocorram? Punir o agente por meio de uma sanção pecuniária evitaria a reincidência da prática lesiva?

Com vistas a delimitar o objeto da presente investigação, tais questionamentos são transpostos para avaliar as funções da responsabilidade civil especificamente na ocorrência dos danos coletivos, sem afastar-se, contudo, de proceder a uma visão geral acerca do assunto. Para tanto, o trabalho fora dividido em três capítulos que expuseram o tema a partir dos elementos que tradicionalmente compõem a estrutura da responsabilidade civil até chegar às funções que o instituto exerce na resolução de conflitos geradores de lesões em massa.

No primeiro capítulo será apresentado um breve panorama acerca das transformações e desafios impostos pela sociedade contemporânea ao instituto da responsabilidade civil, discorrendo inicialmente sobre a evolução histórica das



formas de resolução de conflitos, com foco para os meios de responsabilização usados em cada fase e à função que preponderou naquele período.

Em seguida, passa-se à análise da estrutura da obrigação de indenizar a partir de seus pressupostos, avaliando sua necessidade ou dispensabilidade para que ocorra a atribuição da responsabilidade. Busca-se investigar até que ponto há a necessidade de configuração de todos estes elementos para que o indivíduo se responsabilize, ou se é possível falar em responsabilidade sem conduta própria, responsabilidade sem nexo causal e responsabilidade sem dano.

Diante da exposição dos elementos estruturais da responsabilidade civil, trava-se ainda no primeiro capítulo, um diálogo necessário entre estrutura e função dos institutos jurídicos, onde se analisa a natureza da relação entre estas duas perspectivas. Em seguida, aborda-se, com base na doutrina de Norberto Bobbio, a função promocional do direito, verificando-se a possibilidade de sua aplicação à responsabilidade civil.

No segundo capítulo, delimita-se a discussão alvo do presente trabalho ao se examinar como se deu a positivação dos interesses coletivos, seus antecedentes históricos, conceitos e espécies. Além disto, investiga-se se é possível à admissão de um patrimônio coletivo a ser titularizado pela coletividade, vista nesta perspectiva como sujeito de direitos. Lançadas estas bases, propugna-se pela construção de uma teoria dos danos na esfera coletiva que se baseia nos dispositivos legais previstos no ordenamento jurídico que dividem os interesses coletivos em difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, além de abordar a figura do dano social.

Por fim, no terceiro e último capítulo, traça-se um paralelo entre as funções reparatória, punitiva e preventiva e as espécies de danos coletivos. Verifica-se por meio do estudo das características de cada função se é possível alcançar sua finalidade dentro do contexto do ordenamento jurídico brasileiro quando de sua aplicação à responsabilidade civil por lesões causadas à coletividade. Complementando o estudo, são elencados alguns mecanismos processuais de tutela dos interesses coletivos previstos na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor, comparando-os com institutos previstos no direito comparado.

Para enfrentar os questionamentos ora expostos, utilizou-se do método dedutivo, trabalhando conceitos amplos e abstratos como “responsabilidade”, “danos

coletivos” e “função” para se chegar a conclusões particulares como a identificação da finalidade mais adequada para a tutela efetiva dos interesses coletivos.

Como abordagem teórica complementar, valeu-se do método dialético ao se analisar diversas teorias (v.g. as teorias explicativas do nexu causal) e compreensões acerca das temáticas envolvidas, promovendo verdadeira conversação entre os teóricos, cujos conceitos precisaram ser revisitados ou adequados, a fim de se responder as perguntas ora formuladas.

Os métodos de procedimentos presentes nesta pesquisa foram o histórico e o comparativo. O método histórico fora utilizado para investigar as origens do instituto da responsabilidade civil bem como a evolução de seus pressupostos, enquanto o método comparativo contribuiu para o cotejo dos paradigmas funcionais da responsabilidade, avaliando suas vantagens e desvantagens.

Quanto à técnica de pesquisa, utilizou-se a documentação indireta ao lançar mão de fontes primárias e secundárias por meio da análise de obras de autores especializados em direito civil e responsabilidade civil, além de pesquisa aos textos de lei, projetos de lei e análise de julgados oriundos dos tribunais brasileiros.



## 2 A RESPONSABILIDADE CIVIL NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA: MUTAÇÕES E DESAFIOS

A concepção de responsabilidade jurídica está intimamente ligada à existência de um dever pressuposto, que nasce pela constituição de um vínculo contratual ou legal. A assunção das consequências advindas da violação deste vínculo por parte do indivíduo transgressor é quase uma racionalidade intrínseca à própria natureza humana. Não sem razão, Dias (1994, p. 1) observa que “toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade”. Sendo assim, pode-se dizer que a ideia de responsabilidade está imbricada no comportamento humano, e se materializará sempre após o descumprimento de determinada regra de conduta pré-estabelecida.

No entanto, em razão das transformações pelas quais passa o mundo, este conceito fora se amoldando para se adequar à realidade de cada época, numa clara demonstração de que o direito é dinâmico e se afigura como um produto dos fatos sociais.

Nas sociedades primitivas, a conduta que violasse interesses alheios era punida com a imposição de uma reprimenda que correspondesse exatamente ao sofrimento da vítima, aplicando-se a chamada Lei de Talião que era sintetizada na máxima “olho por olho, dente por dente”. Venosa (2005) explica que este panorama de vingança privada era perfeitamente compreensível sob a ótica humana, haja vista que a retribuição do mal pelo mal era a reação direta e pessoal esperada diante de um dano injusto. Neste momento, poder-se-ia afirmar que, responsabilizar o agressor significava simplesmente puni-lo, haja vista que a vítima não alcançava nenhuma espécie de ganho patrimonial com a imposição da pena.

Já na antiguidade clássica, a autotutela dá lugar à possibilidade de composição, o que sugere um sistema de reparação que se alternava entre a imposição de penas e a retribuição pelos prejuízos causados, através de uma tarifação dos danos. No entanto, este caminho do ressarcimento era estabelecido por critérios exclusivos do lesado (RIZZARDO, 2013).

Segundo Gonçalves citado por Rizzardo (2013) é com a *Lex Aquilia* que se esboça um princípio geral regulador da reparação do dano, que se estabelece através da inserção do elemento subjetivo da culpa, como parâmetro norteador da responsabilidade.

Sintetizando este momento, Moraes (2010, p. 334) afirma que “o sistema tradicional da responsabilidade civil foi construído a partir do conceito de ato ilícito” o que explica o comportamento negligente, imprudente ou imperito como pressuposto da obrigação de reparar o dano causado a outrem.

Assim, a raiz axiológica do modelo subjetivo de responsabilidade civil baseava-se na análise ética do comportamento do causador do dano, ou seja, o dever de reparar estava adstrito à prova da culpa e não a ocorrência do prejuízo em si.

O Direito Romano, ao influenciar toda a codificação oitocentista, nos legou o sistema de responsabilidade subjetiva, baseado na culpa, que fora consagrado pelo Código Civil Francês de 1804, que, além de estruturar a matéria com regras próprias, estabeleceu a distinção entre a responsabilidade civil e penal (RIZZARDO, 2013, p. 30).

Com a industrialização ocorrida na segunda metade do século XIX, houve um aumento considerável de acidentes de trabalho, cujas vítimas muitas vezes quedavam-se irremediadas em razão do anonimato dos danos. As vítimas dos acidentes de trabalho eram constantemente prejudicadas ante a impossibilidade de conseguir transpor o ônus de provar a culpa dos empregadores para que se vissem indenizadas. O modelo subjetivo de responsabilidade havia se tornado insuficiente para tutelar os interesses coletivos. Paulatinamente, a teoria do risco vai sendo incorporada aos sistemas jurídicos, como base para o modelo de responsabilidade civil objetiva, sob o argumento de que o exercício de atividades potencialmente lesivas traz consigo a obrigação de reparar os danos dali advindos. A máxima subjetivista de que “sem culpa não há responsabilidade”<sup>1</sup> é substituída por um direcionamento com enfoque na ocorrência do dano, podendo-se dizer doravante que “onde há o dano, há responsabilidade. (BRAGA NETTO, FARIAS E ROSENVALD, 2014).

No Brasil, o Código Civil de 2002 absorveu expressamente a teoria do risco ao inseri-la como pressuposto para a aplicação da cláusula geral de responsabilidade civil objetiva, conforme se abstrai do parágrafo único do artigo 927<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Esta expressão é livre tradução da máxima “*pás de responsabilité sans faute*”, que fora a fonte de inspiração dos ordenamentos jurídicos europeus de base romanista e da América Latina.

<sup>2</sup> Art. 927. *omissis*

A transição do modelo clássico de responsabilidade que se amparava na ideia da culpa para o sistema baseado no risco, como dito, fora gradual, e a ponte que conectou estes arquétipos fora o da culpa presumida. Na responsabilidade por culpa presumida, ocorria a inversão do ônus da prova que saltava da vítima do dano injusto para o causador direto da lesão ou responsável, ou seja, imputava-se a responsabilidade de forma presumida àqueles e caso provassem que não haviam agido com culpa, se eximiam do dever de reparar (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2014).

No entanto, o Código Civil Brasileiro atual, acompanhado pelas Cortes Superiores em seus entendimentos sumulados, afastou o modelo presumido de se responsabilizar<sup>3</sup>, sendo conveniente afirmar que atualmente, vige um modelo dualista de responsabilidade. O certo é que independentemente da análise da culpa, a doutrina especializada é unânime quanto à necessidade de caracterização de pelo menos três elementos ou pressupostos para que haja a obrigação de reparar, a saber, a conduta humana, o dano e o nexo causal entre eles.

## **2.1 Os elementos da responsabilidade civil como pressupostos (des)necessários para a caracterização da obrigação de indenizar**

Como consignado alhures, a dogmática que sustenta a responsabilidade civil se estruturou a partir de alguns elementos considerados essenciais, quais sejam, a conduta, o ato ilícito, a culpa, o dano e o nexo causal. Estes elementos foram por muito tempo considerados pressupostos indispensáveis da obrigação de indenizar, sendo por isso necessária a conjugação de todos eles para que alguém pudesse responder civilmente por seus atos. No entanto, levando-se em consideração a evolução da sociedade e a necessidade de criação de mecanismos jurídicos que atendessem a complexidade das novas relações jurídicas, ocorreu nos dizeres de Schreiber (2013), uma erosão destes filtros de reparação.

A conduta que antes deveria ser contrária ao direito e movida pela existência de uma culpa moral, passa a ser analisada de forma objetiva, despida de

---

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.

<sup>3</sup>Enunciado nº 451 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “A responsabilidade civil por ato de terceiro funda-se na responsabilidade objetiva ou independente de culpa, estando superado o modelo de culpa presumida”.

investigação anímica, admitindo-se a obrigação de reparar danos pelo simples fato de se exercer uma atividade de risco ou perigosa.

O nexo causal existente entre a conduta e o dano também acaba por sofrer temperamentos em sua concepção, na medida em que a preocupação por encontrar uma teoria que melhor explique o problema jurídico da causalidade é superada pela necessidade de se atender aos interesses da vítima, ampliando assim o raio de ressarcibilidade por meio da substituição de um juízo de certeza por um juízo de probabilidades.

Com o dano, o movimento é inversamente proporcional, pois com o enfraquecimento da culpa e a flexibilização do nexo de causalidade, este passa a ocupar o centro das discussões judiciais, quer pelo aumento expressivo das ações indenizatórias ocasionado pelo afrouxamento dos outros filtros, quer pela expansão das situações jurídicas indenizáveis, resultado do deslocamento da pessoa humana para o centro do ordenamento jurídico. Entretanto, no terreno arenoso da responsabilidade civil, há quem advogue a tese da desnecessariedade do dano, que seria substituído pela potencialidade de sua manifestação, o que seria suficiente para determinar a assunção de um ônus de natureza precaucional (CARRÁ, 2015). Assim, o que se quer demonstrar é que o viés estrutural da responsabilidade civil fora abalado para se adaptar a uma realidade fática cada vez mais perceptível, qual seja, uma maior propensão a ocorrência de danos, dos quais muitos extrapolam a esfera individual, ocasionando consequências irreversíveis. Acompanhando esta necessária readequação estrutural, busca-se redirecionar a discussão para analisar a finalidade do instituto, pois a responsabilidade civil, enquanto disciplina, não possui um fim em si mesmo, senão o de tutelar a pessoa, considerando sua inserção no meio social.

### *2.1.1 A conduta humana como pressuposto da responsabilidade civil*

A relação jurídica entre os sujeitos de direito se constrói a partir da manifestação de suas vontades. Assim, pode-se dizer que o ato humano volitivo constitui a essência dos atos jurídicos. É a conduta positiva ou negativa das pessoas que é capaz de produzir efeitos no mundo jurídico, por isso somente a pessoa humana, dotada de racionalidade e vontade, seja natural ou jurídica, poderá ser responsabilizada civilmente.

Cavaliere Filho (2014, p. 44) enuncia que

é a vontade que dá ao comportamento a natureza de conduta humana, que a distingue da conduta meramente instintiva dos animais. A vontade é o elemento subjetivo da conduta, sua carga de energia psíquica que impele o agente; é o impulso causal do comportamento humano.

A conduta comissiva é aquela baseada num comportamento ativo do agente que pratica um ato lesivo quando não deveria fazê-lo. Já a omissão pressupõe um dever de agir, devendo o indivíduo ser obrigado por lei ou contrato a praticar uma conduta e não o faz. Ambas são expressões do comportamento humano e estão previstas expressamente no Código Civil Brasileiro, conforme se depreende da redação do artigo 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”. A redação deste artigo ainda demonstra claramente que não é qualquer conduta que gera obrigação de reparar danos, senão aquela que viola direitos, inserindo a antijuridicidade como qualificadora do comportamento ensejador de responsabilização. Esta opção do legislador reflete a forma pela qual se construiu a doutrina da responsabilidade civil, ou seja, tendo por base um alicerce: o ato ilícito.

A despeito da existência de verdadeira celeuma doutrinária em torno do conceito de ato ilícito bem como de sua relação com a culpa, parece que a doutrina consegue convergir para o entendimento de que o ato ilícito possui um duplo aspecto. O aspecto objetivo diz respeito apenas à manifestação da vontade em si, ou seja, a materialidade do fato jurídico e se este contraria objetivamente à norma jurídica, independente da vontade do agente. A antijuridicidade nas palavras de Braga Netto, Farias e Rosendal (2014, p. 166) “cuida-se da divergência entre aquilo que ordena a norma e a conduta do agente, mediante a não realização dos fins da ordem jurídica”. Sobre este mesmo tema, alertam os autores que não se podem confundir os conceitos de antijuridicidade e culpa, já que o primeiro é dado objetivo e não perquire se o agente violou um dever de cuidado, enquanto o segundo se atém às condições psíquicas do agente. Consta-se por isso ser possível haver ato ilícito sem necessariamente haver culpa, como é o caso da figura do abuso de direito previsto no Código Civil Brasileiro no artigo 187. O aspecto subjetivo diz respeito à possibilidade de se poder atribuir o cometimento do fato antijurídico ao sujeito, o que implica na realização de um juízo de valor sobre a prática da conduta. Essa análise



vai além de uma investigação objetiva acerca da violação à norma, indaga-se se houve comportamento culposo por parte do agente. Para Braga Netto, Farias e Rosenvald (2014, p. 167) este elemento de índole subjetiva é chamado de imputabilidade e “diz respeito à capacidade de compreensão do caráter ilícito da conduta que se pratica”.

A conduta enquanto pressuposto da responsabilidade civil deve ser dotada de voluntariedade, o que não pode ser confundido com a intenção deliberada de prejudicar terceiros o que a restringiria ao dolo. A voluntariedade segundo Gagliano e Pamplona Filho (2015), é a consciência daquilo que se faz e tal característica está presente tanto na espécie de responsabilidade subjetiva quanto na objetiva, posto que conduta voluntária é aquela praticada com base na autodeterminação de cada indivíduo, independente da consciência da ilicitude do ato. Cavalieri Filho (2014, p. 44) corrobora ao dizer que “conduta voluntária não significa fato psicologicamente querido – fato cujo efeito, previamente representado no espírito do agente, determinará ou motivará sua vontade”.

Embora o Código Civil tenha absorvido a ilicitude e a culpa como elementos genéricos da responsabilidade civil, os efeitos do ato ilícito não se restringem apenas à obrigação de indenizar, podendo gerar outras consequências jurídicas tais como autorizações, perda de direitos, neutralização dos efeitos do negócio jurídico, etc. (NETTO, 2002).

Braga Netto, Farias e Rosenvald (2014, p. 183) citando Pontes de Miranda, alertam para este fato ao enfatizar que

o “delito pode importar, não indenização, mas outra sanção, de forma que não há perfeita coincidência entre o conceito de delito civil e o de prestação de perdas e danos”. É interessante, portanto, sob o prisma teórico, mostrar que não existe uma relação necessária entre os ilícitos civis e o dever de indenizar. Parece-nos inadequada a leitura tradicional, que vincula, de modo absoluto, aos ilícitos civis uma eficácia monolítica, ofuscando as demais espécies, menos frequentes, por certo, mas nem por isso inexistentes.

Diante disto, pode-se então concluir que até mesmo condutas que estejam albergadas pela licitude são capazes de gerar a obrigação de indenizar, se causarem danos à esfera jurídica de terceiros. O Código Civil Brasileiro nos fornece alguns exemplos de atos lícitos ensejadores de responsabilidade ao prever que os atos praticados em estado de necessidade podem obrigar o agente a responder pelos prejuízos causados à vítima, desde que ela não tenha sido a causadora do

perigo (artigos 929 e 930). Cita-se também o instituto da passagem forçada em que o proprietário de imóvel encravado poderá obrigar seu vizinho a lhe dar passagem, pagando-lhe indenização (Artigo 1.285). No âmbito do Direito Administrativo, institutos como o tombamento e a desapropriação são utilizados também para exemplificar hipóteses em que o Estado atuando licitamente, se sujeita a obrigação de indenizar os proprietários dos imóveis particulares.

Explicitada a noção de que a conduta não necessariamente precisa ser ilícita para ensejar responsabilização, cumpre amudar a discussão em torno da culpa como pressuposto da obrigação de indenizar. Como dito alhures, a antijuridicidade como elemento objetivo da ilicitude não se confunde com a culpa. Assim, o que é ilícito não necessariamente é culposo. No entanto, o artigo 927 do Código Civil se valeu do conceito de ilícito em seu sentido estrito para determinar que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, associando ao elemento conduta, os conceitos de culpa e ato ilícito.

Para Gagliano e Pamplona Filho (2015) a inserção da culpa como elemento definidor de responsabilização representou um avanço civilizatório, à medida que trouxe uma nova racionalidade na concepção de reprimenda no seio da sociedade, suplantando o objetivismo típico da fase da autotutela. No entanto, a noção de culpa incrustada no regramento da responsabilidade civil era aquela advinda do mau uso da liberdade individual, ou seja, o erro de conduta do indivíduo que deveria ser diligente naquela situação concreta e foi inábil ou descuidado. A investigação da existência da culpa centrava-se na pessoa do agente praticante da conduta e nas condições pessoais de previsibilidade do resultado lesivo.

Este viés psicológico da culpa pode ser percebido na construção conceitual formulada pela doutrina clássica que vê na culpa

uma falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais de sua atitude. (DIAS, 2011, p.149)

No direito romano, esta culpa psicológica sofria uma gradação à medida que se cotejava o comportamento do agente ofensor com a figura do *bonus pater familias*, classificando-se em leve, grave e levíssima. A culpa leve seria uma falta de diligência mediana; a grave equiparava-se ao dolo (*culpa lato dolo aequiparatur*) e a

levíssima era aquela a que todo homem poderia em algum momento se sujeitar, razão pela qual esta última não ensejava a obrigação de indenizar. Assim, a partir desta avaliação quanto ao grau de culpa com que tinha agido, o ofensor poderia pagar mais ou menos, ou não pagar indenização pecuniária a quem tivesse sofrido o prejuízo (STOCO, 2001).

Destaque-se ainda que a culpa no direito civil refere-se tanto a atos intencionais quanto aqueles em que o sujeito não quis produzir o resultado lesivo, mas agiu com falta de cuidado, sendo denominada por isso de culpa *latu sensu*. Diferentemente do direito penal, onde a distinção entre dolo e culpa em sentido estrito (negligência, imprudência e imperícia) mostra-se relevante para imputação da pena ao criminoso, na seara privada, o que se busca é a recomposição do estado anterior da vítima, independente do comportamento do agente no que tange à reprovação.

Atualmente, a concepção de culpa tem sido revista para lhe atribuir um viés mais normativo e abstrato, centrado na violação a um padrão de conduta e não na análise psíquica de quem pratica o ato lesivo. Tanto que no ordenamento jurídico brasileiro, a divisão da culpa de acordo com seu grau perdeu sua importância imediata para efeito de fixação da indenização, posto que o critério primordial para estabelecer o *quantum debeatur* é a extensão do dano conforme se abstrai do artigo 944. Excepcionalmente, o parágrafo único do mesmo artigo admite que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”, demonstrando que a medida da culpa ainda remanesce para efeitos de minorar o valor da indenização como aplicação da equidade nas decisões judiciais.

As mudanças na disciplina da responsabilidade civil não influenciaram apenas na forma como se concebe a culpa, ou seja, afastando o caráter psicológico e atribuindo-lhe um viés normativo, mas produziram um verdadeiro enfraquecimento do seu protagonismo no que se refere à obrigação de indenizar. O Código Civil de 1916, influenciado pelo Código de Napoleão<sup>4</sup>, estabelecia o modelo subjetivo como exclusivo, relegando a responsabilidade sem culpa para leis esparsas e situações pontuais.

---

<sup>4</sup> O Código de Napoleão de 1804 consagrava a culpa como pressuposto da responsabilidade civil no artigo 1.382: “*Toute fait quelconque de l’homme que cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*” que se traduz livremente para “Qualquer fato do homem que cause a outrem um dano, obriga àquele pela falta cometida a repará-lo”.

Venosa (2004, p. 20) registrou a insuficiência deste modelo subjetivo ao constatar que sua aplicação rígida “deixaria inúmeras situações de prejuízo sem ressarcimento”, haja vista a barreira probatória que o indivíduo lesado deveria transpor ao ajuizar uma ação de reparação e ser obrigado a provar que o dano sofrido teria resultado de culpa do agente, quando na verdade, muitas vezes isso acontecia no interior das fábricas em razão do manuseio de máquinas, distante dos olhos do dono do negócio. Não é difícil concluir que tais vítimas terminavam por suportar sozinhas os prejuízos advindos da industrialização, sem direito ao mínimo de indenização. Estas situações fáticas ensejaram a rediscussão dos meios de reparabilidade, especialmente no que concerne a necessidade da prova de uma conduta culposa como requisito para determinar a obrigação de reparar.

O ocaso da culpa se dá com o surgimento da teoria do risco que sugere a responsabilidade do agente quando o dano advenha do exercício de uma atividade perigosa e lesiva. Sob a ótica que fundamentou a responsabilidade civil através dos tempos, qual seja, a de transferência dos ônus sofridos pela vítima para aquele que os tenha causado, seria incoerente que além de não responder pelos prejuízos (em razão da dificuldade do ônus da prova da culpa), o agente ainda lucrasse com a comercialização de um produto perigoso. A base desse raciocínio fundamenta o risco-proveito consubstanciado no brocardo *“ubi emolumentum, ibi ônus; ubi commoda, ibi incommoda”*<sup>5</sup>. Este pensamento originou um aprofundamento acerca das hipóteses de risco, haja vista a existência de situações onde o proveito econômico não era facilmente identificado ou até mesmo inexistia. Assim, ao lado do “risco da atividade” e do risco-proveito” outras variantes se desenvolvem para delimitar as bases teóricas deste pensamento. Segundo Moraes (2006, p. 16) as atividades que venham conter um risco exacerbado como a exploração de energia nuclear se enquadrariam na categoria de um “risco excepcional”. Ainda segundo a mesma autora é a “teoria do risco criado” que se afigura “mais ampla e mais benéfica para a vítima”, pois consideraria “que toda atividade que exponha outrem a risco torna aquele que a realiza responsável, mesmo nos casos em que não haja atividade empresarial ou atividade lucrativa (proveitosa) propriamente dita”.

---

<sup>5</sup> Conforme tradução de Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 322): quem aufere os cômodos (ou lucros), deve suportar os incômodos (ou riscos).

Independente da discussão em torno dos limites materiais da teoria do risco, é fato que sua adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro esfacelou a exclusividade do sistema subjetivo, ao prever uma nova visão acerca do elemento conduta, afastando a culpa como adjetivo obrigatório na investigação dos pressupostos da obrigação de indenizar.

Frise-se que a culpa remanesce como pressuposto da conduta a ensejar a responsabilidade civil subjetiva, pois com o acolhimento da teoria do risco, pode-se afirmar que o Código Civil de 2002 cria um modelo dualista de responsabilidade ao inserir duas cláusulas gerais de responsabilidade civil: a subjetiva (artigo 186 e caput do artigo 927) e a objetiva (parágrafo único do artigo 927), sem estabelecer uma relação entre elas de regra e exceção. Embora parte da doutrina afirme que ainda hoje a responsabilidade civil subjetiva seja a regra e a objetiva uma exceção, são tantas as hipóteses legais de responsabilidade objetiva que alguns doutrinadores não se confinam nesta discussão, centrando-se na essência do instituto e no dever de solidariedade que impulsiona a disciplina.

Gonçalves (2010, p. 50) corrobora com este pensamento ao afirmar que “O Código Civil brasileiro, malgrado regule um grande número de casos especiais de responsabilidade objetiva, filiou-se como regra à teoria “subjetiva”. É o que se pode verificar no art. 186, que erigiu o dolo e a culpa como fundamentos para a obrigação de reparar o dano”.

Tepedino (1999, p. 177) parece se filiar ao entendimento de que não há relação de regra e exceção entre os sistemas subjetivo e objetivo ao defender o objetivo primeiro da responsabilidade que é tutelar os interesses da pessoa humana: “É de se ter presente que o sistema dualista de responsabilidade atende a um indeclinável dever de solidariedade social determinado pelo constituinte, que não se restringe à relação entre o cidadão e o Estado e cuja efetividade se revela indispensável a sua incidência, em igual medida, sobre as relações de direito público e de direito privado”.

De outra banda, a conduta humana lesiva não necessariamente será própria do indivíduo que suportará o ônus da responsabilidade. Por óbvio que alguém só poderá se obrigar por ato de terceiro quando a lei assim o determinar. Isso equivale a dizer que é possível também que alguns indivíduos possam ser responsabilizados sem ter cometido, pelo menos de forma direta e própria, conduta alguma. Tais casos foram previstos no artigo 932 do Código Civil e nos remetem às hipóteses em que

haja entre o agente ofensor e a pessoa responsável, um vínculo jurídico que acarrete a responsabilidade. Este vínculo jurídico tanto pode ser uma relação de parentesco como no caso dos pais responderem pelos atos dos filhos, ou um vínculo empregatício como no caso do empregador responder pelos atos de seus empregados. Ainda neste rol taxativo, mencione-se a responsabilidade civil dos tutores, curadores pelas condutas dos tutelados e curatelados; donos de hotéis e escolas pelos atos dos hóspedes e educandos e aqueles que tenham participação em produto de crime. Desta forma, pode-se dizer que a responsabilidade civil quanto à conduta se divide em responsabilidade direta ou por ato próprio e responsabilidade por ato de terceiro, também chamada de indireta.

Na espécie de responsabilidade indireta calha mencionar ainda a responsabilidade por fato do animal, bem como pelas coisas inanimadas. Nestas situações, por óbvio é o indivíduo que se afigura como dono dos animais ou coisas que suportará o prejuízo eventualmente causado por eles, conforme demonstra a redação dos artigos 936, 937 e 938 do Código Civil.

O desenvolvimento do direito contratual também inovou em matéria de responsabilidade civil, especialmente por meio do contrato de seguro. Assim como nas hipóteses de responsabilidade civil indireta, o elemento conduta se desconecta do ônus da responsabilidade propriamente dita para atribuir a um terceiro o dever de indenizar, o contrato de seguro de responsabilidade civil termina por ocasionar também essa cisão, ou seja, o segurado pratica a conduta mas assaca para a seguradora a obrigação de solver a indenização pecuniária.

Conforme o artigo 787 do Código Civil, nesta modalidade de contrato, a seguradora por força do pacto feito com o segurado garante o pagamento de indenização à vítima do evento danoso sem que tenha praticado conduta alguma. Tal modalidade de contrato pode ser valiosa tanto na perspectiva do agente ofensor quanto da vítima, pois conforme Braga Netto, Farias e Rosenvald (2014, p. 942) “prestigia o princípio da reparação integral, e talvez torne mais leal a postura do ofensor, reconhecendo o dano quando, de fato, o tiver praticado” e impede que a vida do agente ofensor, que assim como qualquer outro indivíduo está sujeito a erros, seja drasticamente modificada com a obrigação de pagar uma indenização vultosa.

O enunciado 544 do Conselho da Justiça Federal comunga deste posicionamento quando preceitua que “o seguro de responsabilidade civil facultativo

garante dois interesses, o do segurado contra os efeitos patrimoniais da imputação de responsabilidade e o da vítima à indenização, ambos destinatários da garantia, com pretensão própria e independente contra a seguradora”.

No entanto, nem sempre a relação entre responsabilidade civil e securitização foi amistosa sob o ponto de vista jurídico-doutrinário, posto que parecia antagônica a ideia de que alguém pudesse transferir a sua responsabilização para um terceiro em virtude de um contrato, já que, assumir as consequências de seus atos está na essência do conceito de responsabilidade (SCHREIBER, 2013).

Segundo Schreiber (2013) existem alguns motivos que fundamentam o crescimento do seguro de responsabilidade civil. Talvez o mais importante deles, seria o desenvolvimento da responsabilidade civil em seu aspecto funcional, que deixou de focar apenas na repressão do comportamento do agente lesante e passou a preocupar-se com a proteção da vítima. Outra justificativa, esta de ordem empírica, seria que, muitas vezes a restituição integral do dano sugeria o pagamento de somas pecuniárias altas, ultrapassando por vezes a própria capacidade econômica do praticante da conduta lesiva, o que implicaria na irressarcibilidade. O Código Civil no parágrafo quarto do artigo 787 demonstrou esta atenção especial aos interesses da vítima quando assegura a responsabilidade subsidiária do segurado quando a seguradora for insolvente, dentre outras regras que regulam tal espécie contratual.

Por óbvio que, embora o ônus econômico da indenização seja transferido à seguradora, o segurado, praticante da conduta lesiva, sofre um decréscimo patrimonial respeitante ao pagamento do prêmio. No entanto, no momento da contratação, este se afigura apenas como um agente lesivo em potencial, podendo nunca ocasionar danos a terceiros, sendo neste caso, apenas um repartidor de riscos. É o que Schreiber (2013, p. 232) chama de “diluição dos danos”.

Como visto, o elemento “conduta” como pressuposto da responsabilidade civil fora redimensionado para se adequar às novas realidades sociais. Tanto que a ideia linear de uma conduta praticada por apenas um agente ofensor dá lugar a possibilidade de várias pessoas figurarem como praticantes de condutas que gerem danos a terceiros, estabelecendo o legislador que “*se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação*” (artigo 942 do Código Civil, segunda parte).

### 2.1.2 O nexa de causalidade e sua flexibilização

Assim como o processo de industrialização ocorrido no final do século XIX sugeriu uma remodelagem do instituto da responsabilidade civil para tutelar os interesses daqueles que sofriam com os danos advindos dos acidentes de trabalho, culminando com o desenvolvimento da responsabilidade objetiva, a crescente expansão industrial e tecnológica das últimas décadas produziu, quase que em progressão geométrica, um vultoso aumento de situações lesivas a reclamar alterações na interpretação e aplicação das teorias explicativas do nexa de causalidade. Além disso, o giro dogmático que volveu o olhar da disciplina do agente ofensor para os danos injustos experimentados pela vítima, fora também responsável por flexibilizar aquilo que já havia sido construído em torno do problema da causalidade.

Sob o ponto de vista processual, o modelo de responsabilidade objetiva fora o responsável por facilitar o acesso da vítima à reparação do dano que sofrera, pois com a eliminação do ônus probatório que recaía sobre si, o lesado teria que provar apenas que da conduta praticada teria decorrido o dano, pelo qual pleiteava a reparação, ou seja cabia-lhe a prova do nexa causal<sup>6</sup>. Contudo, no que concerne ao direito material, as principais teorias clássicas que buscaram elucidar essa problemática findavam por investigar a causa sob um critério rigoroso, e isto consequentemente estabelecia balizas que diminuía o raio de reparabilidade.

Como é sabido, o nexa causal é o elo circunstancial que conecta a conduta do agente ofensor ao dano sofrido pela vítima, impingindo-lhe a pecha de pressuposto indispensável para atribuição de responsabilidade. Nos dizeres de Gagliano e Pamplona Filho (2015, p. 139) “trata-se, pois, do elo etiológico, do liame, que une a conduta do agente (positiva ou negativa) ao dano”. A necessidade de se responder à pergunta crucial acerca da causa geradora de um resultado explica a relevância da discussão e o motivo pelo qual inúmeras teorias se sucederam com este objetivo.

---

<sup>6</sup> Segundo Agostinho Alvim (1955, p. 342) em sua obra “Da inexecução das obrigações e suas consequências” citado por Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto (2014, p. 455) “a importância do estudo do nexa causal tem avultado, nestes últimos tempos, uma vez que a teoria do risco prescinde da culpa, para fundamento da responsabilidade, e só lhe bastam o dano e o nexa causal”.



Embora se reconheça a importância do estudo, os tribunais brasileiros parecem não se deter com profundidade na análise teórica e até mesmo concreta do nexo de causalidade. Assim, surge a necessidade de se debruçar sobre o estudo deste pressuposto da responsabilidade civil, pois denuncia a doutrina que na prática, verifica-se muitas vezes o uso de verdadeira atecnia na escolha das teorias do nexo causal por parte do julgador para justificar a obrigação de indenizar.

Nada obstante a sua essencialidade, tanto na teoria subjetiva como na objetiva da responsabilidade civil, o nexo causal é manejado pelos nossos juízes e tribunais com intensa subjetividade e desprezo à boa técnica jurídica. Magistrados adotam teses opostas para justificar a investigação do nexo e a existência de uma obrigação de reparar com base no “bom senso”, eximindo-se de uma busca de juridicidade ou cientificidade” (BRAGA NETTO, FARIAS E ROSENVALD, 2014, p. 455)

Caio Mário da Silva Pereira adverte que o estudo do nexo causal se mostra importante por se referir antes de tudo a um dado da natureza, que não interessa apenas ao direito, mas a várias outras ciências. A averiguação daquilo que determina o acontecimento de fenômenos nos ajuda a entender sua inteligibilidade. (PEREIRA, 1998). No entanto, é preciso ter em mente que reduzir o conceito do nexo causal à uma simples relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o prejuízo suportado pela vítima, pode se mostrar inadequado em uma sociedade marcada muitas vezes pelo anonimato dos danos ou pela dificuldade em identificar a causa deles de forma certa e precisa. Em razão disto, Anderson Schreiber enfatiza a necessidade de se dar ao conceito de nexo causal uma acepção jurídica para além da concepção naturalística ou lógica, com vistas a evitar impropriedades na responsabilização.

Esta juridicização da causalidade desencadeia uma série de teorias que visam identificar o suporte fático responsável pela produção do resultado lesivo. Dentre elas, destaca-se a teoria da equivalência dos antecedentes causais, para qual, toda causa é igualmente valorada para efeito de produção do resultado. No encadeamento causal, não é possível dizer que uma causa é mais importante que a outra, pois todas juntas são responsáveis pelo fato consequente. Assim, cada causa se equipara a uma condição sem a qual não haveria a lesão, independentemente de sua proximidade temporal com a seqüela (*conditio sine qua non*). O desenvolvimento deste raciocínio é atribuído ao alemão Maximilian von Buri que

baseado nas ideias propostas por Stuart Mill<sup>7</sup> afirmou não haver como separar as condições ou causas de acordo com um grau de essencialidade<sup>8</sup>. Tal pensamento influenciou a codificação penal de vários países, inclusive o Código Penal Brasileiro que em seu artigo 13 parece ter adotado esta teoria com alguns temperamentos.

No âmbito da responsabilidade civil, algumas críticas foram tecidas para desqualificar a “equivalência das condições” como instrumento de identificação do responsável pelo dano. Cruz (2005) destaca como vantagens desta teoria a simplicidade de sua aplicação, e, conseqüentemente, uma maior probabilidade de reparação e um intenso efeito preventivo para contenção de danos. Quanto às críticas, e talvez esta seja a principal, é que se toda causa ou condição é apta a produzir um resultado, teríamos uma cadeia sem fim de responsáveis, o que geraria impropriedades como a citada por Schreiber (2013, p. 57) ao exemplificar como punível a conduta de um vendedor de material esportivo que comercializa uma bola de golfe a um jogador, que por sua vez, querendo ou não, vem a atingir um passante, durante uma partida. Além disso, raciocinar desta forma, nos afastaria do viés jurídico necessário para a concepção do nexos causal que vai além da causalidade natural.

Nessa mesma esteira de avaliação de causas prováveis de um dano, Von Kries aprimorando a criação de Von Bar, contrapõe-se à teoria da “*conditio sine qua non*”, ao afirmar que dentre as condições que se unem para um resultado, uma delas possui maior relevância, sendo por isso, a causa mais adequada à produzir o evento danoso. Descobri-la é possível através do isolamento abstrato do evento, de modo a investigar se em outras circunstâncias o resultado sempre se repetiria. Se a resposta for afirmativa, então aquela causa é a mais adequada a produção do resultado.

Nota-se que ao contrário da teoria da equivalência dos antecedentes, na teoria da causalidade adequada a “causa” deve ser estabelecida em abstrato, segundo a ordem natural das coisas e a experiência da vida, e não em concreto, a considerar os fatos tal como se deram, já que, em tais circunstâncias, as condições são mesmo equivalentes. É necessário que o

---

<sup>7</sup> Nelson Hungria (1978, p. 65) afirma em sua obra “Comentários ao Código Penal, Vol. I, Tomo II” que Von Buri adaptou esta teoria a partir do pensamento de Stuart Mill.

<sup>8</sup> “Não é possível distinguir entre condições essenciais e não essenciais ao resultado, sendo causa do mesmo todas as forças que cooperam para a sua produção, quaisquer que sejam”. Este trecho atribuído a von Buri encontra-se na Obra “Conduta Punível” de Heleno Cláudio Fragoso e fora citado por Damásio de Jesus em seu livro “Direito Penal, 1º Volume - Parte Geral” na nota de pé da página 248.

jugador, em sua análise, retroaja mentalmente até o momento da ação ou omissão para estabelecer se esta era ou não adequada para produzir o dano. (MAEDA, 2013)

O aprofundamento teórico feito pela doutrina formula dois aspectos desta teoria. O aspecto positivo é aquele que constata o dano como consequência natural e concreta da causa analisada em abstrato, identificando-a portanto como decisiva. Já o aspecto negativo considera a causa sob análise, indiferente para a produção do dano, considerada por conseguinte, apenas circunstancial (MAEDA, 2013).

Criticou-se esta teoria em razão da análise abstrata da causa basear-se em um juízo de probabilidade o que afasta a certeza da ocorrência ou não do resultado lesivo<sup>9</sup>.

Verifica-se que toda a digressão teórica em torno da identificação causal acaba por se distanciar da preocupação primeira e hodierna da responsabilidade civil: tutelar os interesses da vítima do dano injusto. É que tanto a teoria da equivalência das condições quanto a teoria da causalidade adequada não fornecem elementos objetivos para elucidação do problema da causalidade, de maneira a facilitar a questão da prova deste elemento numa eventual ação reparatória.

A análise fática da causa de um evento danoso contém uma complexidade que lhe é ínsita em razão da multiplicidade de circunstâncias que se conectam para que um resultado seja alcançado.

Como dito alhures, a necessidade de amparar os interesses de quem sofreu o prejuízo no sentido de identificar o responsável é uma diretriz típica da responsabilidade civil nos dias atuais. Sendo assim, determinar a obrigação de reparar o dano implica na adoção de um raciocínio mais objetivo e que facilite a resolução desta problemática em torno do nexa causal.

Segundo a Teoria da Causalidade Direta ou Imediata, quanto mais uma circunstância se afasta do resultado, menos ela poderá ser considerada como causa dele. Assim, causa é o evento fático mais próximo do dano, excluindo-se todos os acontecimentos que dele se afastam. Frise-se que este distanciamento não se dá em razão do tempo, e sim, pelo aparecimento de outra causa, que atravessa o liame causal, motivo pelo qual se denomina também de teoria da interrupção do nexa causal.

---

<sup>9</sup> Caio Mário da Silva Pereira (1998, p. 79) abordando as críticas feitas a esta teoria, afirma que “probabilidade não é certeza”.

Segundo Gustavo Tepedino, o Código Civil Brasileiro parece ter acolhido de forma expressa a teoria da causalidade direta ou imediata ao enunciar no artigo 403 que “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”. É que, embora o legislador esteja se referindo à responsabilidade contratual, este raciocínio aplicar-se-ia à responsabilidade aquiliana para interromper o nexo relativo às causas distantes do resultado, afastando da indenizabilidade, os danos remotos. (TEPEDINO, 2006)

Tartuce (2017, p. 372) discorda deste entendimento ao afirmar que “o Código Civil de 2002 adotou, em melhor sentido, a teoria da causalidade adequada, eis que a indenização deve ser adequada aos fatos que a cercam”. Para isto, faz referência ao enunciado nº. 47 da I Jornada de Direito Civil<sup>10</sup>, bem como de decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>11</sup>. Outros juristas de renome<sup>12</sup> também filiam-se ao entendimento de que a teoria acolhida pela ordenamento jurídico brasileiro fora a teoria da causalidade adequada.

Infelizmente, as cortes brasileiras não podem servir de parâmetro para atestar a teoria que melhor se coaduna com o ordenamento jurídico pátrio, dada a imprecisão com que fundamentam suas decisões no que se refere à elucidação do nexo de causalidade. Outra não é a percepção de Frota (2014) ao pesquisar o tema e atestar a instabilidade e atecnia com a qual são conduzidos os questionamentos acerca do problema da causalidade, os quais desprovidos de cientificidade, acabam por se nortear pelo “princípio do bom senso”.

De todo modo, embora haja simpatia por parte dos civilistas brasileiros quanto à teoria dos danos diretos ou imediatos, como sendo a que melhor resolveria as questões relativas ao nexo causal como pressuposto da obrigação de indenizar, aquela não está imune à críticas. Indaga-se, por exemplo, acerca da reparação dos danos indiretos, que sob o prisma teórico assinalado, restariam irressarcidos.

---

<sup>10</sup> “O art. 945 do novo Código Civil, que não encontra correspondente no Código Civil de 1916, não exclui a aplicação da teoria da causalidade adequada”.

<sup>11</sup> STJ - AgRg no Ag: 682599 RS 2005/0086918-4, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 25/10/2005, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 14/11/2005 p. 334.

<sup>12</sup> Paulo de Tarso Vieira Sanseverino (*Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 244); Clóvis do Couto e Silva (Dever de indenizar. In: Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, v.5, p. 3), Sergio Cavalieri Filho (*Programa de Responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003), dentre outros.

Cruz (2005) atribui à Dumoulin e Pothier, a melhor explicação para a teoria dos danos diretos ou imediatos, a partir da consideração de um evento danoso como efeito necessário de determinada causa. A necessariedade, portanto, justificaria a possibilidade dos danos indiretos serem entendidos como efeitos advindos diretamente do ato ilícito. Gagliano e Pamplona Filho (2017) advertem que não se podem confundir os danos reflexos ou em ricochete com aqueles que não se ligam por um vínculo de necessariedade à conduta do autor. Assim, se, por exemplo, o pai do alimentando falece em razão de um ato ilícito praticado por outrem, este responderá pelos danos indiretos que causou à prole do falecido, pois estes danos, malgrado tenham atingido vítimas indiretas, se afiguram como produto direto da conduta lesiva.

Mesmo gozando de simpatia por grande parte da doutrina, algumas situações lesivas ainda restariam desamparadas sob o ponto de vista da causalidade direta ou imediata. Tampouco as teorias da equivalência das condições ou da causalidade adequada resolveriam, por exemplo, o impasse gerado pelos chamados “danos anônimos”. É que neste caso, o dano advém de uma ação praticada por um grupo de pessoas, sem que se possa identificar com precisão quem de fato teria cometido a conduta. Assim, não haveria como se imputar responsabilidade, como aponta Schreiber (2013, p. 74/75) ao citar a doutrina italiana:

A rigor, a solução para tais casos é a irresponsabilidade. Afirma-se precisamente que, em situações assim, “a relação de causalidade é incerta, já que não é possível estabelecer quem é o autor do falta cometida”. No exposto ensinamento de Massimo Bianca: “o concurso na produção do dano deve ser especificamente demonstrado pelo lesado. Para este fim, não basta a mera presença do sujeito em um grupo de pessoas se não é identificado o autor do dano. Por exemplo, não se provando qual de duas pessoas no local tenha ateado fogo, nenhuma das duas pode ser tida como responsável”.

Com vistas a não desamparar as vítimas de situações como estas, os julgadores se utilizam de critérios como a equidade para determinar a obrigação de indenizar de forma solidária a todos os agentes envolvidos na ação lesiva, aplicando-se um raciocínio presuntivo de responsabilidade, a que se tem denominado de causalidade alternativa.

A jurisprudência brasileira desde a década de 1990<sup>13</sup>, já vinha aplicando este entendimento na hipótese de danos causados pela queda ou lançamento de objetos de prédios, responsabilizando o condomínio quando não fosse possível identificar exatamente a unidade autônoma de onde a coisa teria caído ou sido lançada.

Cavaliere Filho (2014) ainda menciona outras hipóteses em que é possível a imputação da responsabilidade por presunção propugnada pela causalidade alternativa, o que considera uma atenuação do rigor na demonstração do nexo causal, perseguido pela doutrina e jurisprudência de outrora. Lembra-nos o autor que os exemplos são inúmeros e referem-se a danos causados por grupo de pessoas, onde não seja possível a identificação exata do integrante que realmente praticou a conduta danosa, como no caso de “integrantes do mesmo grupo profissional, esportivo, estudantil ou grevistas que participam de manifestação pública durante a qual causa-se dano a terceiros” (CAVALIERI, 2014, p. 79).

A título de exemplo, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº. 26975 RS,<sup>14</sup> entendeu por atribuir responsabilidade a uma torcida quando após uma partida de futebol, um torcedor do time rival fora morto em razão de conflito entre eles. Destarte, a despeito da não identificação do membro específico que praticou o ato ilícito, atribuiu-se a responsabilidade civil a todos os membros do grupo, de forma coletiva e solidária.

Acerca da teoria da causalidade alternativa e a responsabilidade solidária que decorre de sua aplicação, Giustina (1991, p. 12) corrobora ao afirmar que, “quando várias pessoas causaram um dano a outrem por um ato ilícito cometido em comum, estão solidariamente obrigadas à reparação do dano”.

Percebe-se que o giro paradigmático sofrido pela responsabilidade civil e defendido ou captado por alguns autores no sentido de focar na vítima do evento danoso e não em quem praticou a conduta lesiva, tem ensejado uma relativização da compreensão jurídica acerca do fenômeno causal, dando lugar a um maior número de situações indenizáveis. A juridicidade da causalidade, antes perseguida e evocada como meio de distanciar-se da causalidade natural, tem sido diluída na

---

<sup>13</sup> STJ, REsp n. 64.682/RJ, relator Ministro Bueno de Souza, Quarta Turma, julgamento em 10/11/1998, DJ de 29/3/1999, p. 180.

<sup>14</sup> STJ - REsp: 26975 RS 1992/0022571-3, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 18/12/2001, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 20.05.2002 p. 142RDR vol. 23 p. 377.

profusão de teorias que se multiplicaram para justificar a reparação de danos antes não indenizáveis.

A própria construção doutrinária em torno das excludentes da obrigação de indenizar tem sido impactada sob esta nova ordem que se instalou no âmbito da responsabilidade civil. Dentre as hipóteses que rompem o nexo de causalidade, e, por conseguinte, o dever de reparar, destaque-se o caso fortuito ou a força maior, o fato exclusivo da vítima e o fato de terceiro, como exemplos de situações que sofreram um redimensionamento, perceptível na atividade jurisprudencial das últimas décadas.

O artigo 393 do Código Civil estabelece que, em sede de responsabilidade contratual, o devedor se exime da obrigação, quando não puder cumpri-la em razão de caso fortuito ou força maior, excetuando os casos em que o próprio devedor tenha se obrigado em sentido contrário. Aplica-se este entendimento à responsabilidade aquiliana com a exceção da segunda parte do artigo, haja vista que a responsabilidade extracontratual decorre da prática de ato ilícito e não de descumprimento contratual. Sob o ponto de vista conceitual, o Código Civil não contribui de maneira didática para distinguir o caso fortuito da força maior, pois enuncia no parágrafo único que ambas as situações decorrem de um “fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

A civilística se ocupa em distinguir estas figuras jurídicas a partir de algumas particularidades. Pontes de Miranda (1971, p. 78) apud Rizzardo (2013, p. 86) já afirmava que “força maior diz-se mais propriamente de acontecimento insólito, de impossível ou difícil previsão, tal uma extraordinária seca, uma inundação, um incêndio, um tufão; caso fortuito é um sucesso previsto, mas fatal como a morte, a doença etc...”. Tal pensamento parece confirmado pela doutrina contemporânea, representada por Gagliano e Pamplona Filho (2014) quando defendem o caso fortuito como um evento humano imprevisível que obsta o adimplemento de uma obrigação, *exempli gratia*, um roubo ou atropelamento. A força maior tem como traço peculiar a inevitabilidade, pois derivaria de eventos naturais, os quais podem ser previstos, inclusive, porém, sempre inevitáveis, tais como terremotos, tempestades, raios, etc. Contrário a esse posicionamento, Azevedo (2001) assevera que o caso fortuito é um fato da natureza onde não há intervenção do homem, ao passo que a força maior se equipararia o fato de terceiro ou ato humano capaz de impedir o devedor de cumprir sua obrigação.

Contribuição doutrinária importante desenvolvida por Fernando Noronha destaca como requisitos do caso fortuito e da força maior, além da imprevisibilidade e da inevitabilidade, a externalidade, sem o qual, o agente ainda seria responsabilizado, mesmo diante de ato previsível e inevitável. Segundo o autor

há fatos que são imprevisíveis e irresistíveis, mas que, devido à circunstância de estarem ligados à atividade desenvolvida por uma pessoa e só acontecerem devido a ela, não podem ser considerados inevitáveis: se a pessoa se abstivesse de atuar, eles não se verificariam (...) A quebra na barra da direção de veículo, ou cuja possível ocorrência normalmente indetectável em comuns revisões não constituirão caso fortuito ou força maior, para efeitos de isenção da obrigação de indenizar, na eventualidade de acidente (...) De modo similar, o mal súbito que acomete o motorista de caminhão ou ônibus, levando ao desgoverno do veículo e à causação de danos diversos, não pode ser considerado caso fortuito ou de força maior, para efeitos de exclusão da responsabilidade da empresa proprietária, porque o motorista ainda é peça fundamental da atividade desta. (NORONHA, 2003, p. 626/627)

A partir deste entendimento, os tribunais brasileiros têm aplicado o conceito de fortuito interno para reconhecer a obrigação de indenizar mesmo diante de situações imprevisíveis, mas que guardam relação com a atividade desenvolvida pelo sujeito responsável, por estarem inseridas dentro de um raio de circunstâncias possíveis em razão de um risco que lhe é inerente. Desenvolvida a partir do conceito de risco da atividade, a teoria do fortuito interno fora aplicada inicialmente às relações consumeristas, estendendo-se para outras searas onde prevalece o modelo objetivo de responsabilidade como a responsabilidade civil do Estado, o contrato de transporte e as demais atividades de risco.

Nas relações de consumo, Gagliano e Pamplona Filho (2015) ensinam que a responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços subsiste no caso do fortuito interno por que esta situação prende-se à fase de elaboração, fabricação do produto ou prestação do serviço, assumindo o agente econômico os riscos da sua atividade. Se em razão de evento imprevisível, estranho à atuação do fornecedor, o produto ou serviço gere danos ao consumidor após sua colocação no mercado, estar-se-ia diante de fortuito externo, não havendo que falar em obrigação de indenizar.

Nunes (2012, p. 366) afirma que o caso fortuito previsto no Código Civil é o fortuito externo, pois diz respeito ao “elemento exterior ao risco da atividade” e por isso desobrigaria o devedor do cumprimento da obrigação pelo rompimento do nexo causal.



Por diversas oportunidades, as cortes nacionais se manifestaram no sentido de determinar a obrigação de indenizar com base na ideia de fortuito interno. A título ilustrativo, já se atribuiu responsabilidade à empresa de transporte por danos causados a passageiros em razão de colisão ocasionada pelo acometimento de mal súbito ao motorista.<sup>15</sup> Raciocínio análogo fora utilizado para obrigar Empresa Imobiliária a ressarcir os danos causados pelo atraso na entrega de imóvel, a despeito da alegação de ausência de mão de obra, insumos e equipamentos para a construção do empreendimento, excesso de chuvas e greve no transporte coletivo, como situações imprevisíveis<sup>16</sup>, além de tantas outras situações<sup>17</sup>.

Registre-se por oportuno, que o Superior Tribunal de Justiça acolheu a tese do fortuito interno na edição da Súmula 479 ao atribuir responsabilidade independente de culpa às instituições financeiras pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.

Depreende-se da atividade jurisprudencial brasileira que a larga aplicação do conceito de fortuito interno tem respingado na mitigação da força excludente de outras hipóteses tradicionais de rompimento do nexo de causalidade, a saber, o fato exclusivo da vítima e o fato de terceiro.

Caso interessante, citado por Schreiber (2013, p. 71), que envolve a fragilização da “culpa exclusiva da vítima”<sup>18</sup> como causa excludente de responsabilidade, diz respeito ao julgamento do Recurso Especial 287.849/SP<sup>19</sup> em que se discutia a responsabilidade solidária de um hotel e de uma agência de turismo pelos danos causados a um rapaz que, após se confraternizar com amigos, dirigiu-se até a área da piscina, com água insuficiente, e usou um escorregador para

---

<sup>15</sup> TJ-MS - APL: 08399631820138120001 MS 0839963-18.2013.8.12.0001, Relator: Des. Marco André Nogueira Hanson, Data de Julgamento: 23/02/2016, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 24/02/2016.

<sup>16</sup> TJ-DF - APC: 20140111490127, Relator: LEILA ARLANCH, Data de Julgamento: 24/02/2016, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 03/03/2016 . Pág.: 163.

<sup>17</sup> Para mais exemplos, veja-se Schreiber (2013, p. 69).

<sup>18</sup> Esta expressão se afigura mais adequada por se tratar de um comportamento que diz respeito a identificação da causa do evento danoso e não de aferição de culpa. Neste mesmo sentido, Braga Netto, Farias e Rosenvald (2017, p. 487): “Evidente equívoco consiste em traduzir o fato exclusivo da vítima como sinônimo de “culpa” exclusiva da vítima. Aqui não está se discutindo quem é o culpado, mas sim a quem atribuir a responsabilidade pelo comportamento que determinou o dano. Ou seja, uma coisa é a aferição da inobservância de um dever de cuidado, outra é a relação de causalidade entre o fato e o evento lesivo.”

<sup>19</sup> STJ - REsp: 287849 SP 2000/0119421-6, Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Data de Julgamento: 17/04/2001, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 13.08.2001 p. 165RDR vol. 21 p. 392RSTJ vol. 154 p. 463RT vol. 797 p. 226.

ali mergulhar, vindo a chocar a cabeça contra o solo. A Corte Paulista entendeu não se tratar de culpa exclusiva da vítima, atribuindo responsabilidade solidária entre o hotel e a agência, o que fora mantido pelo STJ, apenas com a consideração de culpa concorrente.

Como é cediço, o comportamento atribuído exclusivamente à vítima do evento danoso rompe o nexo causal entre a conduta do agente e o prejuízo experimentado pelo lesado, afastando a obrigação de indenizar, o que neste caso não ocorreu, a despeito de restar clara a participação da vítima como preponderante para a ocorrência do resultado.

Apreciando o Recurso Especial n. 1.671.569 SP, o STJ condenou o Estado de São Paulo a indenizar a família de detento pelos danos decorrentes de suicídio por autoenforcamento ocorrido em cela de Delegacia sob o argumento de que “a responsabilidade civil do Estado pela morte de detento em delegacia, presídio ou cadeia pública é objetiva, pois é dever do estado prestar vigilância e segurança aos presos sob sua custódia”. Verifica-se claramente que a conduta da vítima geradora do dano não é levada em consideração em razão do entendimento de que o Estado ao avocar para si a responsabilidade pela custódia dos presos exerce uma atividade de risco. Consequência idêntica verifica-se na compreensão de que o fato de terceiro não excluiria o dever de indenizar, quando derivar de fato previsível decorrente de risco inerente à atividade desenvolvida.

Cruz (2005) explica que a conduta de um terceiro pode interferir no evento danoso de forma total ou parcial. Se na dinâmica do evento lesivo, há coparticipação do terceiro, de modo que se afigure uma causalidade comum entre as condutas do agente e do terceiro, não há exoneração do dever de indenizar, respondendo tantos quantos contribuírem para a produção do dano. Quando o terceiro contribui exclusivamente para a produção do dano, há concausa absolutamente independente, rompendo, por conseguinte, o nexo causal, e eximindo o agente de responsabilidade.

No entanto, em alguns casos específicos, a jurisprudência do STJ<sup>20</sup> tem caminhado em sentido oposto, atenuando também desta forma, a excludente do fato de terceiro. Cite-se como exemplo, o transporte oneroso de passageiros que é

---

<sup>20</sup> STJ – AgRg nos EDcl no REsp: 1318095 MG 2012/0081993-8, Relator: Ministro Sidnei Beneti, Data de Julgamento: 19/06/2012, T3 – Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 27/06/2012.

interrompido em razão de acidente de trânsito causado unicamente por ato de terceiro. Entende-se que os danos advindos de situações como esta, devem ser reparados pela transportadora, que assume uma obrigação de resultado, devendo levar o passageiro incólume ao seu destino. Assim, tais eventualidades guardam conexão com a atividade do transportador e estão relacionadas com os riscos próprios do negócio, caracterizando o fortuito interno. Tal posicionamento restou consagrado na edição da Súmula 187 do Supremo Tribunal Federal, cujo teor confirma que “a responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”.

A par das considerações aqui expostas, bem como das decisões judiciais comentadas, verifica-se claramente o que se tem chamado de flexibilização do nexos causal e o enfraquecimento de suas causas excludentes, o que parece nos apontar para um problema de ausência de cientificidade. Assim, a juridicidade do nexos causal, antes almejada pelos teóricos com vistas a desvincular-se da causalidade naturalística, se esvai, dando lugar a uma análise feita com base em um espectro de probabilidades inerentes ao risco assumido. Schreiber (2013) adverte que

a invocação do fortuito interno não se baseia tanto em uma qualificação cientificamente rígida, porque tormentosa, de um acontecimento como externo ou interno à certa atividade. Nem mesmo a previsibilidade ou resistibilidade têm desempenhado nesta análise um papel tão decisivo. O juízo acerca da incidência ou não da figura do fortuito interno parece, antes, vinculado à lógica do risco e de sua imputação a certo sujeito que desenvolve uma atividade potencialmente lesiva.

Além disto, e aqui reside uma crítica relevante, a dita flexibilização do nexos causal é justificada a pretexto de amparar a vítima do evento danoso a qualquer custo, dando à responsabilidade civil, em muitos casos, um caráter assistencial. Schreiber (2013, p. 78) sugere que este afrouxamento do nexos causal fundamenta-se no chamado “imperativo social da reparação”, chamando atenção para os efeitos nocivos deste movimento, tais como a produção de decisões incoerentes e a insegurança jurídica na imputação das responsabilidades, que sugeriria como possível a reparação pecuniária para todos os dissabores da vida, gerando uma espécie de vitimização social.

Rodrigues Junior (2016) denuncia que a deficiência na prestação de serviços públicos e privados, característica típica dos países pobres, tende a transformar a responsabilidade civil em instrumento de justiça distributiva, afastando-a de sua

função estritamente jurídica. Explica o autor que a precariedade dos serviços de fiscalização das agências regulatórias aliada à ineficiência de aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor (CDC) culmina no que ele chama de “fuga para a responsabilidade civil”, ou seja, já que não há aparato para que as normas sejam cumpridas e os serviços sejam prestados a contento, a solução é punir os fornecedores.

De fato, a incapacidade estatal de prover os meios necessários à uma vida digna não pode ser assacada aos cidadãos, que numa visão mais ampla, mesmo tendo cometido danos, também são tão vítimas quanto os lesados. Estes últimos, do ato ilícito, aqueles, do sistema.

Por conseguinte, a responsabilidade civil passa a assumir uma feição que se distancia de seu papel histórico e jurídico, pois se converte em um meio de repartição de renda e solução de desigualdades sociais.

O autor retromencionado não despreza a importância de questões como a necessária tutela dos interesses da vítima ou o aumento considerações de situações de risco pela implementação da tecnologia, mas chama atenção para que se trave um debate mais investigativo e menos descritivo acerca da “adequada utilização de sistemas, categorias e elementos da responsabilidade civil” por entender como “fundamental disciplinar os campos de interferência recíproca de fatores jurídicos e metajurídicos” a fim de que se mantenha “a utilidade da doutrina sobre a responsabilidade civil” (RODRIGUES JUNIOR, 2016, p. 117).

A crítica é louvável sob o ponto de vista científico, pois o que se percebe é que o discurso de flexibilização do nexos causal muitas vezes se baseia de forma superficial em princípios constitucionais abertos como a dignidade humana e a solidariedade, provocando na verdade, um reducionismo destas diretrizes.

Por fim, esta distensão do nexos causal enquanto pressuposto da obrigação de indenizar tem evoluído em alguns casos para o seu completo afastamento, como o que ocorre com teoria da responsabilidade pelo resultado mais grave.

O estudo clássico da concausalidade admite a possibilidade de que um acontecimento anterior, concomitante ou posterior à causa principal, se una a esta, contribuindo para o alcance do resultado. Quando este acontecimento é absolutamente independente da causa principal, diz-se que a concausa rompeu o nexos de causalidade entre a causa principal e o resultado, não havendo obrigação de indenizar. Cite-se como exemplo, o caso de alguém que é atingido por um tiro,

mas antes de morrer é soterrado por um terremoto. No encadeamento causal, a segunda causa – terremoto – rompe o liame existente entre o disparo (causa principal sob análise) e a morte do indivíduo (resultado danoso), não se podendo atribuir responsabilidade civil a quem atirou pelo resultado morte. O mesmo se aplica em relação à concausas anteriores ou concomitantes. Entretanto, se a concausa é relativamente independente, isto significa que esta contribuiu juntamente com a causa principal para a produção do resultado, não afastando a responsabilidade civil. Assim, se um indivíduo é alvejado por um tiro e em razão de doença preexistente, sua situação se agrava, levando-o à morte, o agente que o alvejou responde pelo resultado morte, pois a concausa “enfermidade” contribuiu juntamente com a causa principal “tiro” para o resultado lesivo. O mesmo se diga se a concausa é concomitante, ou seja, o indivíduo é alvejado e com o susto sofre um ataque cardíaco. Apenas no caso de concausa superveniente, ainda que relativamente independente, é que se entende possível haver quebra do elo causal, afastando-se a responsabilidade, como no exemplo do indivíduo que é ferido por outrem, e, conduzido por uma ambulância até o hospital, falece no caminho em razão de tombamento do veículo. Neste caso, mesmo tratando-se de uma concausa relativamente independente, por que situada na sucessão de fatos possíveis da cadeia causal, não há que atribuir ao indivíduo que efetuou o disparo, a responsabilidade pelo resultado morte, posto rompido o nexos causal (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2015).

Esta explicação é necessária para se entender o raciocínio proposto pela teoria da responsabilidade pelo resultado mais grave, segundo a qual o agente praticante da conduta responde pelo prejuízo mais grave, mesmo que este tenha resultado de circunstâncias pessoais afetas à vítima, o que se aproxima dos exemplos alhures mencionados relativos à concausa relativamente independente.

Conhecida pelas expressões inglesas “*The Thin Skull Rule*” ou “*The Egg-Shell Skull Rule*”<sup>21</sup>, esta teoria imputa responsabilidade a alguém sem a necessidade de se provar a existência de uma “relação causal no tocante a um resultado ulterior da conduta do agente, assegurando ao nexos de causalidade uma elasticidade que nenhuma das teorias usuais comportaria” (SCHREIBER, 2013, p. 72).

---

<sup>21</sup> Estas expressões inglesas referem-se ao exemplo de caso que ensejou o seu uso, qual seja, o de que uma pequena pancada na cabeça resulte em uma fratura de crânio em razão de deficiência congênita do osso frontal.

Assim, despreza-se a prova da existência de um nexo de causalidade entre a conduta inicial do agente e o resultado mais grave sofrido pela vítima, que pode ter ocorrido em razão de concausa preexistente relativa a condições pessoais de quem sofreu o dano, mas que termina sendo absorvida pela causa principal.

A teoria da responsabilidade civil pelo resultado mais grave fora aplicada pelo STJ no bojo do Recurso Especial n. 326.971<sup>22</sup>, quando atribuiu responsabilidade civil ao causador de um acidente de trânsito pela morte da vítima que teria decorrido de erro médico no tratamento das lesões sofridas. Destarte, o resultado mais grave, a saber, a morte causada por erro médico, se encontra inserido no desdobramento causal do acidente.

Diante do exposto, vislumbra-se que, no que concerne a prova do nexo causal, a atividade jurisprudencial tem sido intensa para romper com a rigidez propugnada pelas teorias tradicionais que visavam explicar o fenômeno da causalidade. A bem da verdade, justificada pelo necessário respeito à dignidade humana da vítima do dano injusto. Por outro lado, este afrouxamento parece ameaçar as estruturas clássicas do instituto da responsabilidade civil, lançando todos os pleitos indenizatórios na vala da reparabilidade sem critérios ou da reparabilidade baseada em critérios abstratos e vagos.

### *2.1.3 A essencialidade do dano na concepção contemporânea de responsabilidade*

Há forte tendência na doutrina civilista contemporânea de entender que, no âmbito da responsabilidade civil, a preocupação maior dos últimos tempos tem sido tutelar os interesses da vítima de um evento danoso muito mais do que simplesmente encontrar um culpado e sancioná-lo pelo cometimento de um ato ilícito. Em razão desta proposta para mudança de enfoque, pode-se dizer que o tradicional brocado “sem culpa, sem responsabilidade”, que por muito tempo deu o tom da disciplina, tem sido parafraseado para um outro mais alinhado com esta percepção, qual seja, “sem dano, sem responsabilidade”, numa clara alusão à importância que se deve dar aos interesses da pessoa que sofre o prejuízo, para além de uma investigação do culpado pelo evento danoso.

---

<sup>22</sup> STJ - REsp 326.971/AL, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 11/06/2002, DJ 30/09/2002, p. 264.

O próprio vocábulo “responsabilidade” nos remete ao agente ofensor e não à vítima, o que demonstra que toda a estrutura da disciplina parece ter se amparado na ideia de sanção e não de reparação. Nesta nova perspectiva sugerida, surge o chamado “direito dos danos”, que transporta os interesses da vítima para o centro da discussão jurídica que se trava quando ocorre a violação de direitos. Esta expressão é a livre tradução do termo “*derecho de daños*” sugerida pelo direito argentino para justificar a importância que o elemento “dano” deve assumir nesta compreensão da matéria.

Ainda que vinculado à ilicitude, a doutrina clássica sempre concebeu o dano como elemento essencial na configuração do dever de indenizar. Stoco (2001), por exemplo, afirma categoricamente que não há responsabilidade sem prejuízo, sendo este, portanto, a prova material da ocorrência do ato ilícito, razão pela qual se afigura como indispensável na responsabilização do agente, independentemente se decorrente da violação da norma contratual ou legal. Cavaliere Filho (2014, p. 102) reafirma este entendimento ao enunciar que “pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano”, o que reforça a ideia de que não se concebe a obrigação de indenizar sem demonstração de efetivo prejuízo. O mesmo autor é categórico ao dizer que o ato ilícito nunca se caracterizará como um crime de mera conduta, ou seja, será sempre um delito material com resultado de dano, citando como exemplos, o motorista que avança um sinal de trânsito mas não atropela ninguém ou um prédio que desmorona por que seu proprietário não o reformou mas não atinge nenhuma pessoa. Nestes casos, o ato é antijurídico mas não enseja responsabilidade civil por que não há o que se reparar.

Todavia, assim como os outros dois pressupostos da responsabilidade civil retromencionados, a saber, a conduta humana e o nexo de causalidade, sofreram um redimensionamento para se adequar aos novos desenhos sociais, o dano também passou a ser visto para além de um mero produto do ato ilícito, assumindo um novo significado a partir da perspectiva de quem o suporta. Assim, desvinculando-se o conceito de dano da ideia de ato ilícito, podem ser extraídas duas premissas: a primeira é a de que os atos ilícitos não necessariamente ocasionarão danos a outrem, pois a associação do que é ilícito à antijuridicidade, admite a possibilidade de violação da norma sem que com isso a esfera jurídica de alguém seja atingida; a segunda diz respeito à possibilidade de ocorrerem danos advindos de condutas lícitas, tais como aquelas praticadas em estado de

necessidade, mas que atingem o patrimônio de terceiro (artigos 188, inciso I e II e 929), o direito à passagem forçada (artigo 1.285), dentre outras hipóteses contidas no Código Civil.

Na vanguarda desta mudança qualitativa do dano, Gomes (1980, p. 295) afirma que

uma reconstrução da teoria da responsabilidade civil e a revisão das normas que a institucionalizam começaram com a mudança de perspectiva que permite detectar outros danos ressarcíveis que não apenas aqueles que resultam da prática de um ato ilícito. Substitui-se, em síntese, a noção de ato ilícito pela de dano injusto, mais ampla e mais social.

As balizas teóricas que vão delimitando e modificando a acepção jurídica do dano orientam que nem toda perda patrimonial será suscetível de reparação, senão aqueles danos ditos ilícitos ou injustos. Sobre esta discussão, Moraes (2003) afirma que existem inúmeras situações do cotidiano que podem ocasionar prejuízo a terceiros, sem que para isto haja uma reparação correspondente. A autora denomina tais dissabores de danos lícitos e os exemplifica, citando a diminuição de clientela sofrida por um comerciante que vê seu concorrente atuando no mesmo ramo, ou mesmo o fim de uma vista panorâmica de um prédio em razão da construção do vizinho sem intenção dolosa ou violação dos regulamentos administrativos e normas legais.

Com isto, consolida-se o conceito de dano indenizável, a partir da observância de alguns requisitos: a violação a um interesse jurídico, a certeza do dano e sua subsistência.

Gagliano e Pamplona Filho (2015) destacam o primeiro deles ao afirmar que a reparabilidade de um dano pressupõe a violação a um interesse jurídico. Braga Netto, Farias e Rosenvald (2014, p. 270) ensinam que o conceito de dano não se restringe à violação a um direito subjetivo, e sim a uma gama de interesses legítimos pelos quais alguém se realiza enquanto pessoa. Significa dizer que a reparação de danos não se restringe à vontade do legislador em considerar este ou aquele direito digno de tutela, pois “o critério de seleção dos danos não será aquele dado estrutural do direito subjetivo”, mas recai na “complexidade de situações qualificáveis caso a caso”. Apregoam os autores que o Código Civil não conceituou o dano, pois optou por um sistema aberto onde prevalece uma cláusula geral de reparação de danos. Martins-Costa (2002, p. 410) arremata ao afirmar que “o



conceito de dano não tem essência, pois não se trata de um dado inscrito na natureza das coisas, mas um construído, por se tratar de conceito situado no espaço cultural e no tempo axiológico”.

Dano ressarcível é dano certo, posto que não se indenizam danos hipotéticos. Assim, a certeza do dano, conforme Diniz (2015), não se confunde com a possibilidade de sua aferição econômica ou atualidade, e sim, à sua existência. Desta feita, tanto os danos materiais quanto imateriais não podem advir de conjecturas ou suposições. Nos dizeres de Gagliano e Pamplona Filho (2015, p. 85) a certeza do dano implica, em regra, na sua demonstração em juízo. Aqui, calha mencionar a possibilidade de se indenizarem chances perdidas, desde que sejam reais e sérias, a partir de um juízo de probabilidade de ocorrência de um resultado vantajoso para o indivíduo, o que é propugnado pela “teoria da perda de uma chance”, que tem sido acolhida pela doutrina e jurisprudência brasileira como um *tertium genus* dentro da classificação dos danos.

Por derradeiro, é necessário que o dano subsista para que seja indenizado. Assim, se o agente causador do dano o reparou espontaneamente, não há que falar em responsabilidade civil. No entanto, se a própria vítima adiantou-se na minoração dos prejuízos que sofreu, arcando com o ônus da reparação, remanesce o dever do responsável em suportar o pagamento da indenização.

Delimitado o conceito de dano a partir da ideia de interesse jurídico, importa investigar a natureza desses interesses com vistas a classificar os tipos de danos.

Como reflexo da patrimonialização do direito privado, o conceito de dano se construiu a partir dos prejuízos econômicos suportados por quem tem um interesse economicamente apreciável violado. Assim, danos seriam apenas os prejuízos materiais presentes ou futuros decorrentes de uma conduta ilícita, de onde advém a construção da locução jurídica “perdas e danos” expressamente conceituada no artigo 402 do Código Civil como aquilo que o credor “*efetivamente perdeu*” e “*o que razoavelmente deixou de lucrar*”, denominados pela doutrina de danos emergentes e lucros cessantes, respectivamente.

Explicando esta restrição do conceito de dano à perda patrimonial, Martins-Costa (2003) afirma que nos meados do século XX, a doutrina definia a noção de dano à de diminuição de patrimônio, obtida a partir da diferença estabelecida entre o atual patrimônio do credor e o patrimônio que teria, caso o devedor cumprisse a obrigação (teoria da diferença).

Pontes de Miranda (1984, p. 208) confirma em sua obra esta concepção de dano ao proclamar que “tem-se de considerar o patrimônio do ofendido no momento a (momento em que ocorreu a ofensa) mais o que seria se o ato (ou fato) não houvesse ocorrido e o que é no momento da indenização. Tal é *id quod interest*”.

Para além do patrimônio, o pensamento jurídico evolui no sentido de reconhecer a possibilidade da lesão a interesses ou bens desprovidos de conteúdo econômico, demandando igualmente reparação. Na verdade, a valorização das situações existenciais em detrimento das questões patrimoniais decorre de uma mudança muito mais ampla, a que alguns chamam de repersonalização do direito civil. Este debate de valorização da pessoa humana se intensificou a partir da primeira metade do século XX (1939 – 1945), diante das atrocidades cometidas pelos regimes totalitários da 2ª Guerra Mundial, o que ensejou um movimento de positivação dos direitos humanos. Além disto, a intervenção do Estado nas relações privadas evidenciada a partir do constitucionalismo social alocou para o centro da discussão jurídica, a dignidade da pessoa humana como base estrutural de inúmeros ordenamentos, dos quais, destaca-se o brasileiro.

Captando este momento, Fachin (2006, p. 48) ressalta que “a pessoa, e não o patrimônio, é o centro do sistema jurídico”, razão pela qual até mesmo o direito de propriedade, que é essencialmente patrimonial, não pode ter um fim em si mesmo, senão o de servir ao seu titular.

Reis (2010, p. 5) confirma que

a primitiva ideia de reparação de danos era essencialmente patrimonialista. Os novos comandos legislativos que se operaram a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 conferiram um novo perfil aos danos lesionados. Deslocou-se o eixo do excessivo patrimonialismo do passado para, na pós-modernidade, realçar a pessoa humana como centro de valores daí as ofensas que atingem a dignidade e ou a personalidade do agente lesionado.

Theodoro Júnior (2016) explica que desde a antiguidade, os primeiros códigos da humanidade como o Código de Hamurabi e o Código de Manu já previam situações que possibilitavam antever um embrião da reparação de danos extrapatrimoniais, ainda que de forma pontual. Embora se discuta acerca da existência de uma previsão similar no direito romano, Mazeaud e Mazeaud (1938, p. 3.663) *apud* Theodoro Júnior (2016, p. 2) afirmam que a jurisprudência romana sinalizava neste sentido, ao afirmar que “na vida humana, a noção de valor não

consiste apenas em dinheiro, ao contrário existem, além do dinheiro, outros bens aos quais o homem civilizado atribui um valor e que devem ser protegidos pelo direito”.

No direito moderno, o reconhecimento da existência de uma espécie de dano desvinculada da noção patrimonialista que estruturou o conceito de “perdas e danos” como prejuízos que tocam exclusivamente bens materiais, contou com inúmeros opositores que advogavam a tese da irreparabilidade dos danos imateriais.

Dentre os argumentos contrários à reparabilidade de um dano não patrimonial, defendeu-se que a dor resultante de uma ofensa à honra, por exemplo, sucumbiria ao tempo, não possuindo um efeito penoso durável, constituindo-se em um mero dissabor temporário. Tal argumento fora rechaçado, haja vista que os efeitos de uma lesão no tempo dizem respeito à sua extensão e, portanto, influenciariam na fixação do *quantum* indenizatório, e não no fato da admissão de sua reparação.

Um dos pontos de maior discussão acerca da reparabilidade do dano extrapatrimonial é a impossibilidade de fixação de um valor que equivalha à perda sofrida, posto que os interesses imateriais não podem ser medidos em pecúnia. Como visto, o critério para a fixação da indenização norteou-se pela teoria da diferença, aonde por meio de um cálculo matemático, chegava-se ao valor dos prejuízos sofridos. Gagliano e Pamplona Filho (2015) censuram este critério ao afirmar que, se ele for aplicado de forma rigorosa, alguns danos materiais também não poderiam ser ressarcidos, como por exemplo, prejuízos a uma obra de arte ou a um objeto de colecionador, que não podem ser valorados com precisão.

Outrossim, é inegável a existência de inúmeras situações que acarretam perdas irreparáveis para as vítimas e pessoas próximas a elas, como por exemplo, a perda de um ente querido. Nada obsta que o causador do dano seja responsabilizado mediante um pagamento de uma quantia em dinheiro à vítima, o que por certo, não produzirá o restabelecimento do *status quo* anterior, no sentido de acarretar o ressarcimento ou indenização do prejuízo que sofreu, mas lhe servirá de lenitivo para atenuar-lhe a dor, compensando o sofrimento (DINIZ, 2015).

Como se percebe, a celeuma doutrinária em torno da possibilidade jurídica de reparação pecuniária de danos que toquem exclusivamente interesses extrapatrimoniais é histórica e fora tratada por Pontes de Miranda em sua clássica obra “Tratado de Direito Privado”, o qual é categórico ao defender

a ressarcibilidade do dano não-patrimonial, a despeito de haver opiniões que reputam repugnantes à razão, ou ao sentimento, ressarcir-se em dinheiro o que consistiu em dano à honra, ou à integridade física. Nada obsta a que se transfira ao lesado, com algum dano não patrimonial, a propriedade de bem patrimonial, para que se cubra com utilidade econômica o que se lesou na dimensão moral (= não-patrimonial). Se se nega a estimabilidade patrimonial do dano não-patrimonial cai-se no absurdo da não-indenizabilidade do dano não patrimonial; portanto, deixar-se-ia irressarcível o que precisaria ser indenizado. Mais contra a razão ou o sentimento seria ter-se como irressarcível o que tão fundo feriu o ser humano, que há de considerar o interesse moral e intelectual acima do interesse econômico, *por que se trata de ser humano*. (PONTES DE MIRANDA, 1984, p. 219)

Aos poucos, a concepção de um dano que atingisse interesses de natureza extrapatrimonial fora se incorporando ao ordenamento jurídico, o que ocorreu no Brasil, indiscutivelmente com a Constituição Federal de 1988 que incluiu em seu texto a possibilidade de alguém ser indenizado por dano moral em razão da violação a direitos e garantias fundamentais, como a imagem, a honra, a intimidade e a vida privada<sup>23</sup>.

Alinhado ao espírito da norma constitucional, o Código Civil de 2002 nos seus artigos 11 a 21, inova ao dedicar um capítulo específico para tratar sobre os direitos da personalidade, elencando dispositivos que constroem um rol exemplificativo de direitos da pessoa sobre si mesma, prevendo inclusive meios de tutela preventiva e repressiva para o caso de violação desses interesses.

Superada a discussão acerca da possibilidade jurídica de reparação dos danos extrapatrimoniais, outra questão tormentosa travada no âmbito da doutrina civilista diz respeito à sua conceituação.

Dias (1987, p. 852), por exemplo, considerando como único o conceito de dano, afirma que o dano moral é o “efeito não patrimonial da lesão de direito e não a própria lesão”. Assim, violado um direito e havendo repercussão na esfera íntima do indivíduo, causando-lhe dor e perturbação psíquica, estar-se-ia diante dos efeitos extrapatrimoniais do dano. No entanto, desvinculando-se o conceito de dano de violação a um direito subjetivo para entendê-lo como lesão a um interesse jurídico, Reis (2010, p. 8) parece avistar um alinhamento de pensamento ao afirmar que

---

<sup>23</sup> Art. 5º. *Omissis*

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

“todos os autores consagram um perfil a respeito do dano moral, como sendo aquele que atinge o patrimônio ideal das pessoas”.

Mesmo assim, Moraes (2003) adverte que a doutrina e a jurisprudência brasileiras, inspiradas na doutrina de René Savatier, por muito tempo associaram o dano moral a sentimentos de dor, tristeza, sofrimento e angústia, exigindo como prova de sua existência, elementos concretos que demonstrassem sua ocorrência. A dificuldade apontada pela autora diz respeito ao fato de que dor e sofrimento são inerentes a todas as relações humanas e que estes sentimentos não podem ser avaliados objetivamente para efeito de ressarcimento. Contrário senso, se o conceito de dano moral está associado a estes sentimentos, qualquer sofrimento humano ensejaria reparação, razão pela qual sugere-se um maior rigor científico e metodológico na conceituação do dano extrapatrimonial, com vistas a se alcançar uma tutela jurídica da pessoa mais eficaz e coerente.

Portanto, Maria Celina Bodin de Moraes alude a um conceito alinhado com os valores personalistas perseguido pela Constituição Federal de 1988 ao definir dano moral como toda e qualquer lesão à dignidade da pessoa humana. No visio de fornecer um critério balizador deste conceito constitucionalizado, a autora destaca os quatro substratos que compõem a dignidade humana, a saber, a solidariedade, a igualdade, a liberdade e a integridade psicofísica. (MORAES, 2003).

A Constituição Federal de 1988 ao elencar como fundamento do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, redimensionou a concepção de dano moral, dando-lhe uma nova feição, pois conforme Cavalieri Filho (2014, p. 117) “a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos”.

Esta objetivação conceitual do dano moral fora absorvida pelos tribunais superiores brasileiros, dispensando-se, inclusive, a necessidade de prova de eventuais sentimentos de tristeza, aflição ou angústia suportados pela vítima, posto que presumíveis e depreendidos da própria violação do direito material. É o que se denota do entendimento esposado no bojo do Recurso Especial nº. 1.292.141-SP, que teve como relatora a Ministra Nancy Andrighi, ao afirmar que “demonstrada a ocorrência de ofensa injusta à dignidade da pessoa humana, dispensa-se a comprovação de dor e sofrimento para configuração de dano moral”, caracterizando-

se o dano *in re ipsa*, ou seja, independente de prova outra que não a da própria ocorrência do fato<sup>24</sup>.

Embora atraente, este esforço semântico-jurídico de identificação do dano moral como lesão à dignidade humana pode gerar um efeito contrario ao que se busca, qual seja, de conceituar o dano moral sob um critério metodológico mais rígido, a fim de se evitarem demandas banais. Braga Netto, Farias e Rosenvald (2014, p. 335/336) explicam que conceber o dano moral como violação à dignidade humana é salutar, pois afasta a visão minimalista de caracterizá-lo simplesmente como lesão a direitos da personalidade, estendendo-se para além do direito privado e espreado-se para os direitos fundamentais como a liberdade e a igualdade. No entanto, alertam os autores sobre o perigo da substituição do subjetivismo da dor e da mágoa para o subjetivismo da dignidade humana, de modo a abrigar qualquer pretensão indenizatória sob o pretexto da ocorrência de dano moral. Por isso, sugerem os autores que há incompletude conceitual ao se enxergar o dano moral como violação a dignidade, preferindo afirmar que o dano moral é “uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela”.

Para além da dicotomia clássica que divide os danos entre patrimoniais e extrapatrimoniais, Schreiber (2013) chama atenção para o surgimento de “novos danos” referindo-se a expansão das situações indenizáveis em escala qualitativa e quantitativa. Segundo o autor, o afrouxamento dos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil culmina com uma maior aceitação dos pedidos de indenização, que mais facilmente chegam ao Poder Judiciário, dos quais, boa parte, mediante o implemento de mecanismos importantes de acesso à justiça como a criação dos Juizados Especiais e a atuação da Defensoria Pública. Qualitativamente, cita-se a abertura conceitual do dano moral e o surgimento de novos interesses merecedores de tutela no seio da sociedade a reclamar proteção jurídica mais efetiva, como é o caso dos direitos coletivos, os quais serão estudados com mais propriedade nos capítulos seguintes.

Contrário a esta concepção da existência de novos danos indenizáveis, Braga Netto, Farias e Rosenvald (2014) advertem que não há espaço no ordenamento

---

<sup>24</sup> Em outras oportunidades, o Superior Tribunal de Justiça entendeu por restar configurado o dano moral *in re ipsa*, ou seja, de forma presumida, como nas hipóteses de cadastro de inadimplentes (Ag n. 1.379.761 e REsp n. 1.059.663); responsabilidade bancária (REsp n. 786.239, Ag n. 1.295.732 e REsp n. 1.087.487); atraso de voo (REsp n. 299.532 e Ag n. 1.410.645); diploma sem reconhecimento (REsp n. 631.204); equívoco administrativo (REsp n. 608.918); e, credibilidade desviada (REsp n. 1.020.936).

jurídico brasileiro para admissão de novos danos, senão daqueles previstos expressamente na Constituição Federal e no Código Civil, como os materiais e morais. Isto por que, no que concerne ao direito civil, vigora no Brasil, o sistema de cláusulas gerais que confere ao julgador uma margem de discricionariedade no enquadramento de situações lesivas como aptas a gerar a obrigação de indenizar.

Martins-Costa (2002) explica que esta preocupação em tipificar novas figuras de danos advém do sistema de responsabilidade civil italiano que determina a compensação dos danos extrapatrimoniais apenas nos casos expressamente previstos em lei, o que, como visto, não encontra amparo jurídico no Brasil, onde parece prevalecer uma cláusula geral de reparação de danos.

Por óbvio, que novos fatos jurídicos ensejadores de reparação surgirão à medida que a sociedade se transforma e evolui, cabendo ao magistrado, nos dizeres de Braga Netto, Farias e Rosenvald (2014, p. 344), “delimitar critérios para evidenciar a existência de um dano em uma linha de ponderação entre os interesses dignos de proteção de lesante e lesado”, o que se enquadrará inevitavelmente na classificação tradicional dos danos em patrimoniais e extrapatrimoniais.

A despeito disto, despontam figuras como a do dano estético a ladear os danos materiais e morais, sugerindo uma possível autonomia daquele em relação a estes. Esta conclusão depreende-se do teor da Súmula nº. 387 do STJ que expressamente admite a possibilidade de cumulação das indenizações provenientes de dano estético e dano moral, sem que isto se configure em um *bis in idem*.

Lopez (2002, p. 18) conceitua o dano estético como sendo "qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa da pessoa, modificação essa acarretando-lhe 'enfeamento' que por sua vez causa humilhação e desgostos, originando portanto uma dor moral". Na prática, Tartuce (2016, p. 438) explica que o dano estético ocorre quando alguém sofre “feridas, cicatrizes, cortes superficiais ou profundos em sua pele, lesão ou perda de órgãos internos ou externos do corpo, aleijões, amputações, entre outras anomalias que atingem a própria dignidade humana”.

Na contramão da autonomia do dano estético, alguns doutrinadores ainda sustentam que, se o dano extrapatrimonial é uma lesão à dignidade humana, o dano estético seria apenas uma espécie de dano moral, que resultaria da violação a integridade física de alguém, esvaindo-se, por isso, a possibilidade de cumulação de

indenizações. Stoco (2001, p. 1.657) compartilha deste entendimento ao afirmar que “em regra, o dano à estética pessoal é espécie do gênero dano moral”.

No entanto, no julgamento do REsp 65.393-RJ, o Superior Tribunal de Justiça defendeu a existência de uma distinção entre estes dois tipos de danos<sup>25</sup>, designando o dano estético como uma “alteração morfológica de formação corporal que agride a visão, causando desagrado e repulsa”. Já o dano moral, segundo a Corte, gera um “sofrimento mental – dor da mente psíquica, pertencente ao foro íntimo”.

Com vistas a sustentar esta autonomia do dano estético como uma terceira modalidade de dano, tem-se desenvolvido no âmbito da doutrina o entendimento de que a violação ao direito de imagem pode ser compreendida sob dois aspectos: a imagem-atributo que diz respeito à reputação de alguém diante da sociedade, ou seja, sua honra objetiva, cuja violação enseja a ocorrência de um dano moral; e a imagem-retrato, que diz respeito à representação ou forma plástica assumida por cada indivíduo, que atingida, geraria o dano estético. (CASTRO, 2000)

Como visto, a certeza do dano é um dos requisitos para a sua reparação. Assim, nem todo prejuízo será ressarcível, senão aquele certo quanto à sua existência. Esta assertiva é recorrente quando se discute a possibilidade de indenização dos lucros cessantes como uma espécie de dano patrimonial, posto que não se concebe a indenização daquilo que se encontra no plano das conjecturas.

Entretanto, como visto *en passant* ao discorrer-se sobre os requisitos do dano indenizável, tem-se admitido que ganhos prováveis que foram frustrados, sejam reparados, o que é propugnado pela teoria francesa *perte d'une chance*. Conforme apregoa Peteffi da Silva (2013, p. 13), “a chance representa uma expectativa necessariamente hipotética, materializada naquilo que se pode chamar de ganho final ou dano final, conforme o sucesso do processo aleatório”. Por conseguinte, a frustração de oportunidades concretas de auferição de uma vantagem podem ser indenizadas quando reais, dentro de um juízo de probabilidade.

Corrobora Tartuce (2016, p. 443) ao afirmar que “a perda de uma chance está caracterizada quando a pessoa vê frustrada uma expectativa, uma oportunidade futura, que, dentro da lógica do razoável, ocorreria se as coisas seguissem o seu

---

<sup>25</sup> No julgamento dos Recursos Especiais 84752/RJ, 203142/RJ e 103012/RJ, o STJ também confirma o entendimento acerca da distinção entre dano moral e dano estético.



curso normal”, o que não acontece pela interrupção causada pela conduta perpetrada pelo agente.

Petteffi da Silva (2013) ainda explica que a possibilidade da chance ser calculada estatisticamente lhe confere certeza quanto à sua existência, e, por via de consequência, reparabilidade.

Ante a inexistência de previsão legal expressa no ordenamento jurídico brasileiro para a reparação de chances, depara-se com verdadeira construção pretoriana acerca do tema, cujo protagonista é o Superior Tribunal de Justiça, que mediante a análise de recursos especiais, manifesta-se no sentido de estabelecer os parâmetros necessários para o acolhimento da referida teoria.

Cite-se como exemplo, o Recurso Especial 1.190.180/RS que entende que a chance perdida não possui natureza jurídica de dano emergente, tampouco de lucro cessante, figurando como uma terceira categoria, “algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado”<sup>26</sup>. Tanto que, para a fixação do quantum indenizatório da chance perdida, não se pode levar em conta o valor integral do lucro que seria provavelmente auferido. Neste caso, o juiz fixará o valor da reparação com base na chance em si, por meio de um cálculo estatístico razoável, a fim de evitar o enriquecimento ilícito. Deste modo, percebe-se que embora se trate de um proveito futuro que foi tolhido, o valor da indenização do dano derivado da chance perdida não se confunde com o valor do prejuízo material relativo aos lucros cessantes, pois aquele encontra-se no âmbito da probabilística.

Por isso, quanto às características do dano provocado pela chance perdida, entende o STJ que ele deve ser real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no espectro da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável”<sup>27</sup>.

Os civilistas parecem concordar que o dano proveniente da perda de uma chance não se enquadra nas categorias tradicionais de dano patrimonial ou extrapatrimonial, podendo, a depender do caso concreto, espriar seus efeitos nas duas esferas. Para tanto, veja-se o Enunciado nº. 444, aprovado na V Jornada de Direito Civil, realizada no ano de 2011:

---

<sup>26</sup> STJ. 4ª Turma, REsp 1190180/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 16/11/2010.

<sup>27</sup> STJ. REsp 1.104.665-RS, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 9/6/2009

A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.

A despeito de se considerar o dano como essencial para que haja responsabilidade civil, é possível verificar hipóteses em que o sujeito responderá sem que tenha havido um prejuízo efetivo. No âmbito da responsabilidade contratual, se os contratantes estabelecerem multa para o descumprimento parcial da obrigação, verificada a mora, a parte inadimplente suporta o ônus da sanção prevista, independentemente da existência de um dano. O Código Civil atesta essa possibilidade ao enunciar em seu artigo 416 que “para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo”. Exemplifica Fiuza (2015, p. 399): “Fernando aluga DVD, obrigando-se à restituição, no dia seguinte às 20h. se restituir o DVD às 20h01, deverá, a rigor, pagar a multa, e, seguramente, o atraso de um minutos não há de ter gerado dano”.

Flumignan (2009) explica este fenômeno ao diferenciar o dano-evento do dano-prejuízo. Para o autor, o dano-evento decorre da simples violação à norma legal ou contratual, caracterizando-o como lesão a um direito subjetivo ou interesse juridicamente protegido. Enquanto o dano-prejuízo seria a consequência da lesão experimentada concretamente no âmbito patrimonial ou existencial da vítima, sendo necessária a presença de ambos a fim de restar configurada a obrigação de indenizar.

Movidos pelo ideal de que a responsabilidade civil assume uma finalidade muito mais ampla do que simplesmente reparar um dano individual, Leal e Bonna (2017) ousam discordar da necessidade de demonstração do dano-prejuízo para que alguém seja responsabilizado civilmente, propugnando que o agente deva suportar o pagamento de uma verba indenizatória a título de punição pela simples ocorrência do dano-evento, a fim de que seja desestimulado a repetir o comportamento lesivo. A punição do indivíduo pelo simples “risco de exposição”, sem a concretude do dano, produziria um efeito intimidador em relação aos demais membros da coletividade, servindo de contenção de condutas e prevenção de futuros ilícitos.

Carrá (2015, p. 04) é categórico ao afirmar que “não existe uma Responsabilidade Civil sem danos, ou preventiva, na medida em que esse constitui

um de seus elementos fundantes; não podendo ser dissociado dela”. No entanto, a partir do avanço conceitual de dano como lesão a interesses juridicamente protegidos, o autor defende que uma vez concretizado o prejuízo, e não uma mera potencialidade de sua ocorrência, este deve ser não apenas reparado, mas sancionado por meio de penas privadas, o que segundo o autor, surtiria um efeito preventivo de novos danos, permitindo “uma gestão mais efetiva dos eventos danosos na sociedade contemporânea”.

O aprofundamento desta questão será realizado no terceiro capítulo deste trabalho<sup>28</sup>, quando então será abordada a chamada “multifuncionalidade” da responsabilidade civil.

Por fim, é inegável que, ao longo do tempo, o elemento “dano” assumiu posição de destaque no estudo dos pressupostos da obrigação de indenizar, evoluindo em seu conceito e se abrindo para novas possibilidades de lesões reparáveis. No entanto, percebe-se também a existência de corrente doutrinária defendendo a não essencialidade do dano para que se impute responsabilidade civil. Todas estas contribuições doutrinárias parecem captar as transformações ocorridas na sociedade, imprimindo-lhes versões que sejam capazes de responder aos anseios sociais. No entanto é necessária uma ponderação inteligível e razoável destes contributos, pois não se sustenta a concepção de que os problemas da vida pós-moderna serão solucionados a partir do desprezo às bases dogmáticas seculares que estruturaram a responsabilidade civil. A abertura conceitual é inevitável e a adequação dos institutos também. Entretanto, a discussão é necessária para que o rigor metodológico seja mantido.

## **2.2 A funcionalização dos institutos de direito privado**

A discussão em torno da função do direito não é recente e guarda relação com o enfraquecimento da dicotomia entre direito público e privado, cuja teorização remonta ao século II da Era Cristã, sendo atribuída ao jurisconsulto romano Ulpiano, cuja ideia, embora questionada quanto à sua autoria, encontra-se agasalhada nas Institutas de Justiniano que enuncia “*publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publica utilia,*

---

<sup>28</sup> Ver tópico 4.4

*quaedam privatum*<sup>29</sup>. Em Roma, esta divisão era clarividente: o direito privado versava sobre a utilidade de cada um<sup>30</sup> e o direito público consistia no regramento sobre o que era sacro e de interesse dos sacerdotes e magistrados<sup>31</sup>. (CORREIA, SCIASCIA e CORREIA (1955, v. 2, p. 301-302).

A necessidade de construção de um espaço de liberdade que garantisse ao indivíduo o exercício pleno de sua vontade, sem interferência do Estado, mas por ele assegurado, reforça a separação entre os direitos público e privado, que nos séculos XVII e XVIII, encontrou arrimo na obra de John Locke, para quem o homem, no estado de natureza, já gozava de direitos básicos. No entanto, o exercício de tais direitos vivia sob constante ameaça em razão da ausência de um governo civil que ao tempo em que os reconhecesse, também impedisse sua violação por parte de terceiros. Em razão disso, Locke justifica o contratualismo, a partir da necessidade de constituição de uma sociedade organizada em duas dimensões, a saber, uma dimensão pública que se preocuparia em organizar o Estado e sua estrutura e uma dimensão privada, que se ocuparia em regular a vida das pessoas, garantindo-lhes o pleno exercício de suas liberdades individuais. Tais esferas se extremavam na medida em que eram regidas por estatutos próprios: a Constituição que estabeleceria as regras que disciplinariam as relações verticais, ou seja, o vínculo jurídico existente entre as pessoas e o Estado; e Código Civil que se afigurava como a “Constituição do Direito Privado”, pois cuidava de disciplinar a vida do homem comum, desde o nascimento até a sua morte. (BOBBIO, 2007)

As bases romanistas que influenciaram o direito continental europeu, notadamente o direito francês, fortaleceram a divisão entre o público e o privado, enaltecendo a supremacia do Código Civil como instrumento de normatização da vida dos indivíduos no início do século XIX.

Não menos importante para a compreensão acerca da funcionalização do direito é a dicotomia tradicional existente entre direito positivo e direito natural, que embora, conforme Bobbio (1995), tenha dominado o pensamento jurídico ocidental, assume maior relevância no final do século XVIII.

---

<sup>29</sup> Tal expressão pode ser traduzida livremente para: “Direito público é o que diz respeito ao estado romano; privado, o referente ao interesse dos indivíduos: na verdade, algumas coisas são úteis publicamente, outras privadamente.”

<sup>30</sup> “*ius privatum est quod ad singulorum utilitatem spectat*”

<sup>31</sup> “*publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit*”

No período clássico, não se considerava o direito natural como superior ao direito positivo, sendo aquele um direito mais genérico e este um direito específico de uma dada coletividade, prevalecendo o direito positivo quando conflitasse com o natural. Tal concepção se modifica no período medieval, momento em que o direito natural é tido como superior ao direito positivo por acreditar se originar da própria vontade de Deus. Abstrai-se, portanto, que ambos eram qualificados como direito, a despeito de sofrerem valoração a depender do momento histórico em que são analisados. O fim da Idade Média e o nascimento do Estado Moderno contribuíram fortemente para que a concepção jusnaturalista fosse superada pelo chamado positivismo jurídico, na medida em que concentrou nas mãos do Estado, o monopólio da produção normativa.

Dentre os expoentes do juspositivismo, destaca-se o austríaco Hans Kelsen para quem o direito enquanto ciência deveria ser visto de forma neutra e isolada de valorações metafísicas, através de uma pureza metodológica.

A Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen influenciou o pensamento jurídico moderno sob o ponto de vista de enxergar o direito em seu aspecto meramente estrutural à medida que propugnava pela neutralidade da ciência jurídica, desvinculando-a de qualquer elemento social, político ou econômico, evitando com isto, o “sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto” (KELSEN, 2009, p. 2)

Bobbio (2007, p. 199) aduz que “o termo ‘estrutura’ é usado pelo próprio Kelsen em algumas passagens cruciais de sua teoria”, que se refere ao ordenamento jurídico como um sistema estrutural, de cuja análise se ocupa a ciência do direito, não havendo uma preocupação com os objetivos a serem perseguidos e alcançados pela norma.

Mesmo no início do século XX, já se questionava acerca da necessidade de averiguação dos fins ou funções do direito. Ehrhardt Jr. e Farias (2017) destacam que neste período, a doutrina alemã travou debates importantes sobre as visões estrutural e funcional do direito, ao confrontar o positivismo jurídico com a necessidade de uma interpretação normativa que visasse à realização da justiça.

É que na metade do século XX, mais precisamente após o fim da 2ª Guerra Mundial, discute-se com certo ceticismo o método juspositivista, em razão das inúmeras atrocidades perpetradas pelos sistemas totalitários europeus. Percebe-se a necessidade de introdução de valores éticos não apenas na interpretação da

norma, mas, sobretudo, em sua positivação. Na visão de Marmelstein (2008), a despeito de representar uma maioria, o legislador pode se constituir no maior dos tiranos, se a lei por ele aprovada não apresentar um conteúdo humanitário. O ambiente apresenta-se propício para o surgimento do movimento chamado “pós-positivismo”, cuja pauta rediscute a relação entre direito e moral com vistas a considerar aspectos éticos na definição do conceito de direito. Assim, o processo de redemocratização da Europa fora marcado pela incorporação de pautas morais nas cartas políticas de seus países, que em sua grande maioria, se inspiraram nas Declarações de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU). Barroso (2007) confirma esta tendência do novo direito constitucional ao afirmar que o pós-positivismo é o seu marco filosófico.

Trilha-se o caminho para uma funcionalização do direito.

### *2.2.1 Estrutura e Função do direito: dialogicidade necessária*

Numa perspectiva supracientífica, pode-se afirmar que o direito é cultural, o que equivale dizer, é o reflexo da conjunção de inúmeros fatores econômicos, históricos e políticos. No entanto, é o elemento humano o fator imprescindível para a eclosão do fenômeno jurídico, que será o reflexo de como estes sujeitos agem, interagem e se comportam em determinada era. Pode-se inferir, destarte, que o direito enquanto produto destas externalidades, não possui um fim em si mesmo, senão de existir exclusivamente para as pessoas que, ao mesmo tempo, o criam e por ele são afetadas. (REALE, 2006)

Não sem razão, Azevedo (2015, p. 1) relembra que “já ponderavam os romanos que por causa dos homens todo o direito foi constituído”. Se é assim, as normas possuem destinatários, cujos interesses individuais ou coletivos devem ser observados, no momento de sua aplicação.

Como se pode denotar das considerações feitas anteriormente, a funcionalização do direito é um movimento que guarda relação com a intensidade de intervenção estatal nas relações entre os particulares. Pois, a partir do momento em que o Estado deixa de ser um mero expectador e passa a intervir de forma mais direta nas relações intersubjetivas, tem-se uma tutela mais abrangente da pessoa.

Assim, a simbiose entre o público e o privado, classicamente separados de forma estanque, termina por promover a absorção dos institutos tipicamente

privatistas pelas constituições políticas, antes circunscritas a questões organizacionais. Como exemplo disto, no Brasil, prevê a Constituição Federal de 1988 que a propriedade deve atender uma função social (artigo 5º, inciso XXIII), que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna (artigo 170) e que a família por ser a base da sociedade, tem especial proteção do Estado (artigo 226).

Tais dispositivos demonstram claramente uma preocupação do Estado em não apenas assegurar aos cidadãos o exercício de um direito subjetivo, mas, sobretudo, que, ao exercer tais direitos, os fins propostos pelo ordenamento jurídico como um todo seja alcançados.

Para isto, o artigo 5º do Decreto-Lei nº. 4.657/1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro preleciona que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. A *mens legis* deste dispositivo sinaliza a necessidade de identificação da finalidade da norma, a fim de que esta seja alcançada quando de sua interpretação e a aplicação. Esta realidade deve deslocar a atenção do exegeta para um amplo programa de investigação hermenêutica a fim de desvendar os perfis funcionais dos institutos jurídicos, nem sempre explícitos na literalidade da lei.

Muito mais que aplicar a regra a partir de um critério de subsunção, identificando os elementos estruturais de um instituto em um caso concreto e os encaixando na previsão legal, é preciso averiguar qual a finalidade da norma, que deve guardar estreita relação com a função do direito num determinado ordenamento jurídico.

Vale explicitar: a finalidade da norma em sentido estrito distingue-se da função do direito objetivo à que ela está subordinada.

Assim, para uma correta aplicação das normas jurídicas, é preciso ir além do objetivo em sentido estrito da norma, pois este pode ser extraído facilmente dos elementos estruturais de cada instituto jurídico em análise. A título exemplificativo, cite-se a regra contida no artigo 391 do Código Civil, que estabelece um princípio de responsabilidade contratual ao determinar que “pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”. Resta claro que a finalidade da norma é garantir ao credor a satisfação do seu crédito mediante o alcance dos bens do devedor. No entanto, sob a perspectiva funcional do direito, que é mais ampla e tem a ver com uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, pode-se afirmar

que nem todos os bens do devedor poderão ser penhorados, resguardando-se da constrição judicial, o seu bem de família, por se reconhecer o direito à moradia como direito fundamental.

Necessário, portanto, um diálogo entre estrutura e função para uma correta interpretação e aplicação do direito, pois se a austeridade da norma, desprovida de uma análise sistêmica, sujeita o julgador ao legalismo, capaz de ensejar injustiças, é possível também concluir que o alcance finalístico da norma a qualquer custo, sem a consideração de um rigor metodológico, pode provocar um decisionismo perigoso, como se os fins justificassem os meios. Adverte Barroso (2007, p. 22) que “a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais”.

Explicando o significado de funcionalização do direito, Fiuza (2015) destaca que não se pode desprezar a construção dogmática em torno da estrutura dos institutos, até por que a análise feita pelo julgador inicia-se a partir dos elementos que os compõem. No entanto, deve-se levar em conta a função que o instituto exerce para que o bem do ser humano seja alcançado. Assim, é indispensável, por exemplo que um negócio jurídico seja celebrado por agente capaz, que seu objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável e que a forma não seja defesa em lei, mas, além disso, é preciso que ele atenda aos ditames propostos pela função social.

Por óbvio que a finalidade dos institutos jurídicos é variável no tempo, pois reflete os valores de uma sociedade em cada época, os quais evoluem e se modificam de acordo com a racionalidade desenvolvida num dado momento. No que concerne ao direito privado, é perceptível a ocorrência de uma mudança de enfoque nos seus institutos mais emblemáticos, a saber, a família, a propriedade e o contrato. A perspectiva funcional é enfatizada no sentido de enxergar tais institutos para além de sua estrutura, ou seja, como instrumentos para a realização dos interesses dos sujeitos de direitos.

Transpondo tais considerações para o âmbito do presente trabalho, importa investigar de que forma esta funcionalização dos institutos jurídicos aplica-se à disciplina da Responsabilidade Civil, de modo que uma abordagem meramente estruturalista seja suplantada e a finalidade hodierna do instituto seja alcançada.



### 2.2.2 A função promocional da Responsabilidade Civil

Quando se fala em funcionalização do direito e transporta-se esta ideia para o campo da responsabilidade civil, vislumbra-se a necessidade de superação de uma análise meramente estrutural da obrigação de indenizar, que neste caso, se concentraria basicamente na caracterização de seus pressupostos (conduta, nexos causal e dano) para uma verificação dos ideais propostos pelo sistema jurídico em que a norma está inserida.

Atualmente, a aplicação das regras atinentes à responsabilidade civil no Brasil parece seguir esta concepção funcional do direito, o que pode ser percebido da análise de decisões relativas à flexibilização do nexos causal e enquadramento de novas situações lesivas como reparáveis.

No entanto, numa perspectiva mais ampla, entender o fenômeno jurídico a partir de sua função nos remete a uma análise necessária da própria teoria do direito, que conforme Bobbio (2007, p. 53), por muito tempo se preocupou mais em saber “como o direito é feito” do que “para que o direito serve”.

O estudo acerca da evolução histórica da responsabilidade civil é indispensável para a exata compreensão de sua função ou funções, posto que o desenvolvimento da racionalidade humana no tempo produz variações no modo pelo qual os conflitos são resolvidos. Assim, pode-se associar a fase primitiva conhecida como “vingança privada” à função punitiva, na medida em que a possibilidade do uso da força por parte da vítima para “fazer justiça com as próprias mãos” era o meio pelo qual se satisfazia os interesses do lesado, que neste caso era a mera retaliação. Com a introdução dos meios autocompositivos e heterocompositivos de resolução de conflitos, o sentimento de retaliação dá lugar à constatação das vantagens da reparação pecuniária, aproximando a responsabilidade civil da função reparatória. Cogita-se hodiernamente de uma função precaucional, na medida em que se antecipa a responsabilidade do agente, a fim de se evitar a concretização dos danos ou diminuir-lhe a incidência<sup>32</sup>.

É certo que, independente da fase histórica em que se analise a responsabilidade civil na sociedade, é nítida a sobressalência de uma natureza jurídica sancionatória, ou seja, a coercibilidade da norma que estabelece a

---

<sup>32</sup> Sobre o aprofundamento teórico acerca das funções da responsabilidade civil, ver Capítulo 3 desta dissertação.

obrigação de indenizar intimida o indivíduo e o constrange a não praticar comportamentos que venham gerar danos a terceiros.

A própria doutrina civilista classicamente expõe a matéria a partir de uma concepção calcada na herança romana que enxerga o direito como um simples conjunto de normas negativas, ou seja, de proibição de comportamentos, *exempli gratia*, o preceito do jurisconsulto Ulpiano de que a ninguém se deve lesar (*neminem ledere*).

Nelson Rosenvald explica que isto acontece por que a moralidade humana valoriza muito mais os males que decorrem da ação humana do que aqueles decorrentes de inúmeras omissões cotidianas. Assim, por exemplo, não violar a imagem do outro parece ser mais importante do que exaltá-la.

É um fato básico que é mais fácil prejudicar os outros do que beneficiá-los. Nossa responsabilidade é baseada na causalidade, assim, sentimo-nos responsáveis por um resultado, conforme a nossa contribuição ativa para ele. Intuitivamente, cremos que somos muito mais responsáveis pelo mal que causamos por nossos atos do que pelos males cotidianos derivados de nossas omissões. Por isso, todos os deveres morais e obrigações nos impelem a não ofender a incolumidade de terceiros, sem que existam deveres positivos que estimulem os indivíduos ao altruísmo. Tudo isso explica a enorme aversão que temos diante de perdas, sem que haja uma inversa atração pelos ganhos sociais de comportamentos beneméritos, que possam irradiar esperança e solidariedade. (ROSENVOLD, 2017, p.181)

No âmbito do direito contratual, verifica-se uma mudança de paradigmas no sentido de valorizar comportamentos positivos por meio da imposição da boa-fé objetiva, que segundo a melhor doutrina, cria deveres anexos como a lealdade e confiança recíprocas, fazendo com que as partes contratantes cooperem para a consecução dos fins almejados. Desta forma, os contratantes são estimulados a cumprir um padrão de conduta ética, cujo prêmio é a própria execução do objeto contratado. (ROSENVOLD, 2017)

Bobbio (2007) critica a concepção tradicional do direito que lhe atribui exclusivamente a função de proteger os atos lícitos e reprimir os atos ilícitos. Segundo o jusfilósofo, o Estado contemporâneo não se contenta com esta teoria reducionista, propugnando, portanto, cada vez mais por uma função promocional do direito, através das chamadas técnicas de encorajamento.

A passagem do Estado liberal para o Estado social altera substancialmente a imagem vetusta do direito como conjunto de regras de cunho repressivo. Isto é perceptível ao se analisar as cartas políticas de Estados pós-liberais, *exempli gratia*,

a Constituição Brasileira atual, as quais apontam para uma ampliação funcional, a medida que não apenas garantem ou tutelam direitos, mas os promovem, através do fomento e do incentivo.

Conforme Bobbio (2007), um ordenamento protetivo-repressivo se distingue de um promocional por que

ao primeiro, interessam, sobretudo, os comportamentos não desejados, sendo seu fim precípua impedir o máximo possível a sua prática; ao segundo interessam, principalmente, os comportamentos socialmente desejáveis, sendo seu fim levar a realização destes até mesmo aos recalcitrantes.

O Estado Liberal produz normas de cunho protetivo-repressivo ao atuar por meio de mecanismos indiretos que visam dificultar um comportamento indesejado ou, na sua ocorrência, sancioná-lo negativamente. Tome-se como exemplo, o conteúdo do artigo 927 do Código Civil que impõe aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, a obrigação de repará-lo.

O Estado Social ou Pós-Social, caracterizado por atuar de forma direta na ordem econômica e na gestão dos negócios privados, se utiliza também de técnicas indiretas, mas no sentido de incentivar os comportamentos lícitos e socialmente desejáveis, prevendo sanções positivas ou premiaias para aqueles que observarem a lei. Como exemplo, cita-se o Pagamento ou Incentivo a Serviços Ambientais, previsto no artigo 41, inciso I da Lei nº 12.651/12 (Novo Código Florestal) que remunera aquele que contribui para a preservação do meio ambiente.

A Constituição Federal de 1988 contém elementos que a caracterizam como um diploma de cunho promocional, pois além de reconhecer e proteger direitos, verificam-se normas de conteúdo programático, como a prevista no artigo 3º, inciso IV que determina ser objetivo da República, "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação", dentre outras.

Entretanto, na esfera infraconstitucional, mais especificamente no campo da responsabilidade civil, parece remanescer ainda como regra, uma concepção repressiva da norma, o que leva Rosenvald (2017) a sugerir a absorção da função promocional do direito, no sentido de premiar condutas que visem evitar ou minorar a produção de danos, o que produziria um efeito pedagógico muito mais efetivo do que aplicação de uma pena.

Como exemplo de norma inspirada na função promocional, o autor cita o artigo 945 do Código Civil que prevê uma mitigação equitativa do valor da indenização, quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. No entanto, como expressamente o dispositivo se refere à culpa concorrente, tem-se defendido no âmbito da doutrina, a impossibilidade de sua aplicação às hipóteses de responsabilidade objetiva, que independem de culpa, como é o caso das relações de consumo. Assim, se alguém exerce uma atividade de risco, com elevada potencialidade lesiva, vindo o dano a se concretizar, eventual informação acerca do cuidado e proteção dada à vítima com vistas a minorar os efeitos nocivos, será irrelevante para efeitos de fixação do valor da indenização.

Questiona o autor, portanto, que estímulo teria o fornecedor de produtos ou serviços que despense recursos, que poderiam inclusive resultar em investimentos geradores de lucros, para implementar mecanismos de prevenção de danos, se a sua conduta não repercutirá no resultado de uma ação indenizatória?

Pelo contrário, o que se verifica muitas vezes é que uma norma repressiva que sanciona negativamente um comportamento lesivo, termina por produzir um dano eficiente, pois sob o ponto de vista econômico é mais vantajoso pagar a indenização do que investir em prevenção de danos (FIUZA, 2015).

Respondendo ao questionamento proposto, Rosenvald (2017) sugere para o caso de atividades potencialmente danosas, a adoção de três regras: o agente econômico que agisse com ausência de diligência, além de reparar o dano, seria punido com a imposição de uma pena civil. Aquele que agisse com diligência ordinária, ficaria obrigado a reparar o dano e não sofreria o ônus da pena civil, o que neste caso seria uma sanção positiva, sob o ponto de vista de não ser obrigado a pagar a indenização punitiva. Aquele que agisse com diligência extraordinária, além de não pagar a indenização punitiva, seria premiado com sua inclusão em uma espécie de cadastro positivo de agentes econômicos, que não necessariamente poderia lhe acarretar benefícios econômicos diretos, mas contribuiria sem dúvidas para o incremento do seu negócio, tornando-o bem visto na sociedade, o que é deveras importante em um mercado cada vez mais competitivo como o que se apresenta hoje.

Nada obsta que sanções premiaias como incentivos fiscais, facilidade em financiamentos ou redução de juros sejam também utilizados como técnicas de encorajamento, a fomentar a tomada de decisões que prestigiem os

comportamentos conformes ao direito, o que geraria sobretudo, um efeito pedagógico notório, pois o exemplo dado pelo agente econômico diligente afastaria os incautos e educaria os concorrentes para o exercício de ações louváveis.

Dantas (2013, p. 16), ao discorrer sobre o papel transformador das sanções premiais como expressão da função promocional do direito, aduz que

esses comportamentos socialmente desejados e incentivados podem acabar sendo incorporados pelo inconsciente popular, de modo a serem condutas esperadas, colocando em xeque comportamentos pretéritos, vistos, agora, como nocivos. Dessa maneira, a sociedade evolui, e, em consequência, o direito como ordem social também se transforma.

Indiscutível é a insuficiência de uma visão unicamente estrutural do ordenamento jurídico, a enxergar o direito como uma mera técnica de controle social, estática, passiva e repressora. A ênfase no modelo funcionalista vê no direito, um instrumento eficaz de alteração da realidade social, dinâmico, ativo e estimulador de condutas benéficas para a sociedade.

Afiguram-se razoáveis as propostas teóricas de aplicação da função promocional do direito no âmbito da responsabilidade civil, haja vista que o estabelecimento de sanções premiais não coloca em cheque as bases estruturais do instituto, as quais são igualmente necessárias para a correta e eficaz aplicação do direito, pois conforme Fiuza (2105), a relação entre estrutura e função é de complementaridade.

Para responder as indagações provocadas pelas transformações da contemporaneidade, é preciso equilíbrio. Fachin (2015, p. 181) reporta-se a Orlando Gomes ao definir a fórmula necessária para atender aos reclamos dos dias atuais: “aos novos tempos, um renovado Direito, balizado no equilíbrio entre *inovação* e *conservação*”.

### **3 A TUTELA DOS INTERESSES METAINDIVIDUAIS E A CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA DOS DANOS NA ESFERA COLETIVA**

No capítulo anterior, ao tratar sobre a estrutura da responsabilidade civil, buscou-se investigar se de fato, há a necessidade de configuração simultânea dos elementos, considerados pressupostos da responsabilidade civil pela civilística moderna, para que exsurja a obrigação de indenizar. Da análise resultou a compreensão de que a evolução da vida em sociedade trouxe consigo novos contextos que exigiram do julgador, e, conseqüentemente do legislador, uma adequação da dogmática construída em torno da matéria. Dentre as transformações apreendidas, ressalte-se a importância assumida pelo elemento “dano”, na medida em que a culpa perde seu caráter de essencialidade, devido à expansão das hipóteses de responsabilidade objetiva, e diante da flexibilização do nexo de causalidade, operada em grande parte pela intensa atividade jurisprudencial.

O enfraquecimento da rigidez destes dois elementos, a saber, a culpa e o nexo causal, terminam por ensejar uma atenção maior dos juristas na delimitação daquilo que pode ser reparado, levando a doutrina a construir uma teoria dos danos, cujo alicerce é o estabelecimento de critérios para a compreensão do que seria um dano ressarcível. Assim, a barreira de contenção aberta pelos outros dois elementos é transferida para a área de circunscrição dos chamados “danos indenizáveis”<sup>33</sup>.

Consequência desta teorização do dano, que antes era visto, nas palavras de Dias (2006), como o elemento que menos suscitava controvérsia, intensifica-se o debate acerca do conceito de dano moral, especialmente a partir do movimento de repersonalização do direito privado que viu na cláusula geral da personalidade, expressa pelo princípio da dignidade humana, uma expansão das situações jurídicas existenciais merecedoras de tutela. Tudo isto leva a doutrina contemporânea a propugnar uma reformulação conceitual do dano moral para desassociá-lo da ideia de sofrimento ou dissabor experimentado pela vítima, e centrando-se especialmente na natureza do interesse jurídico violado (MORAES, 2003).

Para além deste balizamento proposto para o conceito de dano, a teorização deste elemento da responsabilidade civil também sofre o impacto advindo da incorporação dos valores preponderantes na sociedade pós-moderna, onde,

---

<sup>33</sup> Sobre este assunto, ver tópico 1.1.2.

segundo Levy (2012, p. 7), “o fortalecimento do indivíduo é ironicamente associado a um sistema econômico de massificação”.

O fenômeno da massificação social que marca a sociedade contemporânea é resultado inegável da evolução dos sistemas de produção, o que pode ser percebido, por exemplo, a partir da análise dos efeitos que a ideologia econômica então dominante, produz nas relações sociais.

Analisando a presente conjuntura social, Levy (2012) denuncia que a lógica sob a qual se fundamenta a economia de mercado imposta pelo capitalismo pós-moderno desumaniza as pessoas, transformando-as em um mero dado estatístico, à medida que as enxerga apenas como consumidores.

Maria Cecília Máximo Teodoro afirma que o capitalismo moldado por essa lógica transforma toda a sociedade em consumidores compulsivos que se caracterizam por desejar incessantemente adquirir bens oferecidos através de elaboradas estratégias de marketing. O consumidor passa a adquirir produtos não por que são necessários à sua subsistência, mas simplesmente para satisfazer um ego insuflado pela propaganda. A aquisição de determinado bem realoca o indivíduo em uma classe da sociedade, instigando-o por isso ao consumismo desenfreado. Com isto, o sujeito, esquecendo sua identidade e história, constrói sua vida com base naquilo que consome (TEODORO, 2017).

Transpondo estas considerações para o âmbito da responsabilidade civil, e aplicando esta lógica à teoria dos danos, tem-se que o consumo em massa, conseqüentemente, acarretará uma massificação dos danos, oriundos de produtos ou serviços defeituosos. Para exemplificar este raciocínio, Levy (2012) menciona o caso americano *Sindell versus Abbott Laboratories*, que dizia respeito à comercialização de medicamento, cujo princípio ativo era a substância diethylstilbestrol (DES), indicado para evitar o aborto espontâneo em mulheres grávidas, mas que fora constatado posteriormente que potencializava o surgimento de câncer em seus filhos. No caso concreto, a pretensão das autoras esbarrou na impossibilidade de identificar o fabricante da droga, haja vista a multiplicidade de laboratórios que a fabricavam, o que não foi óbice para que a Suprema Corte da Califórnia determinasse a responsabilização de todos os fabricantes de acordo com suas parcelas no mercado, aplicando o *market share liability*<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> A teoria da responsabilidade por parcela do mercado fora elaborada pelo Professor Glen O. Robinson, da Universidade de Virgínia, com base no caso em questão para determinar a

O fundamento para aplicação deste raciocínio fora o estágio evolutivo da ciência e da tecnologia alcançado na contemporaneidade, as quais criam bens capazes de produzir danos sem que seja possível identificar o produtor de forma exata.

Bobbio (1996, p. 34), captando as lacunas abertas pelas mudanças sociais, afirma que

não é preciso muita imaginação para prever que o desenvolvimento da técnica, a transformação das condições econômicas e sociais, a ampliação dos conhecimentos e a intensificação dos meios de comunicação poderão produzir mudanças na organização da vida humana e das relações sociais que criem ocasiões favoráveis para o nascimento de novos carecimentos e, portanto, para novas demandas de liberdade e de poderes.

Além do componente socioeconômico delineado acima, sobreleva destacar o substrato jurídico que fundamenta a necessidade de se construir uma teoria dos danos na esfera coletiva, qual seja, a valoração normativa do solidarismo social, que no Brasil, alça ao status de princípio constitucional a orientar todo o ordenamento jurídico. Até a promulgação da Constituição Federal, a acepção jurídica do termo “solidariedade” vinculava-se ao direito obrigacional, possibilitando que numa pluralidade de credores ou devedores cada um tenha direito, ou seja obrigado à dívida toda.

No entanto, após a Segunda Guerra Mundial, com a queda do nazifascismo na Europa e a busca pelo implemento de uma cultura de paz que substituiu o individualismo que marcou o século XIX, o ideal de solidariedade assume valoração jurídica, sendo incorporado ao ordenamento brasileiro por meio da Constituição Federal de 1988 que em seu artigo 3º destaca como objetivos, finalidades de cunho coletivo, tais como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I), a erradicação da pobreza e marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (inciso II) e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV). Todos estes incisos, e não apenas o primeiro, revelam a preocupação do legislador constituinte em tutelar interesses supra individuais.

---

responsabilidade de acordo com a parcela de mercado ocupada por cada empresa que exerce uma atividade potencialmente lesiva, quando o dano se concretizar. (ROBINSON, Glen O. Multiple causation in tort law: reflections on the DES cases. *Virginea Law Review*, 713, 1982.)



Ao traçar como objetivo da República, “construir uma sociedade justa, livre e solidária”, não está o legislador constituinte instituindo o dever de ser beneficente ou de praticar a caridade, mas sob o ponto de vista jurídico, está avocando para si a obrigação de implementar políticas públicas para alcançar tais finalidades, ao tempo em que assegura direitos individuais, impondo ao indivíduo o dever de exercitá-los em prol de interesses que beneficiem a coletividade.

Maria Celina Bodin de Moraes explica que a pessoa humana deve ser analisada levando-se em conta o meio social em que está inserida, razão pela qual, a garantia e o exercício dos direitos individuais somente se justifica dentro de contextos sociais. Nesta perspectiva, os interesses coletivos são se afiguram como limites ao exercício dos direitos individuais, mas estes encontram naqueles, a razão de sua existência e finalidade (MORAES, 2003).

Nesta mesma esteira, Léon Duguit sustentava que

Não é razoável afirmar que os homens nascem livres e iguais em direitos, mas sim que nascem partícipes de uma coletividade e sujeitos, assim, a todas as obrigações que subentendem a manutenção e desenvolvimento da vida coletiva. [...] Se uma doutrina adota como lógica definida a igualdade absoluta e matemática dos homens, ela se opõe à realidade e por isso deve ser prescindida. (DUGUIT, 1996, p. 16/17)

Também no âmbito do direito privado, são inúmeras as normas de natureza infraconstitucional que demonstram a acolhida dos ideais de solidariedade, especialmente no que concerne à família, aos contratos e ao direito de propriedade. O reconhecimento de novos arranjos familiares, a igualdade entre filhos e entre cônjuges, a função social do contrato, da posse e da propriedade são apenas alguns exemplos de superação do individualismo oitocentista que aprisionava o direito em uma concepção essencialmente patrimonialista.

Miguel Reale, idealizador do Código Civil de 2002, atento à necessidade de alinhar as normas civis brasileiras ao novo formato desenhado pelas relações sociais contemporâneas, e sem descurar da importância do saber jurídico construído ao longo do tempo, estabelece como pilares da novel codificação, os princípios da operabilidade, eticidade e socialidade, sendo este último, o elemento que se alinha ao princípio constitucional da solidariedade para trazer às relações privadas, a ideia de prevalência dos valores coletivos sobre os individuais (REALE, 1998).

Destaque-se por derradeiro que, embora o direito civil brasileiro se alicerce sobre o pilar da socialidade, o que por si só, subsidia o julgador a decidir conflitos individuais levando-se em conta o interesse coletivo, ainda é possível afirmar que a norma constitucional que objetiva construir uma sociedade calcada na solidariedade, embora de caráter programático, possui eficácia horizontal, ou seja, pode ser aplicada imediatamente às relações privadas. Para tanto, adverte Sarmiento (2010) que o princípio da solidariedade não pode ser compreendido como uma agenda meramente política sem produção de efeitos concretos. Sua eficácia é imediata na medida em que funciona como vetor hermenêutico para subsidiar a aplicação da norma, seja ela de direito público ou direito privado. Tal posicionamento é compartilhado por Sarlet (2010) ao invocar a previsão constitucional contida no parágrafo 1º do artigo 5º que prevê a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

A acolhida deste entendimento no âmbito do direito privado é desafiador, pois a invocação das normas constitucionais para solucionar conflitos privados pode sugerir um abalo estrutural neste ramo do direito, cujo cerne é autonomia da vontade. No entanto, a fim de conciliar os interesses privados com os coletivos, Ingo Wolfgang Sarlet propõe que a aplicação das normas constitucionais às relações privadas seja precedida de uma análise tópico-sistemática acerca das peculiaridades do caso concreto, assim como ocorre na hipótese de colisão entre direitos fundamentais, quando por meio da ponderação dos valores envolvidos, um interesse ou direito se sobrepõe ao outro, sempre atentando para que, na escolha da norma ou interesse a se prestigiar, não se sacrifique completamente os valores contrapostos, preservando ao máximo sua essência (SARLET, 2010).

Destarte, diante dos fundamentos socioeconômicos e jurídicos delineados, Levy (2012, p. 11) arremata ao declarar que “a tutela dos interesses jurídicos deixou uma órbita individual, a fim de alcançar um aspecto coletivo”.

### **3.1 Patrimônio coletivo e a coletividade como sujeito de direitos**

Segundo a tradição romano-germânica, as relações jurídicas essencialmente privadas se estruturam a partir da existência de vínculos que conectam os sujeitos de direito entre si, tendo em vista seus interesses patrimoniais em torno dos bens da vida. Por óbvio que tais relações são antes de tudo, sociais, e refletem a maneira

pela qual as pessoas interagem com o meio em que vivem. Assim, a incidência da norma jurídica sobre os fatos sociais origina as mais variadas espécies de relações jurídicas, tantas quantas possam ser as variações dos fatos sociais e sua disciplina jurídica. (REALE, 2006)

As relações jurídicas obrigacionais dizem respeito ao vínculo jurídico que confere ao credor (sujeito ativo), o direito de exigir do devedor (sujeito passivo), o cumprimento de determinação prestação (dar, fazer ou não fazer). A configuração dos elementos que compõem esta espécie de relação jurídica, além de estruturá-la no plano da existência, impõe a obediência a certos requisitos fixados pela ordem jurídica com vistas a conferir-lhe validade. Assim, de acordo com o artigo 104 do Código Civil, os sujeitos (credor e devedor) devem ser capazes civilmente; o objeto (a prestação) deve ser lícito, possível, determinado ou determinável; e a forma, livre, quando não prescrita ou defesa em lei.

No que concerne aos sujeitos de uma relação jurídica, define ainda a doutrina clássica que credor e devedor devem ser determinados, admitindo-se excepcionalmente a possibilidade de serem determináveis. Esta indeterminação deve ser relativa e transitória, pois no momento do cumprimento da obrigação, os sujeitos devem ser conhecidos. Quanto ao objeto exige-se também a necessidade de definição, pois se deve conhecer o gênero, a quantidade e a qualidade da prestação a ser cumprida pelo devedor, admitindo-se quanto à obrigação de dar, que a coisa seja incerta, ou seja, definida ao menos pelo gênero e quantidade. Neste caso, assim como na demarcação do sujeito, a indeterminação é relativa, posto que no momento da concentração do débito (pagamento), a coisa incerta deverá se transformar em certa, definindo-se a qualidade. (VENOSA, 2005)

Conforme se percebe, a determinação de direitos e deveres nas relações jurídicas entre as pessoas se assenta tradicionalmente em torno da esfera jurídica individual, seguindo critérios mais ou menos rigorosos de definição tanto dos sujeitos quanto do objeto. Ainda que se admita, por exemplo, a multiplicidade de credores ou devedores como nos caso das obrigações solidárias, o que ocorre é apenas a possibilidade de se exigir a dívida toda de qualquer dos devedores (solidariedade passiva), ou a possibilidade de exonerar-se da obrigação, pagando a totalidade da dívida a um dos co-credores (solidariedade ativa), o que não contribui para a ideia de patrimônio coletivo ou titularidade coletiva de direitos.

Não cumprida a obrigação, o devedor inadimplente responde com seus bens, os quais são alcançados para satisfação do direito creditício. Esta é a outra face do vínculo obrigacional que se constitui de *debitum* e *obligatio*, ou seja, obrigação e responsabilidade. Aqui também é possível vislumbrar certo individualismo, já que os efeitos do inadimplemento só atingem credor e devedor. Desta feita, o credor sofre o dano que advém do descumprimento obrigacional e direciona sua pretensão especificamente contra o patrimônio do inadimplente. Por patrimônio entende-se o conjunto de bens economicamente apreciáveis atribuídos a uma pessoa natural ou jurídica, englobando tanto ativos quanto passivos, o que segundo Nader (2013), corresponde respectivamente aos direitos e às obrigações de alguém que podem ser convertidos em dinheiro, afastando, portanto, deste conceito os direitos da personalidade bem como os direitos de família puros ou pessoais.

Embora tal regramento diga respeito à responsabilidade contratual, é possível dizer que a construção teórica neste campo acabou influenciando as regras atinentes à responsabilidade aquiliana, que se alicerçou numa concepção individualista do dano.

No entanto, atente-se para o fato de que atualmente os danos não alcançam somente os interesses pessoais de uma vítima. Como dito alhures, os tempos são outros e as relações jurídicas há muito deixaram de envolver apenas um credor e um devedor. O resultado da complexidade das relações sociais é um número cada vez maior de pessoas atingidas por condutas que *a priori* produziriam efeitos apenas na esfera jurídica particular. A liberdade individual e a criatividade humana abriram caminhos para o desenvolvimento de atividades potencialmente lesivas, e as situações ensejadoras de danos foram ampliadas, não apenas para abarcar interesses jurídicos antes não vislumbrados, mas também para dar lugar a uma imputação coletiva dos prejuízos advindos pela violação desses valores.

Ademais, Gagliano e Pamplona Filho (2015) explicam que é preciso desmistificar a ideia equivocada de que a sociedade somente é atingida quando uma norma de natureza penal é infringida. Mesmo quando interesses particulares são violados, a coletividade sofre, posto que o equilíbrio social é afetado.

Dias (2011) explica que o aumento das populações e as novas invenções geram uma aproximação maior das pessoas proporcionando um aumento significativo da colisão de direitos, levando a responsabilidade civil a assumir uma

postura mais distante do espectro agente ofensor/vítima, aproximando-se da ideia necessária para se reconhecer possível a existência de um patrimônio transindividual, cuja titularidade, *a priori*, nem sempre é de um sujeito determinado, demandando por isso, uma tutela exercitável coletivamente.

À luz deste debate, a concepção de patrimônio coletivo sofre um redimensionamento necessário para se afastar da ideia restrita proposta pelos conceitos de “universalidade de fato” e “universalidade de direito”, previstas nos artigos 90 e 91 do Código Civil, nos quais, embora o texto legal refira-se à “pluralidade de bens singulares” ou ao “complexo de relações jurídicas”, vincula expressamente esses bens à uma mesma pessoa, ou até mesmo à várias pessoas, mas individualmente consideradas. Pode-se concluir, portanto, que coletivos não são os bens, e sim, a forma pela qual sua alienação ou disposição se dará. A herança, citada com frequência pela grande parte dos doutrinadores como exemplo de universalidade de direito, demonstra que, embora ocorra a transmissão de uma massa indivisível de bens para os herdeiros, estes bens serão individualmente considerados para efeitos de titularidade, já que a indivisibilidade é temporária, e cessará com a partilha.

O mesmo se diga em relação aos bens que se titularizam em regime de condomínio, seja este geral ou edilício, posto que, existindo ou não fração ideal cabível a cada condômino, ainda assim, os bens pertencem à pessoas específicas, ou seja, os comproprietários são sujeitos determinados.

Fachin (2006, p. 41) defende que

há a possibilidade de se configurar um patrimônio coletivo, ou seja, pertencente, em bloco, a vários sujeitos. Não se trata de co-propriedade, pois aqui não há que se falar em cota ideal: o direito é sobre a massa patrimonial, em bloco, não sendo possível a nenhum dos titulares alienar cota (que não existe) ou exigir divisão antes do término da causa geradora que lhe deu origem.

A concepção de um patrimônio coletivo, aqui defendida, também não se confunde com natureza jurídica do patrimônio de uma pessoa jurídica. A reunião de pessoas ou de bens a que se confere personalidade jurídica faz nascer o que se conhece como “pessoa jurídica”, que segundo a melhor doutrina, possui patrimônio autônomo em relação ao de seus integrantes. Assim, numa sociedade empresária é possível distinguir quanto à titularidade, os bens particulares de cada sócio, dos

bens que integram o patrimônio da pessoa jurídica. Mesmo assim, os bens da pessoa jurídica são titularizados de forma individualizada em relação à sua personalidade jurídica. O que existe, na verdade, é apenas a reunião de pessoas para a formação de outra e não a concepção de um patrimônio que pertence a elas indistintamente.

A partir do momento em que o ordenamento jurídico passa a tutelar interesses de natureza difusa, surge o conceito de patrimônio coletivo, a ensejar também a construção de uma titularidade coletiva. Por exemplo, assim como é possível vislumbrar e definir o conceito de patrimônio mínimo da pessoa humana individualmente considerada, afigura-se possível identificar uma gama de interesses jurídicos como o meio ambiente, os bens culturais, artísticos, paisagísticos e urbanísticos, que compõem o acervo de bens cuja titularidade não é individual, mas de toda a coletividade.

Como veremos, a base legal para admissão de um patrimônio coletivo no ordenamento jurídico brasileiro, é de natureza processual, e surge de maneira mais estruturada na segunda metade do século XX, com a promulgação da Lei da Ação Popular – Lei n.º 4.717/1965. Em seguida, no ano de 1985, tem-se a edição da Lei da Ação Civil Pública – Lei 7.347 (LACP) que consagrou a tutela dos direitos difusos e coletivos, como os direitos do consumidor, meio ambiente, patrimônio histórico e cultural.

Mas foi a Constituição Federal de 1988 que elevou a tutela dos bens coletivos ao status de direito fundamental, a partir da ampliação das hipóteses de cabimento da ação popular, para abarcar tanto a proteção dos bens materiais quanto dos imateriais que compõem o patrimônio público, além de ampliar a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ações civis públicas que visassem à tutela de quaisquer interesses difusos.

Contribuição importante para a definição de um patrimônio coletivo fora dada pela Lei n.º. 8.078/1990 - Código de Defesa do Consumidor -, quando em seu artigo 81 disciplina a defesa coletiva dos interesses e direitos dos consumidores, definindo o que seriam os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos<sup>35</sup>.

Percebe-se, portanto, a existência de um substrato jurídico importante para a construção de uma teoria acerca do direito material de natureza coletiva, já que o

---

<sup>35</sup> Sobre este assunto, ver tópico 2.4.

ordenamento jurídico tutela estes interesses de forma expressa, criando e implementando mecanismos processuais para sua efetiva proteção.

Mas a quem cabe titularizar um patrimônio de natureza coletiva? O Artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor afirma expressamente que tais interesses são transindividuais, ou seja, ultrapassam a esfera jurídica do indivíduo, pertencendo à coletividade. A partir daí, surge a ideia de se atribuir à coletividade a condição de sujeito de direitos.

Tal concepção parece ter sido absorvida pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme se depreende do teor do parágrafo único do artigo 1º da Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011 que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, em que se assegura de forma expressa, que “a coletividade é a titular dos bens jurídicos” protegidos naquele instrumento normativo, numa clara demonstração de que a titularidade de direitos não é status jurídico exclusivo da pessoa natural ou jurídica.

Cavaliere Filho (2014, p. 143) concorda que a proteção dos interesses difusos e coletivos somente se efetiva a partir do reconhecimento da coletividade de pessoas como sujeito de direitos, ainda que este grupo não caracterize uma pessoa jurídica como classicamente concebido pelo direito. Afirma ainda o autor, que tais direitos, ao tempo em que pertencem a todos, não pertencem a ninguém, pois não integram a esfera pública ou privada, consistindo em valores inerentes a comunidade vista como um todo, pois “assim como o indivíduo, isoladamente, é dotado de determinado padrão ético, também o são os grupos sociais, ou seja, as coletividades que titularizam direitos”.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também tem trilhado neste sentido, ao reconhecer no julgamento do REsp. 636.021, a existência de direitos que são titularizados por “uma coletividade difusa, indeterminada, que não goza de personalidade jurídica e cuja pretensão só pode ser satisfeita quando deduzida em juízo por representantes adequados”.

Como visto, a tutela de interesses coletivos e a construção legal em torno destes direitos leva a doutrina e a jurisprudência brasileiras a convergirem no sentido de conceber a existência de um patrimônio titularizado pela coletividade.

### 3.2 A evolução histórico-legislativa do reconhecimento e proteção aos interesses coletivos

A história do reconhecimento e positivação dos direitos fundamentais é a história do indivíduo, razão pela qual é a pessoa o centro da titularidade de direitos.

No entanto, como visto, a realidade social não é estática e constantemente transporta o ser humano para novas dimensões jurídicas, nas quais o individualismo é superado por ideais e valores coletivos. Para a exata compreensão destas afirmações, importa registrar um breve lineamento histórico acerca da construção dos direitos fundamentais, pois, conforme Bobbio (1992, p. 5), “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos”, e, por isso resultam gradualmente das “lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes”.

Segundo Rodrigues e Lamy (2012), a afirmação dos direitos fundamentais pode ser compreendida em três fases: a primeira fase seria a pré-histórica, que vai da Idade Antiga até a Idade Média; em seguida, uma fase de transição que se fundamentou em ideias jusnaturalistas; e, por último, a fase de constitucionalização com a declaração de independência dos Estados Unidos em 1776, que marcou o reconhecimento de valores como a igualdade e a liberdade, mais tarde proclamados pela Revolução Francesa.

A propósito, Bonavides (2006) enxerga no lema da Revolução Francesa, uma espécie de profecia a anunciar como se daria a institucionalização dos direitos fundamentais, pois segundo ele, a cada um dos ideais ali defendidos, corresponde uma geração de direitos: *Liberté*, os direitos da liberdade, *Egalité*, os direitos da igualdade e *Fraternité*, os direitos da fraternidade.

Há críticas ao termo “gerações” usado por Paulo Bonavides e quem as faz é Ingo Wolfgang Sarlet, quando explica que o reconhecimento de novos direitos não substitui aqueles já conquistados, mas a eles se unem num processo cumulativo e de complementaridade, preferindo por isso usar o termo “dimensões”. (SARLET, 2010)

Os direitos fundamentais de primeira dimensão apresentam claramente um caráter individualista, posto que a opressão oriunda do poder ilimitado do Estado gerou um forte sentimento de liberdade na sociedade da época, que, somado aos ideais de igualdade, proteção à vida e a propriedade, formava o bloco de direitos



essenciais a todo indivíduo. Assim, tais direitos constituíam uma espécie de escudo de proteção contra os abusos do Estado e suas ingerências, impondo-lhe um dever de abstenção e respeito à esfera privada.

Sarmiento (2006, p. 12/13) explica que estes

direitos fundamentais acabaram concebidos como limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados. Eles demarcavam um campo no qual era vedada a interferência estatal, estabelecendo, dessa forma, uma rígida fronteira entre o espaço da sociedade civil e do Estado, entre a esfera privada e a pública.

Desta forma, o reconhecimento de tais direitos avivou a dicotomia público/privado, servindo também para fortalecer a superioridade do indivíduo sobre o grupo e sobre o Estado, pois segundo Bonavides (2006), “ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico”. Consistem nos direitos civis e políticos que asseguram ao indivíduo, o valor de liberdade.

A segunda dimensão de direitos fundamentais já reconhece as impropriedades geradas pelo individualismo dos direitos essenciais, além das consequências do movimento de industrialização e evolução tecnológica, que reclamavam uma busca pelo bem estar social das pessoas. Reconhece-se, por exemplo, que não basta que o indivíduo tenha assegurado o direito à propriedade privada, se esta garantia não vier acompanhada das condições mínimas necessárias ao desenvolvimento social e econômico para o exercício do direito. Enxergou-se no Estado, a figura do patrocinador do bem comum, exigindo a partir deste momento, sua participação mais ativa na vida das pessoas com vistas a realizar a justiça social.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, as constituições consagraram em definitivo os direitos sociais e econômicos em seus textos, buscando estabelecer a igualdade sob a perspectiva material e não apenas formal. Por isso, os direitos de segunda dimensão consistem nos direitos sociais, econômicos e culturais que se distinguem das liberdades públicas, por serem direitos prestacionais, ou seja, demandarem uma ação positiva do Estado, cobrando-lhe a implementação de condições mínimas para a promoção da dignidade do indivíduo.

Lafer (2006, p. 127) chama atenção para o caráter prestacional dos direitos sociais:

os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo *welfare state*, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los [...] Daí a complementaridade, na perspectiva *ex parte populi*, entre os direitos de primeira e segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas”

Vale destacar que a segunda dimensão dos direitos fundamentais ainda se reporta ao titular do direito sob o aspecto individual. (RODRIGUES E LAMY, 2012)

Entretanto, a evolução da vida em sociedade a levou a compreensão dos direitos para além da esfera individual. A concepção do indivíduo como integrante da coletividade passa a ser considerada para o reconhecimento jurídico de valores como a solidariedade e a fraternidade. Com o fim da Segunda Guerra Mundial e a criação de organismos internacionais como a Organização das Nações Unidas (1945) e a Organização Internacional do Trabalho – OIT (1919), vislumbra-se uma preocupação com o futuro da humanidade, não mais se admitindo uma visão isolada do indivíduo, mas enxergando-o como gênero.

Surge a terceira dimensão dos direitos fundamentais que demonstra

uma tendência destinada a alargar a noção de sujeito de direitos e do conceito de dignidade humana, o que passa a reafirmar o caráter universal do indivíduo perante regimes políticos e ideologias que possam colocá-lo em risco, bem como perante toda uma gama de progressos tecnológicos que pautam hoje a qualidade de vida das pessoas, em termos de uso de informática, por exemplo, ou com ameaças concretas à cotidianidade da vida do ser em função de danos ao meio ambiente ou à vantagem das transnacionais e corporações que controlam a produção de bens de consumo, o que desdobra na proteção aos consumidores na atual sociedade de massas. (ALARCÓN, 2004, p. 81)

Aqui se enquadram os direitos supra individuais, ou seja, aqueles que ultrapassam a esfera do sujeito, pertencendo à todos os integrantes do grupo (coletivos), não se podendo identificar com precisão quem seria seus titulares (difusos), nem a quota cabível a cada um deles, por isso, indivisíveis. Consistem, por exemplo, no direito dos consumidores, no direito ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e ao meio ambiente sadio ou ecologicamente equilibrado, o que Bobbio (1992) reputa ser, o mais importante deles.

Especialmente, quanto ao meio ambiente, a indeterminação dos sujeitos, titulares deste direito, está intimamente ligada ao fato de ser um direito

intergeracional, ou seja, conferido às gerações presentes, mas também às futuras, abarcando assim, todos aqueles que ocuparão e usufruirão do patrimônio terrestre. (LEITE; AYALA, 2012)

Morais (1996, p. 166) assevera que a terceira dimensão dos direitos fundamentais, cuja titularidade é indeterminada por abranger todos os seres humanos presentes e futuros, supera os limites do individualismo, que tanto fora a tônica dos direitos de primeira dimensão (pessoas individualmente consideradas) quanto dos direitos de segunda dimensão (pessoas inseridas em grupos, mas individualmente consideradas).

Frise-se ainda que, a despeito de não ser alvo desta pesquisa, apontam alguns doutrinadores a exemplo de Bonavides (2006), a existência de uma quarta dimensão de direitos, que seria resultado da globalização política, ensejadora de uma sociedade cada vez mais aberta e universal. Assim, para o autor seriam considerados direitos de quarta dimensão, o direito à democracia, ao pluralismo e à informação.

A despeito da existência de inúmeras classificações para definir as dimensões ou espécies de direitos fundamentais, aqui importa enfatizar o desenvolvimento histórico-legislativo em torno dos direitos de terceira dimensão, especialmente, no que concerne aos direitos coletivos em sentido amplo, que no ordenamento jurídico brasileiro encontra-se imbricado com a criação de institutos processuais para a defesa destes direitos.

É razoável que o estudo do direito material que trata dos interesses coletivos esteja atrelado ao processo coletivo, posto que a afirmação e posterior positivação dos direitos coletivos conduz inevitavelmente à investigação acerca da efetividade de sua tutela. Conforme Bobbio (1992), a maior preocupação atual não é mais enumerar os direitos, saber quantos e quais são eles, e sim encontrar o modo mais seguro para garanti-los e implementá-los.

Em 1950, através dos estudos capitaneados por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, inaugura-se a chamada fase instrumentalista do processo, a qual orientava que os ordenamentos jurídicos deveriam observar três ondas renovatórias de alterações legislativas para garantir que o processo atingisse sua finalidade instrumental que era a pacificação social. Dentre elas, a necessidade de reformulação do sistema jurídico para atender as demandas de natureza transindividual. (LORDELO, 2015)

No Brasil, embora, desde a época de vigência das ordenações manuelinas, a ação popular fosse prevista, e posteriormente, a Lei 4.717/65 a tenha disciplinado, foi com a Lei 6.938/81 - Lei Nacional da Política do Meio Ambiente que surgiu a coletivização do processo, atribuindo-se ao Ministério Público o dever de proteger o meio ambiente através da Ação Civil Pública, que só fora regulamentada em 1985, por meio da LACP. Através deste instrumento, a proteção dos bens de titularidade indeterminada restava assegurada. No entanto, aqueles bens individuais que demandavam uma tutela coletiva (individuais homogêneos) só vieram receber tratamento especial com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor em 1990, com a promulgação da Lei 8.078.

A Constituição Federal de 1988 sem dúvidas constitui-se o sustentáculo teórico do direito material e processual coletivo, pois em inúmeros dispositivos demonstra claramente o reconhecimento de direitos desta natureza, assegurando-lhes mecanismos de tutela jurisdicional. A título de exemplos, cite-se o artigo 5º, inciso XXI que dispõe acerca da legitimidade das entidades associativas para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente; o artigo 5º, inciso LXX, que atribui legitimidade às organizações sindicais, entidades de classe ou associação para impetrar mandado de segurança *coletivo*, em defesa de seus membros e associados e também a ampliação do objeto da ação popular no artigo 5º inciso LXXIII, regulado pela Lei nº 4.717/65, abarcando os direitos transindividuais, como o patrimônio público e o meio ambiente.

Além disso, a necessidade de um sistema processual adequado à resolução dos conflitos de massa atende ao princípio constitucional da inafastabilidade da prestação jurisdicional.

A urgência na criação de uma nova forma de tutela para proteger os direitos transindividuais é explicada corretamente pela doutrina como forma de atender o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Consagrado pelo artigo 5º, XXXV, da CF (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), o princípio da inafastabilidade tem dois aspectos: a relação entre a jurisdição e a solução administrativa de conflitos e o acesso à ordem jurídica justa, que dá novos contornos ao princípio, firme no entendimento de que a inafastabilidade somente existirá concretamente por meio do oferecimento de um processo que efetivamente tutele o interesse da parte titular do direito material. (NEVES, 2014, p. 245)

É bem verdade que, além da Constituição Federal de 1988, da LACP e do CDC, outras leis compõem o chamado microssistema coletivo tais como a Lei

4.717/1965 (Ação Popular); Lei 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente); Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), dentre outras. No entanto, a doutrina especializada parece entender que nos dizeres de Neves (2014), o “núcleo duro” desse microsistema é formado pela Lei de Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor.

### **3.3 Noções conceituais e classificação dos interesses coletivos *latu sensu***

Antes de tratar acerca do conceito dos interesses coletivos *latu sensu*, importa tecer algumas considerações acerca do que vem a ser interesse.

Ross (2007) explica que existem dois sentidos para a palavra interesse. Num sentido amplo, o interesse é a razão que move alguém a ter uma atitude. Em sentido estrito, o interesse surge da necessidade, que no caso do ser humano, pode ser afetiva, física, jurídica, etc. A necessidade seria uma condição subjetiva que conduz o indivíduo a agir conscientemente no interesse de saciá-la, não se admitindo, portanto *a priori*, um interesse comunitário. Para admissão de um interesse de cunho coletivo, Ross afirma que é necessária a configuração de dois fatores, um objetivo e um subjetivo. O fator objetivo seria entender que a colaboração é útil para o alcance dos objetivos individuais, como no caso de dois presos que planejam fugir da cadeia, mas só vislumbram essa possibilidade se houver cooperação de ambos na execução do plano, a que o autor chama de “situação fatural de solidariedade”. Neste caso, o que se tem são interesses individuais que coincidem. Para a existência de um interesse comum, impõe-se necessária a presença do fator subjetivo que se refere à empatia, ou seja, a aderência do indivíduo às necessidades do outro ou do grupo, originando um sentimento comunitário ou consciência coletiva.

Semanticamente, o termo “interesse” possui diversas acepções, cabendo neste momento discorrer acerca desta terminologia, a fim de delimitar seu uso no presente trabalho. Sob o ponto de vista econômico, interesse pode significar vantagem ou lucro. Assim, ter interesse na realização de um negócio, pode dizer respeito à possibilidade de auferição de renda ou capital. A palavra “interesse” também assume uma feição social e jurídica, sendo utilizada frequentemente, ao lado dos adjetivos “social”, “geral” e “público”, sempre se referindo a situações que

transcendem a esfera individual. A despeito do uso indiscriminado destas expressões, importa diferenciá-las com vistas a uma delimitação conceitual.

Por interesse social entenda-se o que se concebe por “bem comum”, ou seja, a preocupação em se resguardar a coisa pública, os valores da sociedade civil, ideia que se aproxima também do conceito de “interesse geral”, como sendo o oposto ao que é individual. O interesse público por sua vez se vincula em sua concepção à presença do Estado, como responsável por delimitar o que de fato é mais relevante para a sociedade. (MANCUSO, 2000)

Discorrendo acerca da distinção entre interesse individual e coletivo, Adriano Stanley Rocha Souza citando Mancuso (2000) pondera acerca do referencial usado para se chegar a esta classificação dos interesses, concluindo pela sua inadequação nos dias de hoje. O autor explica que foram os romanos que, na construção de seu sistema jurídico, dividiram o direito em público e privado,<sup>36</sup> sendo compreensível esta separação à medida que, à época se vislumbra apenas a existência de dois polos, o indivíduo e o Estado. (SOUZA, 2015)

Mancuso (2000) afirma que durante a Idade Média, o poder estatal se enfraqueceu a partir do surgimento de outros poderes a que denomina de “corpos intermediários”, chamados assim, por serem menos que o Estado e mais que o indivíduo. Naquele momento, assistia-se a um esfacelamento do poder central do soberano promovido pelos feudos, que fortaleciam a nobreza; pelas corporações, formadas pela massa de comerciantes e artesãos; e pela Igreja, que figurava como poder paralelo, exercendo forte influência política sob o comando dos papas. Este panorama é modificado na Idade Moderna, pois com a difusão do conhecimento, propugnado pelo humanismo, a Igreja aos poucos recua, voltando a se preocupar com os assuntos espirituais. Os feudos também desaparecem paulatinamente em razão da migração dos camponeses para os núcleos urbanos, fazendo desaparecer também as corporações. Entretanto, a “consciência do coletivo” não é sucumbida. Ao contrário, tem-se o recrudescimento do corporativismo que é impulsionado cada vez mais pelo anseio dos indivíduos de participarem da tomada de decisões políticas e econômicas.

---

<sup>36</sup> Sobre esta dicotomia, veja-se o tópico 1.2 deste trabalho.

Inobstante as tentativas de conter a ascensão dos interesses coletivos, a formação de grupos intensificou-se a partir do reconhecimento da liberdade sindical e do direito de associar-se, ocorridos no final do século XIX e início do século XX.

Ao que parece, o constitucionalismo contemporâneo abraçou este movimento que vê no espírito associativo, característica imanente ao ser humano, um meio de contribuição significativo na gestão da coisa pública.

A Constituição brasileira de 1988 parece ter dado guarida a esse reclamo jurídico-sociológico, quando acenou, vivamente, para uma democracia participativa (e não apenas representativa), permitindo aos modernos corpos intermediários (sindicatos, associações, órgãos de classe) integrarem-se na gestão da coisa pública, atuando nas instâncias primárias (arts. 1º, V, e parágrafo único, 205, 216, § 1º, e 225), como na via judicial, esta última com o alargamento da legitimação ativa para a defesa dos interesses metaindividuais (arts. 5º, XXI e LXX, 103, VII, VIII e IX, 129, III e §1º). (MANCUSO, 2000, p. 41)

Por isso, Souza (2015, p. 42) conclui “o quão defasada é, nos dias atuais, a dicotomia “público-privado”, já que existem interesses que não se encaixam numa ou noutra classificação, por que nem atendem exclusivamente a vontade do Estado nem se restringem à vontade um único sujeito, refletindo valores de um grupo de pessoas determinadas ou indeterminadas.

Como visto, ao elencar as funções institucionais do Ministério Público, a Constituição Brasileira de 1988, ainda que indiretamente, reconhece de forma expressa a existência de interesses coletivos e difusos. O artigo 129, inciso III da Carta Magna impõe ao *Parquet*, o dever de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos. Com isto, ao tempo em que confere base constitucional para uma construção teórica de um direito material coletivo, atribui legitimidade ativa ao órgão ministerial para defendê-lo, além de dotá-lo de instrumentos administrativos e judiciais para efetivá-lo, afastando qualquer discussão acerca de eventual caráter programático da norma.

É possível detectar outros dispositivos de natureza constitucional que subsidiam o reconhecimento de direitos coletivos, ainda que por via oblíqua. Por exemplo, o patrimônio público, a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural são previstos no artigo 5.º, inciso LXXIII, como objetos de possível ato lesivo, que pode ser atacado por meio da ação popular, atribuindo legitimidade ativa a qualquer cidadão para propor tal remédio.

Assim, o legislador constituinte não apenas reconheceu os direitos coletivos como também definiu a legitimidade para sua efetivação, através dos instrumentos jurídicos previstos, estabelecendo assim, um verdadeiro sistema de garantia desses interesses. (SMANIO, 2004)

Cronologicamente, a preocupação em criar uma proteção especial para os interesses coletivos é anterior a Constituição Federal de 1988 e surge com a publicação de uma série de artigos de autoria do Professor José Carlos Barbosa Moreira, que resultou na edição da Lei da Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985 que disciplinava a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, turístico e paisagístico, ampliando este rol por meio da CF/88 para abranger qualquer outro interesse difuso ou coletivo, além dos danos causados por infração a ordem econômica, à ordem urbanística, à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e ao patrimônio público e social. Além disso, a referida lei deu ao Ministério Público, dentre outros órgãos, a legitimidade para defender tais interesses impondo como sanção a reparação pecuniária ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. (CARPENA, 2008).

Embora a CF/88 e LACP tenham a sua importância como meios de reconhecimento e criação de mecanismos processuais para o exercício das demandas coletivas, estes não trouxeram em seu bojo o conceito de direitos difusos e coletivos, além de não vislumbrarem a possibilidade de se demandar individualmente por um dano sofrido coletivamente.

Estas lacunas foram supridas pela Lei nº. 8.078/1990 - Código de Defesa do Consumidor -, quando em seu artigo 81 e incisos, disciplina a defesa coletiva dos interesses e direitos dos consumidores, definindo o que seriam os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Senão vejamos:

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.



Desta forma, o Código de Defesa do Consumidor classifica os interesses e direitos coletivos em três espécies, conceituando-as. Os interesses difusos e os coletivos *strictu sensu* são essencialmente coletivos, caracterizados igualmente como transindividuais e indivisíveis, o que equivale dizer nas palavras de Carpena (2008, p. 835) “que seus titulares possuem em comunhão um bem coletivo e a satisfação de um deles implica necessariamente a satisfação dos demais”, bem como não se pode saber com exatidão a fração do direito que cabe a cada um. A diferença é que no que concerne aos interesses difusos, o que vincula os titulares são circunstâncias de fato, ou seja, não há relação jurídica anterior entre eles.

Na hipótese dos interesses coletivos em sentido estrito, o grupo categoria ou classe a que se refere a lei, possui uma relação jurídica entre eles ou com a parte contrária que causou o dano. O ponto de distinção, portanto, seria a determinação dos titulares.

No que diz respeito aos direitos individuais homogêneos, estes, de fato, não são direitos coletivos, mas a sua defesa, por uma questão de conveniência, se dá de forma coletiva, razão pela qual foram inseridos no rol do artigo 81 do CDC. A ideia seria evitar decisões contraditórias, caso as vítimas proponham as ações individualmente, já que o legislador os conceitua como sendo simplesmente aqueles que decorrem de origem comum.

Além disso, o valor do prejuízo alegado pode não compensar a propositura de uma ação individual, o que poderia acabar desestimulando o acesso à justiça. Cite-se como exemplo, a comercialização de um produto que apresenta quantidade a menor daquela que consta em seu rótulo. Neste caso, a diferença pode ser irrisória sob o ponto de vista individual, mas sua defesa coletiva se justifica pela necessidade de se atribuir eficácia à norma jurídica. (TOLOMEI E SOUZA, 2011)

Ainda segundo Carpena (2008) a defesa dos direitos individuais homogêneos se dá através de duas etapas. Na primeira, confere-se legitimidade extraordinária a um autor ideológico, como por exemplo, o Ministério Público, que ajuizará a ação de reparação civil, onde será fixada uma indenização global seguindo os critérios de extensão do dano e quantidade de vítimas. Na segunda etapa, é dada a oportunidade de cada vítima, mediante liquidação da sentença, executar a parte que lhe cabe.

O critério científico utilizado por Gidi (1995) para distinguir os direitos coletivos não se baseia na matéria ou assunto de que trata. Assim, direito do consumidor ou

direito ambiental não são considerados interesses difusos pela análise que se faz do objeto do direito em si, mas pela natureza jurídica do direito subjetivo que pressupõe. Opondo-se a este critério, Didier Junior e Zaneti Junior (2012) reportam-se a Nelson Nery Junior, para quem o critério mais adequado para distinguir os interesses coletivos seria a tutela jurisdicional pretendida.

Os mesmos autores entendem que os dois entendimentos não são incompatíveis, por isso mesmo que, para uma correta distinção, propõem uma fusão de ambos, ou seja, uma análise conjunta do direito subjetivo e da tutela pretendida, já que os direitos coletivos possuem um traço híbrido e interativo que os fazem transitar nas relações de direito material e processual.

As espécies de interesses coletivos e seus conceitos serão alvo de aprofundamento teórico a seguir, sob a perspectiva da responsabilidade civil, posto que uma vez protegidos pelo ordenamento jurídico, sua violação culminará com a produção de danos ressarcíveis, obrigando o agente ofensor a repará-los.

### **3.4 Os Danos Coletivos: conceito e espécies**

Consoante análise acerca dos pressupostos da responsabilidade civil, feita no primeiro capítulo deste trabalho, a conduta do agente ofensor, hábil a ensejar a obrigação de indenizar, não necessariamente, precisa ser culposa. Esta inovação deriva do acolhimento da teoria do risco que ensejou a criação do modelo objetivo de responsabilização, onde se obriga a reparar o dano independentemente de culpa.

A análise da ilicitude da conduta do agente deixa de ser o foco da responsabilidade civil que se transfere para o prejuízo experimentado pela vítima. Neste momento, o dano assume protagonismo e se aparta da visão que o restringia a um mero produto do ato ilícito. Além disso, novos e antigos fatos sociais sofrem valoração jurídica, a fundamentar inúmeras demandas que reclamam reparação decorrente de sua violação. Assim ocorre com os danos coletivos.

À medida que o legislador reconhece a existência de um interesse, tutelando-o juridicamente, confere ao seu titular, o direito de invocar a prestação jurisdicional correspondente quando de sua violação. Não sem razão, Braga Netto, Farias e Rosenvald (2014, p. 271) entendem que a melhor conceituação de dano seria “a lesão a um interesse concretamente merecedor de tutela, seja ele patrimonial, extrapatrimonial, individual ou metaindividual”

Embora o CDC em seu artigo 81 conceitue as várias espécies de interesse coletivo a fim de estruturar a defesa do consumidor em juízo, este dispositivo é utilizado a fim de basear a construção de um direito material coletivo que é de extrema importância para a disciplina da responsabilidade civil. Assim, de acordo com a espécie de interesse coletivo que for violada, tem-se uma espécie de dano correspondente, servindo tal dispositivo para estruturar uma doutrina dos danos coletivos.

O termo “dano coletivo” não é um termo jurídico formal, sendo utilizado para referir-se aos prejuízos em massa que sugerem o ajuizamento de ações coletivas. (COOTER, 2010)

Gagliano e Pamplona Filho (2015, p. 99) advertem que “apesar de a previsão estar no diploma consumerista, o dano coletivo não se resume à seara do direito do consumidor. Qualquer interesse coletivo violado pode gerar reparação por danos coletivos”, desde que obviamente, os pressupostos da obrigação de indenizar restem configurados.

Quanto às espécies, assim como os danos individuais se classificam tradicionalmente em danos patrimoniais e extrapatrimoniais, os danos coletivos podem ocorrer tanto na esfera material quanto na imaterial.

A base legal para esta concepção também vem do Código de Defesa do Consumidor que em seu artigo 6º, inciso VI determina ser direito básico do consumidor, a “efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

A Constituição Federal de 1988 ao consagrar a autonomia do dano extrapatrimonial no artigo 5º, incisos V e X também não restringiu a ocorrência do dano moral à esfera individual. Mesmo assim, há embate jurisprudencial quanto à admissibilidade jurídica de um dano moral coletivo.

Para além da classificação dicotômica dos danos em patrimoniais e extrapatrimoniais, Moreira (1984, p. 195-196) *apud* Gagliano e Pamplona Filho (2015, p. 100) designa de essencialmente coletivos os danos difusos e os danos coletivos em sentido estrito, ao passo que os danos individuais homogêneos, seriam acidentalmente coletivos. Vejamos tais espécies a seguir.

### 3.4.1 Danos Coletivos Difusos

Segundo o inciso I do parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, os interesses difusos são os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. A principal característica desta espécie de direito coletivo é o fato de que seus titulares são pessoas indeterminadas. Assim, pode-se afirmar que o dano advindo da violação a um interesse difuso será chamado de dano difuso.

Souza (2015) explica que o próprio significado do termo “difuso” remete aquilo que é disperso ou generalizado, guardando uma ideia de dissipação ou espalhamento. O autor, citando Prade (1987), destaca cinco características dos interesses difusos, o que por óbvio se aplicam aos danos difusos.

A primeira delas é ausência de vínculo associativo entre as vítimas, que são os sujeitos do interesse. Colha-se como exemplo de interesse difuso, o meio ambiente, tutelado por meio do artigo 225 da CF/88, segundo o qual “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”. Assim, se “todos” têm direito, “todos” são vítimas de um prejuízo resultante da violação a este interesse, independentemente de estarem agrupados ou vinculados ente si.

A segunda característica decorre da primeira e refere-se à indeterminação absoluta ou relativa dos sujeitos, titulares do direito, e neste caso, lesadas pelo evento danoso. A compreensão acerca da indeterminação das vítimas de um dano difuso não afasta a ideia da ocorrência de um dano individual no plano concreto. O dano difuso pode atingir um indivíduo especificamente, mas em razão do interesse violado, atinge simultaneamente pessoas indeterminadas.

Exemplificando, ensina Rizzatto Nunes (2005) que a veiculação televisiva de publicidade enganosa acerca de um medicamento que promete emagrecer 5 kilos por dia, com apenas um comprimido, é um exemplo típico de dano difuso, que neste caso, lesa os direitos do consumidor e atinge pessoas indeterminadas. Por certo, o consumidor que adquire o remédio e constata sua ineficácia sofre um dano individual, poderá pleitear a reparação correspondente, o que não elide a possibilidade de se tomarem medidas para a reparação dos danos sofridos genericamente.

A terceira característica dos danos difusos adviria desta indeterminação subjetiva que ocasiona uma abrangente conflituosidade. O litígio que envolve danos difusos não se conforma ao padrão autor/réu, reclamando uma adequação processual, ou até mesmo o estabelecimento de mecanismos processuais específicos para efetivação da reparação civil<sup>37</sup>.

Na sequência, a quarta característica dos danos difusos seria a possibilidade de disseminação de danos em massa. Como visto, tal peculiaridade é própria da natureza do interesse lesionado. Assim, mesmo diante da concretude de um prejuízo particular, há também a ocorrência de macrolesões. Na verdade, o pleito de reparação decorrente das lesões individuais muitas vezes origina uma massificação dos danos.

Por fim, a quinta característica, seria a vinculação fática dos lesados. Usando os termos da lei, não há uma relação jurídica base entre as vítimas do evento danoso. A identificação das vítimas se dá por meio da apreensão das circunstâncias fáticas, sendo esta conexão proporcionada pelos fatos objetivamente postos e não pela existência de alguma espécie de vínculo jurídico em sentido estrito entre os prejudicados.

Não havendo determinação exata das vítimas do dano difuso em razão da ausência de uma relação jurídica específica entre elas, Grinover (1984, p. 30) aduz que o vínculo fica reduzido “a fatores conjunturais ou extremamente genéricos, a dados de fato frequentemente acidentais ou mutáveis: habitar a mesma região, consumir o mesmo produto, viver sob determinadas condições sócio-econômicas, sujeitar-se a determinados empreendimentos, etc.”

Frise-se ainda a característica da indivisibilidade do dano abstratamente considerado. Sendo o interesse difuso indivisível, não se poderá definir ou fracionar a quota ideal cabível a cada titular. Do mesmo modo, diga-se em relação ao dano, pois o prejuízo em abstrato é o mesmo para todos os titulares do direito violado.

Não há que confundir a indivisibilidade do dano difuso com a demonstração da extensão do prejuízo sofrido individualmente por alguém. Como dito, um dano difuso não descarta a possibilidade de ocorrência de um dano individual decorrente do mesmo evento lesivo. No entanto, como veremos, a fixação da

---

<sup>37</sup> Sobre este assunto, ver tópico 3.5.

indenização e sua reversão obedecerão a critérios distintos, pois no caso dos danos difusos, a indenização pecuniária não se destinará diretamente às vítimas e sim a um fundo específico.

Nunes (2005, p. 88) esclarece que

o fato do mesmo objeto gerar dois tipos de direito, não muda a natureza de indivisibilidade do objeto nos direitos difusos. Isto é, se um anúncio enganoso atingir um consumidor em particular, esse direito individual identificado não altera em nada a natureza indivisível do fato objetivo do anúncio. É que na ação judicial de proteção aos direitos difusos, o caráter da indivisibilidade do objeto faz a ligação com a titularidade difusa, sem alterar o quadro da proteção particular.

Assim, nada obsta que a vítima individualmente considerada tenha o dano que sofreu reparado por meio da fixação de uma indenização pecuniária, desde que prove os prejuízos que sofreu. Desta forma, divisível é o dano *in concreto*.

Mais adiante, serão tratadas as idiosincrasias processuais atinentes aos danos difusos.

### 3.4.2 Danos Coletivos em Sentido Estrito

Os interesses coletivos estão previstos no inciso II do parágrafo único do artigo 81 do CDC. Como todos os interesses ora estudados são de natureza coletiva, a doutrina tem designado o termo “coletivos em sentido estrito” para diferenciá-los do sentido lato da expressão.

Violados interesses desta natureza, têm-se os danos coletivos em sentido estrito, os quais são, de acordo com a o dispositivo legal retromencionado, transindividuais, de natureza indivisível e sofridos por um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

As vítimas de um dano coletivo em sentido estrito não são indefinidas, mas passíveis de identificação, ou seja, sua indeterminabilidade é apenas relativa. Isto por que a lei trouxe um componente importante para verificação dos sujeitos envolvidos no evento lesivo, que é a existência de uma relação jurídica entre eles.

Benjamin, Marques e Bessa (2008) esclarecem que a relação jurídica base a que a lei se refere não diz respeito somente a um vínculo associativo em sentido estrito, como por exemplo, um sindicato; podendo se materializar na relação existente entre consumidor/usuário e fornecedor de produtos e serviços.

Na perspectiva da responsabilidade civil, pode-se dizer que nos danos coletivos existem duas relações jurídicas: uma que envolve as vítimas, ou seja, que liga os sujeitos titulares do direito coletivo entre si, o que faz com que o dano seja coletivo, e outra de caráter mais estrito que os conecta ao agente ofensor.

Tomando o exemplo de Nunes (2005), o serviço educacional de qualidade prestado por uma escola é um direito coletivo dos alunos, que os abrange indistintamente, o que por óbvio os afeta particularmente. A relação jurídica interna decorre da condição de “alunos”, ocupada por todos os usuários, que por estarem todos matriculados, e, portanto, usufruindo do serviço prestado, mantêm relação jurídica com o agente ofensor (escola). Ocorrendo a má prestação do serviço educacional, concretiza-se o dano coletivo em sentido estrito.

Além deste exemplo, podem caracterizar danos coletivos em sentido estrito aqueles causados aos condôminos, os referentes a aumento ilegal nas prestações de um consórcio, os praticados contra usuários de serviços bancários, ou da prestação de serviços públicos essenciais como água, energia, gás, etc.

A fim de melhor delimitar o conceito de danos coletivos em sentido estrito, faz-se uma comparação entre estes e os danos difusos, a partir da doutrina de Mancuso (2000) que estabelece pelo menos duas diferenças importantes entre eles. A primeira seria de ordem quantitativa, pois o dano difuso atinge um universo maior que o dano coletivo em sentido estrito, referindo-se o primeiro a toda humanidade, enquanto o segundo, seria de menor amplitude, restrito à grupos ou categorias. A diferença qualitativa é que no dano coletivo em sentido estrito, o homem é considerado em sua projeção corporativa, ao passo que no dano difuso, ele é visto simplesmente como ser humano.

Característica decorrente da indivisibilidade dos interesses coletivos em sentido estrito é percebida na esfera processual, quando os efeitos de uma decisão judicial favorável são estendidos a pessoas não vinculadas à entidade associativa. Isto acontece por que a entidade representativa que porventura esteja no polo ativo de uma ação judicial não é a titular do direito invocado, e sim, a sua substituta processual. Senão vejamos trecho da ementa de decisão do Superior Tribunal de Justiça em sede de Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 13505 DF 2008/0082984-5:

[...] 4. Irrelevante o fato de a totalidade da categoria ou grupo interessado e titular do direito material não ser filiado à entidade postulante, uma vez que os efeitos do julgado, em caso de acolhimento da pretensão, estendem-se a todos aqueles que se encontram ligados pelo mesmo vínculo jurídico, independentemente da sua vinculação com a entidade (Sindicato ou Associação). 5. A extensão subjetiva é consequência natural da transindividualidade e indivisibilidade do direito material tutelado na demanda; se o que se tutela são direitos pertencentes a toda uma coletividade, não há como estabelecer limites subjetivos ao âmbito de eficácia da decisão. 6. Os efeitos da medida deferida nos autos do MS 13.585/DF, atingem os substituídos do ora impetrante, uma vez que se referem à mesma categoria de profissionais.[...]

Assim, como visto em relação aos danos difusos, a indivisibilidade do interesse coletivo em sentido estrito, gera danos que possuem esta mesma natureza, o que não impede a concretização no plano individual de um dano de extensão maior. Assim, se o serviço de água prestado a um determinado bairro é defeituoso, havendo má qualidade da água fornecida, ocorrem danos coletivos em sentido estrito, podendo um usuário deste serviço, que fez uso da água poluída, adoecer, vindo a sofrer mais danos que outros integrantes do seu grupo. Neste caso, a ocorrência de danos coletivos ensejou a produção de danos individuais, que por terem decorrido de causa comum, são chamados de danos individuais homogêneos, os quais serão abordados no próximo tópico.

### *3.4.3 Danos Individuais Homogêneos*

Os danos individuais homogêneos são lesões a interesses particulares cujos titulares são determinados. A previsão legal do inciso III do parágrafo único do artigo 81 do CDC conceitua o interesse individual homogêneo como sendo aquele que decorre de causa comum a outros danos também individuais, ou seja, um mesmo evento lesivo causando danos a diversos sujeitos.

Watanabe (2001, p. 629) explica que o termo “origem comum” não quer dizer que os danos surgirão ao mesmo tempo para todas as vítimas, ou seja, não terão “unidade factual e temporal”. Usando seu exemplo, a publicidade enganosa de determinado produto, veiculado por várias mídias em um espaço de tempo razoável, por certo produzirá danos a vários consumidores em tempos e locais diferentes. Tais danos serão considerados homogêneos por que originados de uma mesma circunstância fática.



Neste caso, os danos que se originam de causa comum não precisam ser exatamente idênticos em relação à sua extensão ou natureza, sendo admissível que em razão de um mesmo fato lesivo, determinada vítima sofra tanto danos patrimoniais quanto extrapatrimoniais, enquanto outras, apenas danos de natureza extrapatrimonial, etc.

A homogeneidade dos interesses individuais no plano coletivo não afeta a natureza dos danos oriundos da violação a estes direitos, pois segundo os ensinamentos de Gidi (1995, p. 32)

da mesma forma que o quantum de cada prejuízo individual é algo peculiar e irrelevante, para a caracterização da homogeneidade de tais direitos, esses prejuízos individualmente sofridos podem ser das mais variadas espécies (patrimoniais, morais, lucros cessantes, danos emergentes) sem comprometimento à referida homogeneidade. Afinal, o 'homogêneo' aqui se refere à identidade ou igualdade matemática entre os direitos, mas, a um núcleo comum que permita um tratamento universal e globalizante para todos os casos.

Porém, adverte Grinover (2001) sobre a necessidade das questões comuns serem prevalentes em relação às individuais, posto que, do contrário, não restariam caracterizados danos homogêneos e sim heterogêneos.

Afirma-se que os interesses individuais homogêneos não são essencialmente coletivos, sendo coletiva apenas a sua tutela. Esta afirmação ecoa no campo da responsabilidade civil, onde, tradicionalmente, a tutela é repressiva, ou seja, decorre de ter havido violação a direitos, e conseqüente repercussão danosa. Assim, pode-se dizer que a natureza do dano individual homogêneo é coletiva. A base para esta afirmação é dada por Nunes (2005) ao explicar que não se trata simplesmente de litisconsórcio ativo, ou seja, não são vários indivíduos no polo ativo de uma ação judicial em busca da satisfação de seus interesses individuais. Trata-se de direito coletivo, que inclusive poderá ser defendido por meio da substituição processual daqueles legitimados no artigo 82 do CDC. Mesmo assim, esses danos poderão ser alvo de ações de indenização a serem propostas individualmente pelas vítimas ou por meio de litisconsórcio facultativo.

Diferentemente dos danos coletivos em sentido estrito, aqui não há necessidade de preexistência de vínculo jurídico que una as vítimas entre si ou com a parte contrária. Neste caso, é a ocorrência do dano em si que constitui o vínculo

com o agente ofensor, obrigando-o a indenizar tantos quantos indivíduos tenham sofrido danos decorrentes de sua conduta.

Inobstante as distinções entre as categorias de interesses coletivos, é possível vislumbrar concretamente que os danos oriundos de determinado fato assumem natureza jurídica diversa. Assim, um mesmo fato pode originar danos coletivos em sentido estrito e danos individuais homogêneos.

Se uma entidade que defende os direitos do consumidor ajuíza uma ação para declarar a ilegalidade da cobrança da Tarifa de Liquidação Antecipada – TLA em contratos de financiamentos celebrados por uma instituição financeira, todos os usuários deste serviço serão beneficiados com uma decisão que lhes seja favorável, pois há uma relação jurídica que os vinculam entre si e com a parte contrária. O objeto desta ação coletiva alcança somente àqueles que contrataram financiamentos com o referido banco, restringindo o interesse a determinado grupo ou categoria de pessoas. Porém, após o trânsito em julgado da ação, nada obsta que cada usuário venha liquidar os valores cobrados e pagos indevidamente, com base no artigo 103, III do CDC. Presentes neste caso, danos coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. (SALGADO, 2016)

Outro exemplo trazido pela doutrina onde um mesmo fato pode originar pretensões difusas, coletivas e individuais homogêneas, é apresentado por Nelson Nery Junior, referindo-se ao acidente que envolveu o barco *Bateau Mouche IV*. Tal fato poderia ensejar ações individuais propostas pelas vítimas do acidente, bem como ação coletiva para a defesa dos interesses coletivos em sentido estrito a ser proposta por agências de turismo a fim de defender a imagem do setor econômico específico, e inclusive ação proposta pelo Ministério Público para defender interesses difusos como a segurança e a vida. (NERY JUNIOR, 1992).

Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior enfatizam a importância desta categoria de interesses coletivos ao destacar que a massificação das relações jurídicas provocou igualmente uma massificação dos danos, os quais podem ser mais facilmente reparados a partir da possibilidade de ajuizamento de ações coletivas. (DIDIER JUNIOR E ZANETI JUNIOR, 2010)

A tutela coletiva para os danos individuais homogêneos atende o princípio da economia processual, pois possibilita que diversas demandas sejam substituídas por uma única ação.

El objetivo más inmediato de las acciones colectivas es proporcionar eficiencia y economía procesal, al permitir que una multiplicidad de acciones individuales repetitivas en tutela de una misma controversia sea substituida por una única acción colectiva. Las acciones colectivas promueven el ahorro de tiempo y de dinero no sólo para el grupo autor, como también para el Poder Judicial y para el demandado. (GIDI, 2003, p.1)

Gidi (2003) ainda elenca como objetivos importantes desta tutela coletiva de interesses individuais homogêneos, a facilitação do acesso à justiça relativo a direitos que se encontram a margem do Poder Judiciário, como, por exemplo, um dano de valor reduzido. Pessoas hipossuficientes ou até mesmo incapazes podem ter seus direitos assegurados e eventuais danos reparados a partir de uma defesa que se materializa coletivamente.

Outro objetivo destacado por Antonio Gidi é a efetividade do direito material que é alcançada com a realização autoritativa da justiça, corrigindo de maneira coletiva, um dano que se perpetrou coletivamente, o que contribui para desestimular a continuidade de práticas lesivas em massa.

#### 3.4.4 Danos Sociais

Os danos sociais seriam lesões causadas à coletividade, advindas de condutas socialmente reprováveis e que produziriam um rebaixamento em sua qualidade de vida. Esta espécie de lesão é propugnada por Antonio Junqueira de Azevedo como uma nova categoria de dano. (AZEVEDO, 2004)

O autor explica que atos dolosos, praticados com culpa grave ou ainda, negativamente exemplares não lesam apenas à vítima, mas ferem valores que são caros para toda a coletividade, por que atentam contra o nível de civilidade a que chegou a humanidade.

A fim de visualizar de forma mais prática a ocorrência de danos sociais, Flávio Tartuce dá alguns exemplos de comportamentos exemplares negativos:

O pedestre que joga papel no chão, o passageiro que atende ao celular no avião, a loja do aeroporto que exagera no preço em dias de *apagão aéreo*, a pessoa que fuma próximo ao posto de combustíveis, a empresa que diminui a fórmula no medicamento, o pai que solta o balão com o seu filho. Mas os danos podem ser consideráveis: a metrópole que fica inundada em dias de chuva, o avião que tem problema de comunicação o que causa um acidente aéreo de grandes proporções, os passageiros já atormentados que não têm o que comer (já que a empresa aérea não paga o lanche), o posto

de combustíveis que explode, os pacientes que vêm a falecer, a casa atingida pelo balão que pega fogo. (TARTUCE, 2016, p. 455)

Os danos sociais para Azevedo (2004) decorrem especialmente da violação à segurança das pessoas, que não é afetada apenas quando bens patrimoniais são furtados ou roubados. A insegurança na vida social atinge a esfera psíquica das pessoas, diminuindo sua qualidade coletiva de vida.

A segurança antes pactuada e contratada passa a figurar como um dever quase que intrínseco a toda e qualquer relação jurídica. De acordo com o raciocínio do autor, quanto menor a segurança, pior a sociedade, pois esta passa a viver constantemente atemorizada e intranquila. Assim, se alguém comete ato ilícito doloso ou gravemente culposos deve responder pelos danos materiais e morais que causar, além de responder também por danos sociais.

Segundo Tartuce (2016) esta modalidade de dano guarda estreita relação com o princípio da socialidade que marca a codificação atual. Desta feita, ao lado da propriedade e dos contratos, o direito da responsabilidade civil é chamado a atender uma função social, que se concretiza na valorização do interesse coletivo sobre os interesses individuais. Dar à responsabilidade civil uma função social é investigar os efeitos práticos que a fixação de uma indenização pecuniária tem surtido no meio que a cerca.

Neste ponto, Azevedo (2004) sugere que, além da indenização pelos danos patrimoniais e extrapatrimoniais, o agente ofensor seja condenado a pagar uma indenização punitiva pelo cometimento de danos sociais. Para tanto, explica o autor que o direito civil brasileiro não afastou totalmente a função de punir condutas, pois em diversas hipóteses estabelece penas civis para sancionar comportamentos, como por exemplo, as previstas nos artigos 939 e 940 do Código Civil que são imputadas ao credor que demande pelo pagamento da dívida antes do vencimento ou por dívida já paga. Ainda menciona como exemplo de punição, a exclusão da sucessão para os herdeiros que praticarem os atos previstos no artigo 814, tais como homicídio doloso, acusação caluniosa ou violência contra a liberdade de testar. Dentre outros exemplos, conclui o autor que a pena no direito civil não obedece uma rigidez como no direito penal.

Azevedo (2004) não olvida que há dois problemas para a fixação de uma indenização punitiva para os danos sociais no Brasil, os quais seriam a restrição de sua aplicação à esfera da responsabilidade civil subjetiva, onde só então seria

possível avaliar se houve ato doloso ou gravemente culposos; e o fato de que o artigo 944 não deixa brechas para o agravamento da indenização além dos limites fixados pela extensão do dano. Quanto ao primeiro problema, o autor entende que seria possível a fixação de indenização por danos sociais nas hipóteses de responsabilidade objetiva, justificando a admissão ante o fato de que a adoção do modelo objetivo não excluiu o modelo subjetivo, podendo ambos se materializar conjuntamente no caso concreto. Em relação ao segundo problema, defende Antonio Junqueira que a extensão do dano abarca as lesões sofridas pela sociedade, não havendo nenhuma regra de cunho proibitivo a este raciocínio.

Embora haja importantes vozes contrárias à aplicação da função punitiva na fixação da indenização no Brasil, a jurisprudência sinaliza nos dois sentidos, quais sejam, de acolher a tese da existência do dano social, bem como no caso de sua ocorrência, de fixar uma parcela indenizatória a título de punição, mas com a finalidade dissuasória. Senão vejamos:

Nos autos do Processo 20288-2007-000-02-00-2, o Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 2ª Região condenou o Sindicato dos Metroviários de São Paulo a pagar 450 cestas básicas para entidades filantrópicas a título de indenização por dano social causado à coletividade em razão de greve abusiva que paralisou a cidade. A referida corte entendeu que sendo o transporte, serviço de natureza essencial, a greve atinge não só o empregador, mas a toda a sociedade, ameaçando a segurança e o bem estar comuns.

Segundo Tartuce (2016, p. 457), “a extensão do dano para a coletividade, material e imaterial, foi levada em conta para a fixação da indenização, reconhecendo-se o caráter pedagógico ou disciplinador da responsabilidade civil, com uma função de desestímulo para a repetição da conduta”.

Outro caso de aplicação prática é dado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), na Apelação nº. 0027158-41.2010.8.26.0564, ao reconhecer a ocorrência de dano social, praticado pela empresa operadora de planos de saúde AMIL, em razão de reiteradas negativas de coberturas médicas, condenando-a ao pagamento de 1 milhão de reais a título de indenização punitiva. O caso dizia respeito a paciente, vítima de infarto, que teve negado seu pedido de cobertura médico-hospitalar pela seguradora, tendo sido obrigado a procurar outro hospital a fim de ser atendido, mesmo tendo direito à cobertura. A decisão judicial deferiu o pagamento de

indenização pelo dano individual sofrido no valor de 50 mil reais, além da indenização punitiva que reverteu ao Hospital das Clínicas de São Paulo.

Neste caso, o valor da indenização a título de danos sociais fora fixado de ofício pelo Tribunal Estadual sob a justificativa de tratar-se de interesse público, resguardado pelo Código de Defesa do Consumidor.

Frise-se que o STJ, nos autos da Reclamação nº. 13.200 GO, já sinalizou pela impossibilidade de deferimento de indenização por danos coletivos ou sociais sem que haja pedido expresse nesse sentido. A Corte superior baseou-se inclusive no enunciado 456 da V Jornada de Direito Civil que acolheu a nomenclatura “danos sociais”, mas restringiu sua reclamação aos legitimados para propor ações coletivas.

Pela aproximação conceitual, Tartuce (2016) afirma que os danos sociais são difusos, pois as vítimas são indeterminadas ou indetermináveis. No entanto, a dificuldade vista pelo autor seria em relação ao destino do valor fixado a título de indenização punitiva.

Azevedo (2004, p. 377) parece defender que os valores relativos à indenização punitiva sejam direcionados a um fundo ou a uma instituição de caridade, ao usar como base os dispositivos do Código Civil que tratam do pagamento indevido, a saber, o parágrafo único do artigo 883, que determina a entrega daquilo que foi dado para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei a estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz. Entretanto, esta solução seria razoável apenas quando o autor da ação fosse os órgãos da sociedade como o Ministério Público, devendo o valor reverter em benefício da vítima, quando esta, individualmente, propuser a ação, “entendendo que o particular na sua ação individual de responsabilidade civil, age também como defensor da sociedade”.

Judith Martins-Costa critica veementemente o desvirtuamento da concepção de dano social elaborada por Junqueira de Azevedo, principalmente no que concerne ao uso da função punitiva para fundamentar o agravamento da indenização pecuniária na ocorrência destas lesões. Segundo a autora, a fixação de uma indenização com caráter de pena é inconstitucional, por querer se impor uma pena sem lei anterior que a defina ou sem que seja feita uma análise da culpa ou dolo do ofensor.

Na tentativa de ultrapassar as claras barreiras de ordem constitucional à aplicação judicial de *punitive damages*, ensaia-se a “troca de etiqueta”, passando-se a denominá-lo de dano social. Esta figura nasceu de opinião

externada em artigo doutrinário pelo Professor Antonio Junqueira de Azevedo, que, preocupado com uma situação pontual – o problema da segurança de vida e de integridade física e psíquica – propôs refletir sobre a conveniência de, em certos casos, agravar o quantum indenizatório, na responsabilização por dano moral, a título de “desestímulo” àqueles que agem dolosamente ou em culpa grave, atingindo a segurança física e psíquica do ser humano. A partir dessa inspiração doutrinária – um único artigo, de poucas páginas, propondo refletir sobre um “tema novo”, inconcluso quanto a vários aspectos e que não teve seguimento, em face do falecimento daquele Professor – começaram a ser emitidas decisões judiciais dando valor de lei àquela opinião. (MARTINS-COSTA, 2014, p. 7100-7101)

Na verdade, Martins-Costa denuncia o mau uso da doutrina elaborada por Junqueira de Azevedo, quando da aplicação dada pelos tribunais brasileiros em casos em que sequer menciona-se a caracterização dos requisitos pensados pelo autor da tese que impõe, por exemplo, que os atos ensejadores de danos sociais sejam dolosos ou gravemente culposos e que atentem contra a segurança da sociedade.

A título de exemplo, cita a condenação de bancos em ação proposta por consumidores que alegam ocorrência de dano moral por demorarem 25 a 30 minutos em filas para serem atendidos, o que segundo a decisão judicial, configuraria evidente constrangimento e transtornos que extrapolam os limites do tolerável, a ensejar, inclusive, a condenação da instituição financeira, *ex officio*, em danos sociais, por menosprezar os usuários de seus serviços, causando-lhes decepção e melancolia.

Registre-se a existência do Projeto de Lei nº 3.880/2012 de autoria do Deputado Domingos Neto, que tramita na Câmara dos Deputados, objetivando alterar os artigos 186 e 944 do Código Civil, para inserir a figura do dano social, ao lado das espécies de dano moral e material, tendo o mérito da proposição, recebido parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

A partir da existência de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais divergentes quanto ao tema dos danos que atingem a coletividade, é possível enxergar um ambiente propício ao debate acerca das funções da responsabilidade civil quando estes interesses coletivos são violados.

#### 4 ANÁLISE DA MULTIFUNCIONALIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS COLETIVOS

No primeiro capítulo deste trabalho, ao tratar dos elementos formais da responsabilidade civil, traçou-se um breve lineamento histórico acerca dos meios de resolução de conflitos. Naquela oportunidade, percebeu-se que, em razão de sua origem, a responsabilidade civil assumiu nítida finalidade punitiva, posto que o uso da força física com vistas à satisfação da vingança não trazia em seu cerne a ideia de reparação.

A evolução da racionalidade civilizatória traz consigo a concepção de reparação do dano sofrido a ser suportada pelo autor da lesão. Assim, cada vez mais as regras relativas à responsabilização vão se afastando da função punitiva e centrando-se na função reparatória de danos.

Historicamente, e sob o aspecto funcional, reservou-se à responsabilidade civil apenas a finalidade de, ora punir o culpado pela lesão a interesse de outrem mediante o uso da força, ora reparar o dano injusto sofrido por alguém, como uma espécie de cabresto cartesiano a impedir uma visão holística acerca das múltiplas funções a serem alcançadas concomitantemente.

Com a evolução da sociedade, a descoberta de novos inventos e o uso cada vez mais frequente da tecnologia, assiste-se ao incremento dos meios de produção e, conseqüentemente, a um aumento considerável dos danos. A exclusividade do modelo de responsabilidade baseado na culpa e a preocupação de simplesmente reparar o dano quando ele ocorresse são postas em cheque. Busca-se um meio de tutelar os interesses das vítimas de danos injustos sem impor-lhes o ônus pesado da prova da culpa, o que culmina com a objetivação da responsabilidade. Além disso, a preocupação com o dano é antecipada para um momento anterior à sua ocorrência, ou seja, o dano é visto como algo que pode ser evitado, e na impossibilidade de se evitar, a sua concretização deve ser não apenas reparada, mas punida.

A doutrina civilista especializada rendeu-se à visão de que a responsabilidade civil não possuía apenas uma função, e sim, várias funções.

Reis *apud* Gagliano e Pamplona Filho (2011, p.63) afirma que a lei possui um sentido tríplice: reparar, punir e educar, o que subsidia estes últimos autores a concluir que a responsabilidade civil possui três funções definidas que seriam a



compensação do dano à vítima, a punição do ofensor e a desmotivação social da conduta lesiva.

Compensar nos remete à ideia de recomposição de um estado que fora abalado, daí exsurge a ideia de restabelecimento do “status quo ante”. Para a melhor doutrina esta seria a finalidade primordial da responsabilidade civil, o que restou consignado no artigo 947 do Código Civil Brasileiro quando determina a substituição do valor da prestação pelo seu valor em moeda corrente quando o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada.

Nos dizeres de Cavalieri Filho (2014) o princípio da reparação integral orienta toda a estrutura básica do sistema de responsabilidade civil, que embora pareça uma utopia, deve ser perseguido com vistas à realização da justiça corretiva ou comutativa.

Para os autores Gagliano e Pamplona Filho (2011) a função secundária da responsabilidade civil estaria atrelada a outra de caráter socioeducativo, ou seja, punir o ofensor para desestimular a prática de condutas lesivas, servindo a obrigação de indenizar como exemplo para os demais membros da sociedade.

Farias, Rosenvald e Braga Neto (2014, p. 71), alinhados com a ideia de multifuncionalidade da responsabilidade civil, alertam que

não há um isolamento entre as três funções sugeridas. O direito civil se serve de diversas tonalidades e técnicas, sendo sintomática uma intersecção entre estes papéis da responsabilidade civil – cabendo até mesmo uma conjugação funcional -, sem contudo se suprimir de cada qual a sua autonomia dogmática e aptidão para atuar nos diversos firmamentos da matéria.

Estes mesmos autores ainda consignam em sua obra uma terceira função da responsabilidade civil, a que denominam de precaucional, distinguindo-a do princípio da prevenção. Para os mencionados juristas, a aplicabilidade do princípio da prevenção caberá quando o risco de dano for atual, concreto e real. Já a precaução é chamada a orientar os riscos potenciais ou abstratos que possam redundar em danos irreversíveis e graves.

Esta perspectiva amplificada das funções da responsabilidade civil calha com a necessidade de se enxergar o instituto para além das relações jurídicas intersubjetivas, especialmente quando nos deparamos com os efeitos exógenos

sentidos por toda a coletividade em contratos que transbordam os limites internos das obrigações.

É que a responsabilidade civil nos moldes tradicionais contenta-se em resolver os conflitos advindos *a posteriori*, ou seja, obriga o ofensor a reparar o dano, somente após a sua constatação, sendo que, a sociedade atual reclama um sistema que, antevendo um prejuízo futuro e coletivo, disponha de mecanismos para inibir ou minorar os efeitos lesivos, antes mesmos que estes ocorram. Além do que, é preciso levar em linha de conta que as relações jurídicas deixam de se concentrar apenas nos sujeitos ativo e passivo e passam a abranger toda a coletividade em que está inserida. Em síntese, não basta apenas reparar ou punir, é preciso prevenir.

#### **4.1 Os danos coletivos materiais e o princípio da reparação integral a delimitar a função reparatória**

A despeito de se defender uma abertura conceitual para a funcionalização dos institutos de direito privado, reparar um dano, no sentido de restituir o bem jurídico atingido parece ser a finalidade precípua da responsabilidade civil. Seja no sistema do *common law*, onde é denominada de *compensation*, seja no sistema romano-germânico ou *civil law*, que se funda na restituição integral, a ideia de ressarcimento é inafastável ao direito, enquanto instrumento de equilíbrio das relações sociais.

A explicação para a centralidade da função reparatória decorre da área ocupada pela responsabilidade civil nas relações privadas. A necessidade de se deixar livre o indivíduo para o exercício das atividades econômicas delimitou o campo de atuação da responsabilidade civil, que tinha por finalidade apenas restabelecer as perdas provenientes da circulação dos bens. A função reparatória decorre da função demarcatória assumida pela responsabilidade civil que servia para separar os limites da liberdade humana e a proteção a interesses e bens. Estes limites eram fixados pelo ideal liberal que reclamava um amplo espaço para o exercício da autonomia da vontade, sem amarras ou limitações. Assim, o mais racional, sob esta ótica, seria deixar que as relações jurídicas fossem travadas livremente, e apenas na ocorrência de lesões, obrigava-se o causador do dano a repará-lo. Assim, Braga Netto, Farias e Rosenvald (2014, p. 72) afirmam que ressarcir é consequência negativa do erro no exercício da liberdade individual,

estando a lesão “no centro da responsabilidade civil e a sua função, conseqüentemente, é o restabelecimento do equilíbrio econômico–jurídico, desfeito por ocasião do fato danoso”.

Reparar um dano é recolocar o indivíduo, pelo menos de forma aproximativa, no estado em que se encontrava antes do evento lesivo. Tal mister nem sempre é possível, mas é essencial para que seja restabelecido o senso de segurança que deve sustentar as relações sociais, pois a certeza de que eventuais prejuízos serão ressarcidos é a garantia do exercício das liberdades individuais. A irressarcibilidade de prejuízos por certo inibiria o desenvolvimento humano, social e econômico, visto que o indivíduo não arriscaria, ou no mínimo, ponderaria, antes de realizar atos que pudessem comprometer seu patrimônio ou sua própria vida.

Sanseverino (2010) explica que a reparação de danos evoluiu junto com a sociedade sempre levando em conta a extensão dos prejuízos causados, podendo ocorrer de duas formas: *in natura* ou mediante o pagamento de uma indenização pecuniária. A reparação *in natura* seria o modo mais adequado e menos traumático para a vítima, pois o seu estado anterior ao ato lesivo seria restabelecido, mediante a restituição exata do bem atingido. Há vantagens também para o agente ofensor, na medida em que a restauração natural do bem violado, o isentaria de ter que pagar o equivalente, evitando avaliações subjetivas.

Por questões óbvias, não é possível a ocorrência de um restabelecimento absoluto do bem atingido, mas o que se busca é uma aproximação maior possível.

Na perspectiva do direito comparado, a função reparatória *in natura* também encontrou eco nas codificações civis alemã e portuguesa. O Código Civil Alemão expressamente obriga o devedor a repor a situação que existiria, caso as circunstâncias que o obrigaram a indenizar não tivessem ocorrido. Na mesma linha, o direito português opta como meio direto de reparação, o restabelecimento natural dos bens violados.

O direito civil brasileiro copia este modelo ao determinar em seu artigo 947 que “se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente”. Assim, primeiramente, busca-se a reparação *in natura* do bem violado, e, não sendo isto possível, avaliam-se os danos causados para a fixação em dinheiro do *quantum* indenizatório, que neste caso, assume caráter subsidiário.

O texto legal acima transcrito parece se referir ao direito obrigacional no sentido de conferir ao credor não apenas a possibilidade de exigir perdas e danos diante do inadimplemento, mas também de executar a tutela específica prevista no contrato, ou seja, o cumprimento exato do objeto da obrigação. Inclusive, para o cumprimento da sentença que determina o cumprimento da obrigação de dar, fazer ou não fazer, o juiz poderá lançar mão de medidas que efetivem a satisfação do credor como a imposição de astreintes e expedição de mandado de busca e apreensão, conforme previsão legal contida nos artigos 536 e 538 do Código de Processo Civil. Tais medidas judiciais reforçam o entendimento de que a reparação *in natura* ocupa preferência no ordenamento jurídico em relação à reparação em pecúnia.

Embora o artigo 947 se refira à esfera obrigacional, é possível sua aplicação na responsabilidade aquiliana, dando a oportunidade ao causador do dano que recomponha o bem violado ou o substitua por outro da mesma espécie.

Por certo que tal determinação mais facilmente pode ser observada no que tange aos danos patrimoniais que por sua natureza são suscetíveis de apreciação econômica e, portanto, mensuráveis ou valoráveis pecuniariamente, situação que se torna mais complexa, quando referimo-nos aos danos extrapatrimoniais.

Entretanto, a doutrina clássica parece entender que é possível que o dano extrapatrimonial possa ser reparado *in natura*. Almeida Costa (2004) *apud* Sanseverino (2010) faz menção aos danos causados pela injúria, que na seara civil poderiam ser reparados por meio de retratação, pensamento que também é compartilhado por Pontes de Miranda.

Outros exemplos de reparação *in natura* dos danos extrapatrimoniais poderiam ser citados como a obrigação de veicular a contrapropaganda, imposta para o fornecedor que incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, prevista no artigo 60 do Código de Defesa do Consumidor, bem como a concessão do direito de resposta, proporcional ao agravo, prevista no inciso V do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Fischer (1938) *apud* Sanseverino (2010) reconhece que embora a reparação natural seja mais eficaz que a reparação pecuniária por se constituir no meio mais próximo da restituição do bem lesado, há hipóteses em que isto será insuperável como no caso de morte da vítima, onde, em razão da natureza do dano, é materialmente impossível o restabelecimento do bem. Além disso, o credor pode

não possuir mais interesse na execução da tutela específica, contentando-se com o pagamento das perdas e danos.

A reparação em pecúnia tem raízes no direito romano, que embora não fizesse uma distinção clara entre responsabilidade civil e penal, previa a imposição de uma *poena privata* para o cometimento de delitos privados como aqueles cometidos contra pessoa ou seu patrimônio. Com o Código Civil Frances de 1804, a reparação pecuniária assume maior nitidez como meio de responsabilização daquele que praticasse condutas culposas (*faute*) que gerassem danos (*dommage*) a outrem. As perdas causadas deveriam ser reparadas em moeda, cujo valor residia no fato de ser o instrumento de permuta de valores entre os países desenvolvidos (VINEY, 1988, p. 22 *apud* SANSEVERINO, 2010, p. 42).

O Código Civil Brasileiro estabelece em seu artigo 944, *caput*, que “a indenização mede-se pela extensão do dano”, o que nos leva a concluir que, em regra, não é a gravidade da culpa em sentido amplo que vai determinar o valor da indenização pecuniária, mas a dimensão do prejuízo suportado pela vítima. Este preceito fundamenta o “princípio da restituição<sup>38</sup>”, herança romana que determinava que a restituição decorrente de um dano deveria ser completa (*restitutio in integrum*), também chamado de Princípio da Reparação Integral. A restituição integral baseia-se em um critério matemático de transferência dos prejuízos sofridos pela vítima para o patrimônio do ofensor, na tentativa de recomposição do estado anterior de coisas.

Sanseverino (2010) explica que a restituição integral encontra seu fundamento na *justiça corretiva* de Aristóteles, chamada posteriormente por Tomás de Aquino de *justiça comutativa*, ou seja, o decréscimo ou violação a um direito deve encontrar a exata correspondência na reparação deste prejuízo. Segundo ele, esta justiça corretiva está inserida na Codificação Reale, especialmente na perspectiva da eticidade, ao estabelecer uma vertente da igualdade entre a vítima e o ofensor. Assim, o dano injusto sofrido pela vítima deve ser reparado totalmente, mas não pode gerar o seu enriquecimento injustificado. A indenização deve cobrir exatamente o dano, e não pode ser fixada nem além nem aquém do tamanho do prejuízo, o que se ampara no brocardo francês “*tout le dommage, mais rien que le dommage*”.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> Nomenclatura utilizada por José de Aguiar Dias em sua obra “Da responsabilidade civil”, 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994.

<sup>39</sup> Expressão francesa que significa “todo o dano, mas não mais que o dano”.

Esmiuçando o princípio da reparação integral, o autor defende que sua aplicação visa alcançar três finalidades, que denomina de função compensatória, a qual determina que o dano deve ser reparado em sua totalidade; a função indenitária, que justifica a vedação ao enriquecimento ilícito; e a função concretizadora, que busca avaliar concretamente os prejuízos efetivamente sofridos.

A função compensatória contempla a mais evidente finalidade do princípio da reparação integral, pois por meio dela se busca alcançar a restauração do bem jurídico violado, compensando os prejuízos sofridos em decorrência do ato danoso. Assim como no Brasil, o direito civil de outros ordenamentos jurídicos prestigia a função compensatória, tais como o francês e o alemão. Inclusive aqueles que integram a *common law*, orientam-se pela *compensatory rule*, afastando-se dela apenas em situações excepcionais como no caso dos *punitive damages*.

Quanto à função indenitária, Clayton Reis fazendo expressa menção a Hans Albrecht Fischer, enfatiza que o objetivo principal da reparação de danos é alcançar a satisfação das perdas experimentadas pela vítima sem que isto promova seu enriquecimento ilícito, ou seja, “conseguir que o lesado não fique nem mais pobre nem mais rico do que estaria se o fato danoso se não houvesse produzido” (REIS, 2010 p. 173)

O aspecto indenitário caracteriza-se como uma espécie de limitação à reparação integral na medida em que determina que somente os danos efetivamente comprovados devem ser reparados, servindo o montante dos prejuízos, como critério tanto de piso quanto de teto para a fixação do *quantum* indenizatório. A partir deste raciocínio, o artigo 944 do Código Civil que fundamenta a função reparatória da responsabilidade civil é complementado pelo artigo 884 do mesmo diploma legal, a qual veda o enriquecimento sem causa.

Sobre esta limitação de teto imposta pela função indenitária, tem-se a figura da “*compensatio lucri cum damno*”, ou seja, a compensação dos eventuais lucros derivados do evento lesivo com a indenização a ser fixada, que neste caso deve ser diminuída de acordo com as vantagens que a vítima auferiu. Com vistas a facilitar o entendimento desta questão, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino menciona exemplo citado por Karl Larenz, no qual a obrigação é de entregar um carro novo em substituição a um defeituoso ou avariado. Neste caso, se a vítima auferir vantagem da deterioração, por exemplo, vendendo o carro destruído a um ferro velho, deve entregar tal quantia ao agente ofensor, pois o valor que irá receber de indenização

não pode lhe deixar em situação mais favorável àquela vivenciada antes do evento lesivo. (SANSEVERINO, 2010)

Assim, embora não haja previsão legal expressa acerca desta situação no ordenamento jurídico brasileiro, nada obsta que o juiz imponha tal compensação desde que haja identidade de causas entre a vantagem auferida e o dano sofrido pela vítima.

Outra situação limitadora à função indenitória seria a atribuição de uma função punitiva à responsabilidade civil, posto que neste caso, o valor da indenização não se restringiria mais aos danos sofridos pela vítima, assumindo caráter sancionatório-punitivo, aproximando a indenização da figura da pena civil. Conforme será visto mais adiante, no que se refere à indenização por danos coletivos, a função indenitória da reparação integral se colocaria como obstáculo quase que intransponível para a tendência atual de se atribuir uma função punitiva à responsabilidade civil<sup>40</sup>. No entanto, parece que a jurisprudência brasileira anda na contramão desta previsão.

A terceira função desempenhada pelo princípio da reparação integral é a concretizadora que propõe para a fixação da reparação pecuniária, a observância de critérios concretos, ou seja, a análise das circunstâncias fáticas que envolvem o fato lesivo. Por mais que parâmetros abstratos, criados com base no julgamento de casos análogos, possam ser sugeridos para nortear o julgador, é preciso ter em linha de conta as particularidades de cada caso, bem como os danos efetivamente sofridos pela vítima e comprovados em juízo.

Embora quanto aos danos patrimoniais, o princípio da reparação integral atenda perfeitamente o objetivo primordial da responsabilidade civil que é o restabelecimento do *status quo ante*, parte da doutrina acredita na sua insuficiência para atender de forma perfeita a reparação de danos causados a interesses desprovidos de apreciação econômica como é o caso dos danos extrapatrimoniais, e mais particularmente, dos danos coletivos.

Para tanto sugere a doutrina, o uso do termo “compensação” ao invés de indenização, como espécie de reparação de danos a bens imateriais, isto por que, nas palavras de Noronha (2003, p. 438) “indenizar é apagar o dano, o que só se consegue fazer através da reposição do patrimônio na situação em que estava

---

<sup>40</sup> Esta discussão será travada no tópico 3.3

antes, enquanto compensar é dar algo que contrabalança o mal causado, mas sem poder apagar este”.

Isto acontece por que, como explicam Braga Netto, Farias e Rosenvald (2017, p. 317), “essa tão desejável volta ao estágio anterior, ainda que possível (em tese) para os danos patrimoniais, é absolutamente impossível para os danos morais”.

Os danos extrapatrimoniais não podem ser objeto de avaliação absoluta, se considerarmos que se trata de questão na qual predomina o imponderável. Neste caso, por mais preciso que seja o *quantum* indenizatório, sempre ocorrerá o arbítrio do magistrado, em virtude de não ser um dano real ou de natureza material em que se observa a fixação do *quantum debeatur*, de acordo com a extensão do prejuízo. Aí, será possível dimensionar com precisão a extensão do prejuízo patrimonial, com o propósito de assegurar à vítima o direito ao ressarcimento integral do bem perdido. (REIS, 2010, p. 179)

O que se percebe, portanto, é que se sedimentou um entendimento no âmbito da doutrina de que o princípio da reparação integral é bem atendido no que tange aos danos materiais, mas já no que tange aos danos morais, por serem estes desprovidos de valor econômico, o juiz poderia adotar outros critérios para a fixação da indenização, ou seja, além de obrigar o agente ofensor a compensar o dano injusto com o pagamento de uma quantia em dinheiro, o julgador poderia fixar o valor da compensação, a título de sanção pela prática do ato lesivo, ao menos de forma indireta, direcionando a responsabilidade civil para adoção de uma função punitiva, ao menos neste tocante. (GONÇALVES, 2013)

Mitigando ainda mais a *restitutio in integrum*, importa mencionar que o parágrafo único do artigo 944 autoriza que o juiz promova uma diminuição no valor da indenização, quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa do agente e o dano experimentado pela vítima, adotando o legislador como critério de apuração do *quantum debeatur*, ainda que a título de exceção, a vetusta gradação da culpa utilizada pelo direito romano (culpa grave, leve e levíssima), o que é alvo de críticas, posto ser visto como retrocesso por alguns autores, a exemplo de Sérgio Savi que critica este dispositivo afirmando que ele “foi de encontro à evolução histórica da responsabilidade civil, que há tempos deixou de lado o grau de culpa do agente e passou a focar a vítima de um dano injusto” (SAVI, 2012, p. 68).

Defendendo esta previsão legal, Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, sugerem que é possível que, por causa de uma



conduta levemente culposa, um dano completamente desproporcional à atuação do agente, seja produzido, como, por exemplo, um incêndio causado por uma ponta de cigarro que alguém despropositadamente deixou cair próximo a uma cortina. Nestes casos, a lei autoriza o juiz a utilizar de equidade para reduzir o valor da indenização. (TEPEDINO, BARBOZA E MORAES, 2012)

Outro caso que pode ser citado como exemplo de atenuação do princípio da reparação integral diz respeito ao disposto no artigo 928 do Código Civil que trata da responsabilidade civil do incapaz. Estabelece o legislador que o incapaz responde subsidiariamente pelos danos que causar “se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes”.

O parágrafo único do referido artigo prevê que, neste caso, a indenização deverá ser fixada de forma equitativa, a fim de evitar que o incapaz ou as pessoas que dele dependam sejam privados de recursos mínimos, capazes de lhes garantir a sobrevivência. Neste caso, a lei busca compatibilizar os interesses da vítima com o mínimo existencial do causador do dano ou de seus dependentes, em respeito ao princípio da dignidade humana, conforme enunciado nº. 39 da I Jornada de Direito Civil.

A impossibilidade de privação do necessário à pessoa, prevista no art. 928, traduz um dever de indenização equitativa, informado pelo princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana. Como consequência, também os pais, tutores e curadores serão beneficiados pelo limite humanitário do dever de indenizar, de modo que a passagem ao patrimônio do incapaz se dará não quando esgotados todos os recursos do responsável, mas quando reduzidos estes ao montante necessário à manutenção de sua dignidade.

Admite-se, excepcionalmente, a relativização do princípio da reparação integral, para que seja fixada uma indenização que não se norteará pelo montante dos prejuízos e sim por critérios de equidade.

Feitas estas considerações acerca da função reparatória e do princípio da reparação integral que a fundamenta, cumpre analisar sua aplicação aos danos coletivos de natureza patrimonial. Como visto, é perfeitamente possível que a conduta do agente produza efeitos lesivos ao patrimônio coletivo, o que poderá ensejar sua responsabilização tanto na obrigação de reparar o dano *in natura* como por meio de indenização em dinheiro.

Em razão dos interesses difusos não serem suscetíveis de apreciação econômica como, por exemplo, o patrimônio histórico e artístico, indaga-se acerca da existência de um dano patrimonial decorrente da violação a estes interesses. Por óbvio que um conjunto arquitetônico ou de obras de arte tombadas pelo Poder Público possui valor imensurável, sendo impossíveis de se medir em dinheiro. No entanto, conforme Novais (2015), os bens coletivos materiais possuem corpo (suporte físico material, v.g. uma casa) e alma (valores ou atributos que se agregam ao bem material, tais como a antiguidade, raridade, vinculação a fatos históricos, estilo arquitetônico, autoria, etc.). A própria Constituição Federal em seu artigo 216 reconhece a existência de um patrimônio cultural, constituído por bens de natureza material e imaterial, que se referem à identidade, ação e memória dos grupos que compõem a sociedade brasileira. Portanto, caso um indivíduo venha a lesar concretamente estes bens, é possível vislumbrar efeitos tanto patrimoniais quanto extrapatrimoniais.

Buscando exemplos concretos de danos patrimoniais na esfera coletiva, Miranda (2006, p. 271) explica que a maioria deles decorre do uso anormal da propriedade por parte do Poder Público ou de particulares e podem consistir na “destruição, deterioração, inutilização de prédios e documentos históricos, a descaracterização e o abandono de edificações tombadas, a demolição às pressas e às ocultas de bens inventariados ou em processo de tombamento”, dentre outros.

Cabe aqui a mesma regra contida no artigo 947 do Código Civil, de que os danos materiais coletivos a princípio devem ser reparados *in natura*, e, apenas na impossibilidade de restauração é que se determina a reparação pecuniária, como no caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), em sede de Apelação Cível nº. 2005.01.5.009109-3, que condenou o ente distrital a demolir diversas edificações irregulares realizadas por comerciantes em áreas de uso comum do povo, com o fito de restaurar o *status quo* da coisa tombada. Tais construções se mostravam incompatíveis com o tombamento de Brasília, constituindo verdadeira ofensa ao patrimônio histórico e cultural, motivo pelo qual além da reparação *in natura*, determinada pela demolição, condenou-se os particulares ao pagamento de indenização pecuniária por dano à coletividade, consistente no uso privativo e desordenado da área pública com prejuízo à livre circulação das pessoas, a ser paga na proporção do tamanho das invasões que

cada lojista havia efetuado e do tempo de fruição irregular dos citados espaços públicos.

No que tange aos danos ambientais, como espécie de danos coletivos em sentido amplo, a fórmula de reparação parece seguir a mesma orientação, a teor do que dispõe o artigo 4º da Lei nº. 6.938/1981 que impõe ao poluidor e ao predador, “a obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados”. Aqui também a indenização pecuniária assume caráter subsidiário, ou seja, será fixada quando for impossível a recomposição ambiental em sua origem, seja por questões fáticas ou técnicas. Nesses casos, a reparação em dinheiro possui caráter fictício ou meramente representativo, visto que a lesão ao meio ambiente não é extirpada com o pagamento de dinheiro, provocando muitas vezes danos irreversíveis.

Braga Netto, Farias e Rosenvald (2017) exemplificam que caso determinada área de preservação ambiental seja desmatada, o juiz poderá determinar que o agente proceda à sua recuperação, fixando também indenização pecuniária por eventuais prejuízos, até sua restauração plena. Tem-se a figura do dano residual que consiste no prejuízo que subsiste, a despeito dos esforços para a restauração do meio ambiente, o que justifica a cumulação de pedidos, conforme a previsão contida no artigo 3º da Lei nº 7.347/85.

#### **4.2 Os danos coletivos imateriais e a problemática em torno da fixação do quantum indenizatório**

Como visto, a tutela dos interesses coletivos é uma realidade legal inafastável, o que demanda intenso debate no âmbito doutrinário a fim de estabelecer parâmetros e critérios que balizem a aplicação das normas que os reconhecem, evitando, de um lado, o engessamento dos institutos por apego excessivo ao formalismo dogmático e do outro, o desvirtuamento de conceitos milenares, erigidos e construídos com base na boa técnica jurídica.

Como visto, abstrai-se que o ordenamento jurídico brasileiro, por meio, sobretudo, do CDC, tutelou expressamente os interesses de natureza coletiva, classificando-os e conceituando-os.

Lorenzetti (1998, p. 217-218) explica que “na medida em que se reconhecem bens coletivos, há também um dano dessa categoria derivado da lesão desse bem”. Assim, classificaram-se os danos coletivos em sentido amplo em três espécies

danos difusos, danos coletivos em sentido estrito e danos individuais homogêneos, conforme o interesse violado.

Conforme elucida Tartuce (2016) parece que há clara tendência de se reconhecer a existência de um dano moral coletivo indenizável, pelo menos na seara consumerista e ambiental, haja vista que a própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça possui entendimentos nesse sentido<sup>41</sup>.

Quanto ao direito do consumidor, a base legal para tanto se encontra no artigo 6º, inciso VI do CDC que expressamente prevê a reparação por danos morais coletivos.

Em relação aos demais danos, a cláusula geral de tutela da pessoa humana, prevista no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, tem fundamentado as decisões judiciais favoráveis ao reconhecimento dos danos morais coletivos, sob o argumento de que este preceito possui uma dimensão coletiva.

Sarlet (2006, p. 52) comunga deste posicionamento ao afirmar que se a dignidade humana está atrelada à própria condição humana, não é possível desvinculá-la de “uma necessária dimensão comunitária (ou social)”, e ainda afirma que isso se dá “justamente por serem todos iguais em dignidade e direitos e pela circunstância de nesta condição conviverem em determinada comunidade ou grupo”. Na mesma oportunidade, Sarlet assevera que, Kant sugeria “o caráter intersubjetivo e relacional da dignidade da pessoa humana, sublinhando inclusive a existência de um dever de respeito no âmbito da comunidade dos seres humanos”.

A doutrina atual parece convergir no sentido de admitir uma concepção coletiva do dano. Ao se referir à necessidade de construção de um “direito privado coletivo”, Braga Netto, Farias e Rosenvald (2017, p. 256) justificam que

em uma sociedade de massa, o direito privado alcança a esfera social, pois prevalece o princípio da solidariedade. Transitamos do sujeito isolado para o “sujeito situado”, que se coloca diante de bens públicos escassos. Isso requer uma tutela jurídica diferenciada. Enquanto cada indivíduo titulariza a sua própria carga de valores, a comunidade possui uma dimensão ética, independentemente de suas partes. Ela possui valores morais e um patrimônio ideal a receber tutela. A violação da própria cultura de certa comunidade em seu aspecto imaterial produz o dano moral coletivo.

Enquanto a admissão da existência de um patrimônio coletivo a ser titularizado por um grupo de pessoas embasa a concepção de dano coletivo, pode-

---

<sup>41</sup> REsp. nº. 1.057.274/RS; Resp. nº. 1.221.756/RJ.

se dizer que o alicerce que sustenta a concepção de um dano extrapatrimonial na esfera coletiva é a existência de uma carga de valores éticos e culturais pertencentes a uma comunidade.

Inobstante, o ordenamento jurídico brasileiro tenha inserido em suas normas, diversos dispositivos que tutelam interesses nitidamente com caráter coletivo, as decisões judiciais oriundas dos tribunais superiores ainda resistiam em acolher a possibilidade de ocorrência de danos coletivos na esfera extrapatrimonial.

Caso emblemático julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2006, nos autos do Recurso Especial nº. 598.281- MG, dizia respeito à possibilidade do Ministério Público pleitear indenização por danos morais coletivos em face do Município de Uberlândia, em razão de degradação ambiental ocasionada pela implantação de loteamentos. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais havia decidido que a condenação em danos morais era indevida, “posto que dano moral é todo o sofrimento causado ao indivíduo em decorrência de qualquer agressão aos atributos da personalidade ou aos seus valores pessoais, portanto de caráter individual, inexistindo qualquer previsão de que a coletividade possa ser sujeito passivo do dano moral”. Naquela oportunidade, o STJ confirmou o entendimento do tribunal estadual, com base no voto-vista do Ministro Teori Zavascki, que citando Stoco (2004, p. 855-857) decidiu que o dano moral é circunscrito à individualidade, não se podendo falar em “agressão moral a uma coletividade ou a um grupo de pessoas não identificadas”, pois “a ofensa moral sempre se dirige à pessoa enquanto portadora de individualidade própria”, não havendo que falar em “dano moral ao meio ambiente, muito menos ofensa moral aos mares, rios, à Mata Atlântica”. Divergindo de Zavascki, o relator do processo, Ministro Luiz Fux, defendeu que “o meio ambiente ostenta na modernidade valor inestimável para a humanidade, tendo por isso alcançado a eminência de garantia constitucional”. Ponderou ainda Fux que a partir da Constituição Federal de 1988 o dano moral ultrapassou a barreira do indivíduo, para podendo ser causado tanto à pessoa jurídica quanto à coletividade.

Posicionamento semelhante fora adotado no Recurso Especial nº. 971.844/2009-RS quando a Primeira Turma do STJ entendeu pela impossibilidade de existência de um dano moral coletivo, pois “a noção de dor, sofrimento psíquico”, que comprovam a ocorrência de um dano moral, é de “caráter individual, incompatível, assim, com a noção de transindividualidade - indeterminabilidade do

sujeito passivo, indivisibilidade da ofensa e de reparação da lesão”. A hipótese cingia-se à violação aos direitos dos consumidores que foram privados pela empresa Brasil Telecom de um serviço de telefonia de qualidade, por não ter disponibilizado postos de atendimento aos usuários em todos os municípios do Rio Grande do Sul. Segundo o Ministro Teori Zavascki, os danos neste caso se limitariam a atingir pessoas individuais e determinadas, sendo incabível a noção de dano moral coletivo.

No âmbito da mesma corte, assurgem decisões importantes aceitando a possibilidade de reparação de danos morais na esfera coletiva.

A 2ª turma do STJ, no julgamento do REsp nº. 1.057.274, acolheu o entendimento de que é possível a ocorrência de dano moral coletivo. No caso concreto, idosos se viram obrigados por uma empresa de transportes a se submeter a um cadastramento prévio, para que pudessem gozar dos benefícios do passe livre, o que viola o art. 39, §1º do Estatuto do Idoso que exige apenas a apresentação do documento de identidade. A ementa do acórdão de relatoria da ministra Eliana Calmon é didática, pois conceitua o dano moral coletivo como aquele que é “transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas” e que pode ser provado “pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base”. Destaca ainda que “a comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico”, são “suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos”.

A partir deste precedente, tanto o STJ quanto os Tribunais Regionais Federais e Cortes Estaduais têm se inclinado para reconhecer possível a reparação por danos morais coletivos em ações que versam sobre danos ao consumidor, danos ambientais, danos ao patrimônio histórico e artístico, danos decorrentes de atos de improbidade administrativa, etc.

Atualmente, a discussão doutrinária e jurisprudencial ainda dissonante quanto aos danos coletivos não se prende tanto ao reconhecimento da obrigação de reparar, e sim, aos critérios de fixação da indenização. Pois é óbvio que, uma vez violado um bem coletivo que é protegido por lei, e configurados os pressupostos da responsabilidade civil, a saber - conduta, nexos causal e dano, e ainda, ausentes eventuais excludentes, deve o agente lesante, responder pelos prejuízos causados.

No entanto, as discussões sobre os critérios de fixação do quantum indenizatório referente ao dano moral, são transpostas para os danos morais coletivos, e neste caso, com alguns agravantes, como, por exemplo, a indeterminabilidade do sujeito passivo, a indivisibilidade da ofensa e, por conseguinte da reparação da lesão.

A dificuldade em dimensionar concreta e integralmente o dano coletivo extrapatrimonial, tem induzido a doutrina e os tribunais brasileiros a estabelecer indenizações pecuniárias em montantes que objetivam penalizar o agente causador do dano, alegando que a obrigação de indenizar, vista como sanção, desestimularia a prática de outras condutas lesivas, além de funcionar como meio exemplar para os demais membros do grupo.

Carvalho (2000, p. 37) defende que no caso de violação a interesses difusos é perfeitamente possível a imposição de reparação em dinheiro com caráter de sanção, posto estar diante de bens de interesse público. Segundo ele, a tutela privada de bens públicos deve obedecer à mesma finalidade a que está sujeita a tutela pública destes bens, qual seja, a tipificação da conduta e a imposição de uma pena. Obviamente, não se pode extrapolar a finalidade primeira que neste caso é de reprimir a conduta e dissuadi-la, sob pena de configuração de enriquecimento sem causa. Para o autor, “a sua aplicação comedida e prudente levaria a uma maior esfera de proteção ao interesse público e aos novos conceitos de interesse difuso e coletivo”. Defende ainda que, na falta de parâmetros objetivos, a fixação do *quantum* indenizatório deve se dá por meio de arbitramento judicial, assim como ocorre no dano moral individual.

Embora tenha preponderado no âmbito dos tribunais brasileiros a forma de reparação em pecúnia, nada obsta que o dano extrapatrimonial coletivo seja reparado *in natura*, como citado em linhas anteriores, por meio da concessão do direito de resposta coletivo.

Como aplicação prática deste caso, registre-se decisão proferida por meio do Acórdão nº. 23793/2018, em sede de Apelação Cível nº. 0034549-11.2004.4.03.6100/SP, oriunda do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que condenou a Rede Record de Televisão e a Rede Mulher de Televisão, pela prática de ofensas às religiões de origem africana, proferidas por meio de programa televisivo intitulado “Mistérios” e quadro “Sessão do Descarrego”, onde se

insultavam os praticantes das religiões afro-brasileiras de termos pejorativos e discriminatórios, tais como “bruxos”, “pais de encosto” e “feiticeiros”.

Entendeu o colegiado que “o menosprezo às religiões afro-brasileiras, constringendo seus adeptos e imputando-lhes expressões ofensivas, configura verdadeiro desrespeito à liberdade de crença, bem como à dignidade da pessoa humana”.

Em razão da violação a direitos coletivos, tais como a liberdade de crença, assegurado constitucionalmente, os autores pleiteavam a concessão do direito de resposta coletivo, o que fora reconhecido pela Corte Federal que determinou às redes de televisão a exibirem cada uma delas, quatro programas, com duração mínima de uma hora, a serem transmitidos em duas oportunidades, totalizando oito exibições por cada emissora, em horários correspondentes àqueles em que exibidos os programas ofensivos. Ainda determinou que a exibição dos programas deverá observar intervalo de sete dias entre uma e outra, devendo cada exibição ser precedida de pelo menos três chamadas aos telespectadores, a ser feito na véspera ou no próprio dia da exibição.

Percebe-se que, em casos tais, a reparação *in natura* afigura-se muito mais eficiente do que a fixação de uma reparação pecuniária, pois em sendo violados interesses extrapatrimoniais como o direito a imagem e a honra, a obrigação de exibir programas de cunho educativo e cultural contribui mais eficazmente para a recomposição natural do dano.

Na reparação pecuniária, a ausência de elementos objetivos para a quantificação do dano moral coletivo, tem demandando prudência do julgador que deve fundamentar a fixação do *quantum* em elementos racionais, baseados em critérios de razoabilidade e proporcionalidade, de modo que a indenização nem cause enriquecimento sem causa para a vítima, nem sentimento de que o dano é eficiente.

Assim, além do critério geral de fixação da indenização previsto no artigo 944 do Código Civil, qual seja, a extensão, gravidade ou repercussão do dano, a indenização por danos extrapatrimoniais coletivos deve basear-se também em condições subjetivas como a capacidade econômica do ofensor, o grau de culpa com que atuou, e, sob um viés coletivo, os efeitos negativos produzidos à coletividade. (BITTAR FILHO, 2005)



Em razão da falta de critérios legais fechados para a composição do montante indenizatório, Medeiros Neto (2012) destaca o papel relevante desempenhado pela jurisprudência no sentido de estabelecer parâmetros analógicos para que sirvam de norte no julgamento de casos semelhantes, observadas as particularidades do caso concreto. Para o autor, o quantum deve ser ao mesmo tempo equânime e correspondente aos valores erigidos pelo ordenamento na tutela dos interesses transindividuais, e assim como Bittar Filho, elenca a gravidade e a repercussão da lesão, a situação econômica do ofensor, o proveito obtido com a conduta ilícita, o grau da culpa ou do dolo (se presentes), a verificação da reincidência e o grau de reprovabilidade social como critérios para estabelecimento da condenação.

Com o objetivo de assegurar um arbitramento equitativo, no REsp 1.152.541, o Superior Tribunal de Justiça acolheu o raciocínio do método bifásico para determinar o *quantum* indenizatório na hipótese de danos extrapatrimoniais, que consiste no cumprimento de duas fases. Na primeira fase se arbitra um valor básico da indenização que se baseia na natureza do interesse violado e nos precedentes jurisprudenciais acerca da matéria. Em seguida, passa-se a uma segunda fase, na qual se procede à verificação das circunstâncias específicas do caso concreto, tais como a gravidade do fato em si, a culpabilidade do agente, a ocorrência de culpa concorrente da vítima, a condição econômica das partes, o que pode elevar ou diminuir a indenização básica já fixada.

Em sendo a sociedade, a vítima dos danos extrapatrimoniais coletivos, os valores fixados a título de reparação pecuniária reverterão “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”, conforme prevê o art. 13 da 7.347/85.

Segundo dispõe o artigo 1º da Lei nº 9.008/95 em seus parágrafos primeiro e terceiro, o Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD) tem por finalidade a reparação dos danos causados à coletividade, tais como as lesões “ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos”, devendo os valores arrecadados, ser “aplicados na recuperação de bens, na promoção de eventos educativos, científicos e na edição de material

informativo especificamente relacionados com a natureza da infração ou do dano causado”.

Alguns ramos do direito, por sua vez, possuem fundos próprios, como o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), para onde são destinadas as indenizações resultantes de condenações por danos coletivos ocorridos na seara trabalhista. Conforme o artigo 10 da Lei 7.998/9, o FAT se destina ao custeio do “Programa de Seguro-Desemprego, ao pagamento do abono salarial e ao financiamento de programas de educação profissional e tecnológica e de desenvolvimento econômico”.

No âmbito dos direitos coletivos relativos à proteção de crianças e adolescentes, a Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) em seu artigo 214, determina que o valor de condenações será revertido a um fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo município.

Diante da tendência verificada na jurisprudência brasileira de se acolher cada vez mais a indenização por danos morais coletivos, é preciso que haja efetiva fiscalização por parte do Poder Público quanto à gestão destes fundos, para onde são revertidas as indenizações, posto que, se a lei estabelece que a aplicação dos recursos deve visar a recomposição dos interesses violados, caso isso não ocorra, esvazia-se o instituto, restando ineficaz a medida.

#### **4.3 A adoção da função punitiva na responsabilidade civil por danos coletivos**

Como visto, a discussão em torno dos critérios de fixação do quantum indenizatório nas ações reparatórias de danos coletivos resvala inevitavelmente no uso da função punitiva. É que muitas vezes, a subjetividade do dano e a dificuldade de mensurar sua extensão, sugerem a aplicação da teoria do desestímulo com vistas a prevenir futuros danos e dar ao valor da indenização um caráter pedagógico. Assim, o valor da reparação é majorado com a finalidade de punir o agente causador do dano e não somente com vistas a reparar o bem jurídico violado, o que tem suscitado acirradas discussões doutrinárias.

O Código Civil não autoriza, pelo menos de forma expressa, o uso da função punitiva da responsabilidade civil, norteando-se pelo critério reparatório, consoante apregoa o artigo 944 do Código Civil. Esta lacuna tem feito com que os tribunais

pátrios, inclusive o STJ, copiem o modelo anglo-saxão dos “*punitive damages*” para dar à indenização, um caráter de pena civil. (MORAES, 2003).

O uso indiscriminado da função punitiva da responsabilidade civil nas ações reparatórias tem sido criticado por ausência de parâmetros legais expressos que autorizem o julgador a fixar uma indenização em patamares maiores, crítica esta que, talvez se afigure razoável, levando-se em linha de conta as ações individuais. No entanto, importa analisar, se o uso da função punitiva nos processo coletivos seria viável no ordenamento jurídico brasileiro e assim, possível juridicamente.

É inegável que a própria concepção originária acerca da função da responsabilidade civil traz em si a punição como ideia que lhe é ínsita. Como visto alhures, a autotutela, primeira fase histórica que explica a evolução do instituto, era baseada na pena de Talião, que buscava reprimir uma conduta lesiva, ou seja, punir um comportamento. E até mesmo quando em Roma, o sistema de responsabilidade civil se estrutura a partir da fixação de uma indenização pecuniária, baseada na graduação da culpa, é perceptível a existência de um componente punitivo advindo do próprio juízo de coercibilidade que se sobressai do descumprimento de uma norma legal ou contratual.

Esta punição do agente causador do dano, originária do direito clássico, fora absorvida ainda que de forma distinta, tanto pela tradição romanista que influenciou os sistemas jurídicos europeus e latino-americanos quanto pelos países que adotam a tradição do Direito anglo-saxão. No sistema jurídico do *civil law* ou romano-germânico, o Código Civil Francês fora o marco para separar rigorosamente as matérias civil e penal, afastando a versão romana de pena privada que derivada do tipo de ação a ser proposta. Já no direito anglo-saxão ensejou a criação de uma espécie de reparação que funcionaria como um castigo ou punição pela conduta reprovável causadora do dano, criando-se a doutrina do *exemplary damages*, para justificar a obrigação de reparar prejuízos intangíveis ou morais, que mais tarde, fora estendida para os danos tangíveis ou materiais, recebendo hoje o nome de “*punitive damages*”. (MARTINS-COSTA e PANGENDLER, 2005)

Embora a origem dos *punitive damages* remonte ao direito inglês do século XIII com o *Statute of Gloucester* de 1278, o instituto ganha autonomia a partir do século XVIII com o caso *Wilkes v. Wood*, julgado em 1763. Na oportunidade fora fixada indenização a título de *exemplary damages*, em razão da prática de abuso de poder por agentes do governo monárquico. Assim, os primeiros casos de aplicação

de uma indenização com caráter punitivo buscam reprimir condutas dolosas ou gravemente culposas, ou sejam, que sejam animadas pela intenção de desrespeitar os direitos de outrem.

Na Inglaterra do século XX, com o caso *Rookes v. Barnard*, são estabelecidos critérios delimitadores para o uso de indenizações punitivas. De acordo com o “*categories test*”, a aplicação dos *punitive damages* estaria condicionada a três situações específicas, que seriam uma atuação opressora do Estado, por meio de atos arbitrários e inconstitucionais dos seus servidores; atos lesivos que podem gerar grande lucro para o agente ofensor, impondo a necessidade de fixação de uma indenização maior; e quando a lei expressamente autorizar. (LEVY, 2012)

O direito inglês incorporou outros balizamentos que foram construídos por meio de precedentes, como o caso *Broome v. Cassell*, em que a reprobabilidade da conduta e a condição econômica do agente foram analisadas a fim de que a indenização cumprisse sua finalidade de punição e dissuasão. Além disso, o comportamento das partes durante o processo, tais como o arrependimento do agente ou deslealdade processual da vítima, também poderiam influenciar o julgador na fixação do *quantum* indenizatório.

A noção clássica de que ao direito penal cabe punir o indivíduo pela prática de condutas ilícitas, enquanto ao direito civil, o dever de reparar os danos, de certo modo influenciou na visão de que os *punitive damages* não podem vir desacompanhados da função reparatória, ou seja, eles serão fixados apenas nas hipóteses em que a compensação dos danos não seja suficientemente capaz de dissuadir o agente de cometer novos ilícitos, assumindo, por isso caráter de complementaridade.

Os primeiros casos de *punitive damages* nos Estados Unidos referem-se a insultos e humilhações sofridas pela vítima, tendo evoluído a partir do século XIX, para abranger situações relativas a acidentes de trabalho ocorridos nas fábricas, em decorrência da Revolução Industrial. Percebe-se cada vez mais um distanciamento da esfera estritamente individual, para abranger situações coletivas, o que definitivamente se deu após a Segunda Guerra Mundial e a recrudescência da sociedade de consumo, ocasião em que o instituto começou a ser aplicado para os casos de comercialização dolosa de produtos que viesse a causar danos em massa.

Nos Estados Unidos, em regra, os *punitive damages* não possuem caráter de direito subjetivo, sendo mero poder discricionário do júri. No entanto, em algumas

jurisdições, caso haja provas suficientes, é dever do júri concedê-los. Cumpre destacar também que, tal indenização não se aplica em razão de violação de contrato, ou seja, reserva-se à responsabilidade extracontratual e depende essencialmente da comprovação de dolo.

Em razão de inúmeros casos que culminaram com indenizações desproporcionais e irrazoáveis, a Suprema Corte americana orientou as cortes estaduais que observassem três diretrizes para a fixação de “*punitive damages*”, quais sejam: grau de reprovabilidade da conduta, disparidade entre o dano efetivo ou potencial sofrido pelo autor e os *punitive damages* e a diferença entre os *punitive damages* concedidos pelo júri e as multas civis autorizadas ou impostas em casos semelhantes (MARTINS-COSTA e PARGENDLER, 2005).

Martins-Costa e Pargendler (2005) usam a expressão “americanização” do direito ao se referir a tendência brasileira de tentar dar à responsabilidade civil uma função punitiva que se aproxima do sistema norte-americano dos “*punitive damages*”.

No Brasil, o Projeto de Lei n. 6.960/2002, hoje arquivado, buscava alterar uma gama de dispositivos do então Novo Código Civil, e dentre eles, o art. 944, com a inserção de um segundo parágrafo que trazia em seu texto: “§ 2.º A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”. Esta alteração visava inserir a teoria do desestímulo, como critério de fixação da reparação por dano moral, segundo a qual o valor da indenização não deve estar adstrito apenas à extensão do dano, mas ser fixado num montante tal, que sirva de desestímulo à repetição da conduta lesiva.

Moraes (2010, p. 348) criticou tal proposta alegando que se assim o fosse, o juiz estaria oficialmente “liberado para punir como quisesse e o lesante continuaria passível de sofrer penalidades exemplares”, o que nos dizeres da autora, transformaria o agente ofensor em verdadeiro “bode expiatório”, além do que a reparação por dano moral não deve ter caráter de pena.

No entanto, a mesma autora enxerga esta tendência no Brasil, qual seja, de dar a responsabilidade civil uma função punitiva e explica que o acolhimento do sistema da pena privada serviu para reforçar a possibilidade jurídica de reparar um dano causado a um bem desprovido de conotação econômica através do pagamento de uma quantia em dinheiro, o que era considerado imoral (MORAES, 2010).

Diante da evolução das relações sociais e a partir do redimensionamento consequencial dos pressupostos da obrigação de indenizar, sugere-se que a perspectiva funcional da responsabilidade civil seja revisitada, o que pode ser confirmado pelas palavras de Rosenvald (2013, p. 75-81):

Não é possível reduzir a função da responsabilidade civil somente à finalidade reparatória, sobretudo à luz de diversos critérios de imputação de danos. [...] O sistema de responsabilidade civil não pode manter uma neutralidade perante valores juridicamente relevantes em um dado momento histórico e social. Vale dizer, todas as perspectivas de proteção efetiva de direitos merecem destaque [...]. As penas civis também se propõe a realizar uma tutela efetiva, com critério funcional preventivo/punitivo, naquelas hipóteses em que a reparação por si só não é idônea a desestimular o ofensor à prática de ilícitos.

De outra banda, necessário atentar para o fato de que a função punitiva da responsabilidade civil nos moldes previstos no *common law* encontra óbices intransponíveis em nosso ordenamento jurídico, cuja tradição é essencialmente romanista.

Por isso mesmo, é importante destacar que a figura dos punitive damages não pode ser confundida com a função punitiva, pois

uma coisa é arbitrar-se indenização pelo dano moral que, fundada em critérios de ponderação axiológica, tenham caráter compensatório à vítima, levando-se em consideração – para a fixação do montante – a concreta posição da vítima, a espécie de prejuízo causado e, inclusive, a conveniência de dissuadir o ofensor, em certos casos, podendo mesmo ser uma indenização “alta” (desde que guarde proporcionalidade axiologicamente estimada ao dano causado); outra coisa é adotar-se a doutrina dos punitive damages que, passando ao largo da noção de compensação, significa efetivamente – e exclusivamente – a imposição e uma pena, com base na conduta altamente reprovável (dolosa ou gravemente culposa) do ofensor, como é próprio do direito punitivo. (MARTINS-COSTA e PARGENDLER, 2005, p. 23)

Dentre as inúmeras incongruências, Adriano Stanley Rocha Souza destaca o fato de que nosso ordenamento adota o princípio da inconfundibilidade dos juízos cível e criminal, restringindo-se a sentença civil a reparar o dano individual, enquanto a sentença penal visa tutelar os interesses da sociedade. Sendo assim, sustenta o referido professor que nossa sentença cível não pode cumular a função punitiva com a função reparatória. Senão vejamos:

a esfera cível cuida do interesse do particular que foi lesado, e busca restabelecer o seu status quo ante patrimonial; a esfera penal cuida do

interesse do Estado, em manter a paz social e fazer o agressor, pelo cumprimento da pena, seja readaptado ao convívio social. Esta última, diferentemente da sentença cível, tem caráter pedagógico, já que se espera que a sociedade se sinta desestimulada a praticar aquele ato, diante da pena sofrida pelo seu autor. (SOUZA, 2009, p. 260)

Corroborando com o entendimento acima esposado, Moraes (2010, p. 374) afirma serem os chamados *punitive damages*, “uma figura anômala, intermediária entre o direito civil e o direito penal”, e que sua aplicação de forma indiscriminada em toda e qualquer reparação por danos morais, fere de morte a carga principiológica do *civil law* que tem como fonte direta, a lei.

No entanto, a despeito da existência destes obstáculos legais e jurídicos, os tribunais brasileiros, ao acolherem os danos coletivos como causa de responsabilização, têm incorporado a função punitiva sob o pretexto de dissuadir a repetição do prejuízo.

No Julgamento do REsp nº. nº 1.487.046 – MT, o Superior Tribunal de Justiça condenou um posto de combustível ao pagamento de indenização por danos coletivos causados contra os consumidores de Cuiabá, em razão de publicidade enganosa e concorrência desleal. No caso, o posto de combustível ostentava a bandeira da marca Petrobrás e revendia combustíveis de outras marcas, sem informar tal fato ao consumidor, violando, por conseguinte, os incisos II, III e IV do artigo 6º do código consumerista, bem como pela inobservância da regra sobre identificação da origem do produto, disposta no artigo 11 da Portaria da Agência Nacional do Petróleo (ANP) nº. 116/2000. *In casu*, o Relator expressamente afirma que “a reparação adequada do dano moral coletivo deve refletir sua função sancionatória e pedagógica, desestimulando o ofensor a repetir a falta”.

Em outra oportunidade, por ocasião de julgamento do REsp 1.101.949, o STJ fixou indenização com nítido caráter punitivo em razão também de publicidade enganosa e abusiva, desta vez praticada pela empresa tabagista Souza Cruz, que veiculou comercial com mensagens subliminares acerca do uso do cigarro, atingindo crianças e adolescentes e, portanto, violando interesses coletivos. No seu voto, ao reportar-se a fixação do *quantum* indenizatório, o ministro relator Marco Buzzi reconhece a importância da discussão e afirma ser tarefa hercúlea e certamente infrutífera, aquilatar de maneira objetiva, o prejuízo à saúde pública, provocado pela exibição da publicidade. Em primeira instância, a indenização foi fixada em R\$ 14 milhões. Contudo, embora o Tribunal de Justiça do Distrito Federal tenha

defendido que “a valoração da compensação à lesão coletiva deve observar as finalidades punitiva e preventiva, consideradas a repercussão lesiva da propaganda, o grau de culpa na sua produção e veiculação e os malefícios causados à população”, a reduziu para R\$ 4 milhões. Por fim, alegando desproporcionalidade dos valores, o STJ reduziu a quantia para o importe de 500 mil reais.

Outro caso emblemático que pode subsidiar a análise da questão em comento ocorreu no Estado do Rio de Janeiro, quando o Ministério Público ajuizou ação civil pública contra o Banco Itaú visando obrigá-lo a manter, no andar térreo de uma de suas agências, um caixa específico para atender prioritariamente idosos, gestantes, deficientes físicos e pessoas com dificuldade de locomoção, haja vista ter sido comprovado, por meio de inquérito civil, que a referida agência bancária só disponibilizava de apenas um caixa convencional para atendimentos prioritários, que se situava em andar superior, obrigando aqueles que faziam jus ao serviço, a subir 23 degraus para serem atendidos. Pleiteou ainda o *parquet*, a condenação da instituição financeira ao pagamento de indenização pecuniária por danos morais coletivos causados aos seus usuários em razão da frustração, humilhação e indignação com que foram tratados. O juiz singular reconheceu a ocorrência dos danos morais coletivos e condenou o banco ao pagamento de 150 mil reais, os quais foram reduzidos pelo tribunal estadual para 50 mil reais. Instado a se manifestar, o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Recurso Especial nº 1.221.756, por meio do ministro relator Massami Uyeda afirmou ser plenamente possível a reparação de danos morais individuais ou coletivos causados aos consumidores a teor do que dispõe o art. 6º, VI, do CDC. Entretanto advertiu que para a configuração de um dano moral difuso é necessário que o ato danoso seja significativo e ultrapasse os limites da tolerabilidade, produzindo verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem patrimonial coletiva, não podendo ser confundido com qualquer incômodo ou dissabor do cotidiano. *In casu*, acolheu a ocorrência de dano moral coletivo, pois verificou ser intolerável submeter pessoas com dificuldade de locomoção, idosos e gestantes à situação desgastante de subir escadas para serem atendidos, sendo a instituição bancária plenamente capaz de propiciar melhor forma de atendimento aos consumidores prioritários. Na oportunidade, deu ênfase ao caráter propedêutico da indenização por dano moral, ressaltando sua dupla finalidade que é a reparação do



dano sofrido pela vítima e a pedagógica punição do infrator, mantendo o valor arbitrado pela corte estadual por entendê-lo adequado e proporcional.

Posição semelhante fora tomada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no julgamento do Recurso Cível nº. 71001281054. O caso referia-se a ocorrência de fraude em sistema de loterias, que retirava dos usuários as chances de vencer. A ementa da decisão demonstra que, além de se reconhecer a ocorrência de danos sociais, a Corte Estadual entendeu que, além das reprimendas cabíveis na seara criminal e administrativa, a fixação da indenização na seara civil deve objetivar a punição econômica do agente ofensor. Destaca ainda a Corte gaúcha que, em se tratando de lesões a interesses transindividuais, os valores não devem ser divididos entre os eventuais sujeitos lesados, para evitar o que chama de *overcompensation* ou enriquecimento ilícito, devendo, por isso, a indenização ser revertida para um fundo específico de defesa de direitos difusos, por tratar-se de danos ao consumidor.

[...] 3. Presença de fraude, porém, que não pode passar em branco. Além de possíveis respostas na esfera do direito penal e administrativo, o direito civil também pode contribuir para orientar os atores sociais no sentido de evitar determinadas condutas, mediante a punição econômica de quem age em desacordo com padrões mínimos exigidos pela ética das relações sociais e econômicas. Trata-se da função punitiva e dissuasória que a responsabilidade civil pode, excepcionalmente, assumir, ao lado de sua clássica função reparatória/compensatória. “O Direito deve ser mais esperto do que o torto”, frustrando as indevidas expectativas de lucro ilícito, à custa dos consumidores de boa fé. 4. Considerando, porém, que os danos verificados são mais sociais do que propriamente individuais, não é razoável que haja uma apropriação particular de tais valores, evitando-se a disfunção alhures denominada de *overcompensation*. Nesse caso, cabível a destinação do numerário para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pela Lei 7.347/85, e aplicável também aos danos coletivos de consumo, nos termos do art. 100, parágrafo único, do CDC. Tratando-se de dano social ocorrido no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a condenação deverá reverter para o fundo gaúcho de defesa do consumidor. [...]

Como se percebe, há uma clara tendência na jurisprudência brasileira pela adoção da função punitiva no que tange aos danos coletivos em sentido amplo.

Já a doutrina civilista, que se divide no que tange aos danos extrapatrimoniais individuais entre adotar a função reparatória/compensatória e a função punitiva/preventiva, pelos menos no que tange aos danos coletivos, tende a se aproximar no sentido de entender que deve haver na indenização, um viés pedagógico com vistas a prevenir danos futuros.

Bittar Filho (2005, p. 64) afirma que:

Em havendo condenação em dinheiro, deve aplicar-se, indubitavelmente, a técnica do valor de desestímulo, a fim de que se evitem novas violações aos valores coletivos, a exemplo do que se dá em tema de dano moral individual; em outras palavras, o montante da condenação deve ter dupla função: compensatória para a coletividade e punitiva para o ofensor; para tanto, há que se obedecer, na fixação do quantum debeatur, a determinados critérios de razoabilidade elencados pela doutrina (para o dano moral individual, mas perfeitamente aplicável ao coletivo), como, v.g., a gravidade da lesão, a situação econômica do agente e as circunstâncias do fato.

Maria Celina Bodin de Moraes, que se posiciona contrariamente à adoção no Brasil da função punitiva nos moldes do sistema *punitive damages*, aceita a função sancionatória em sua perspectiva pedagógica nas hipóteses em que o objeto da lide sugerir a necessidade de se dar à sociedade uma resposta, ou seja, promover uma consciência social. Por exemplo, quando tratar-se de conduta particularmente ultrajante ou insultuosa em relação à consciência coletiva, ou, ainda, se der o caso, não incomum, de prática danosa reiterada, o que se aproxima do dano social.

Um caráter punitivo na reparação de dano moral para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos, tanto na relação de consumo quanto no Direito Ambiental. Aqui, a *ratio* será a função preventivo-precautória que o caráter punitivo inegavelmente detém, em relação às dimensões do universo a ser protegido. Nesse casos, porém, o instituto não pode se equiparar ao dano punitivo como hoje é conhecido, porque o valor a maior da indenização a ser pago "punitivamente", não deverá ser destinado ao autor da ação, mas, coerentemente com o nosso sistema [...], servirá a beneficiar um número maior de pessoas, através do depósito em fundos [...]. (MORAES, 2003, p. 263)

Adriano Stanley Rocha Souza, Andrea Moraes Borges e Andrea Gouthier Caldas também se manifestam favoráveis à possibilidade de admissão de uma função punitiva no âmbito da responsabilidade civil, pelo menos no que concerne aos danos coletivos. Para os autores, a Lei da Ação Civil Pública contribui para se chegar a esta conclusão: a uma, por que atribui à sentença judicial duplo caráter, a saber, um de cunho cominatório, ao permitir a execução da tutela específica para inibir ou cessar a situação lesiva e outro de cunho condenatório para os casos em que o dano já ocorrera, sendo este último, o instrumento para determinar o pagamento de indenização punitiva; a duas, por que o direcionamento da indenização pecuniária para um fundo de proteção aos direitos difusos evita o eventual enriquecimento ilícito da vítima. (SOUZA, BORGES E CALDAS, 2013)

O estabelecimento de baixas condenações a título de danos morais punitivos, serve como um prêmio para o ofensor, que não se sentirá intimidado a sobrestar a atividade lesiva. Ao contrário, sendo a condenação arbitrada em valores irrisórios, a condenação pecuniária possivelmente será adimplida pela parte, contudo, servirá, talvez, como um incentivo à permanência na atividade nociva, porém que lhe traz lucros. (SOUZA, BORGES e CALDAS, 2013, p. 90)

O uso da função punitiva para fixação da indenização por danos coletivos e difusos pode ser fundamentado também na doutrina de Netto (2007, p. 92) para quem um dos objetivos das ações coletivas é a “modificação ou dissuasão de comportamentos”, numa clara alusão ao viés pedagógico da responsabilidade civil.

Com base nestes posicionamentos, bem como na análise de algumas decisões judiciais, verifica-se que nas questões relativas a danos patrimoniais, onde as especialidades do dano são mais claramente identificadas, a função reparatória/ressarcitória assume prevalência em relação ao caráter punitivo. Já no que tange aos danos morais individuais e coletivos, por serem desprovidos de mensuração econômica, tanto doutrina quanto jurisprudência sinalizam pela fixação de uma indenização num patamar considerável, objetivando educar e desestimular o agente causador do dano a repetir a conduta, numa clara adoção da função punitiva com foco na prevenção de danos.

A repressão de comportamentos por meio de reprimendas funciona como lições destinadas a ensinar ao transgressor que a incidência ou reincidência em determinada prática lhe acarretará um ônus. Por isso pode-se concluir que, subjacente à indenização punitiva, existe uma finalidade preventiva.

#### **4.4 Responsabilidade civil preventiva?**

Tem-se defendido que a responsabilidade civil do século XXI centra-se na prevenção de danos. (LEVY, 2011)

Esta afirmativa enseja uma análise em duas perspectivas: a primeira diz respeito ao fato de que, o caráter sancionatório da responsabilidade civil por si só já previne condutas lesivas, posto que além de intimar o agente ofensor a não reincidir, serve de exemplo para os demais membros do grupo; a segunda perspectiva refere-se à antevisão do dano, ou seja, a imposição de obrigações que visem evitar que o prejuízo se concretize. Pugna-se então pelo uso das expressões “função preventiva

pós-dano” e “função preventiva pré-dano”, para referir-se à primeira e à segunda realidades, respectivamente.

A função preventiva pós-dano decorre da aplicação da função punitiva, podendo ser vista como o outro lado desta moeda. No Brasil, ainda que criticada, ela parece factível, pelo menos no que concerne aos danos extrapatrimoniais individuais e coletivos em sentido amplo. A função preventiva pré-dano tem ganhado adeptos ao longo dos anos e propõe a eliminação mais completa possível da ocorrência de danos, responsabilizando para isso, os agentes que exerçam atividades de risco ou perigosas. Para parte da doutrina, esta ideia colide frontalmente com toda a estrutura do instituto da responsabilidade civil e seus pressupostos que foram construídos em torno da concretização do prejuízo.

O paradigma do Estado liberal e a ideologia do *laissez-faire*<sup>42</sup> propugnavam pela liberdade absoluta de atuação dos indivíduos em suas relações jurídicas, sem uma preocupação de antever prejuízos e evitá-los, deixando esta incumbência a cargo da responsabilidade civil, que sempre partiu da ocorrência do dano, e não de sua antecipação.

Bruno Leonardo Câmara Carrá assevera que os dados históricos que tanto influenciam na elaboração jurídica das normas e institutos jurídicos, moldaram a responsabilidade civil ao longo dos séculos, no sentido de lhe conferir, pelo menos de forma direta, um caráter repressivo e não preventivo, e isto não diminui sua importância, alerta o autor, pelo contrário, reafirma a busca pelo equilíbrio entre a centralidade de vontade humana e a proteção de bens jurídicos. (CARRÁ, 2015)

Carrá (2015) explica que esta tendência de enxergar a responsabilidade civil como instrumento de prevenção de danos é refutada pela História do Direito, que ao remontar as primeiras formas de responsabilização, conclui que o dano não era considerado um pressuposto da obrigação de indenizar, e sim, o ato ilícito. Ao tratar sobre a essencialidade do dano e a concepção de dano injusto no primeiro capítulo deste trabalho, verificou-se que aos poucos a ilicitude perdeu sua prevalência enquanto pressuposto da responsabilidade civil. Gradualmente, assiste-se ao abandono da função penal e, conseqüentemente, a ascensão da ideia de reparação, que só encontra razão de ser em função da ocorrência de um prejuízo.

---

<sup>42</sup> Este termo é a síntese da frase “*Laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même*” (Deixe fazer, deixe passar, o mundo vai por si mesmo) de autoria de Vicent de Gournay (1712 – 1759) e expressa a máxima o pensamento liberal.

Adverte o autor que não é possível sancionar uma conduta simplesmente com base na sua potencialidade lesiva, sendo necessário que haja efetivo prejuízo a um interesse material ou imaterial, para que haja condenação. Fundamentando esta assertiva, reporta-se a caso julgado pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), em sede de Recurso de Revista nº. 278300-23.2009.5.12.0032, que analisou o pedido de indenização por acidente de trabalho de uma atendente de farmácia que feriu o polegar quando da aplicação de uma injeção, sujeitando-se ao risco de contrair o vírus da Síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS). O pleito fora julgado improcedente sob a alegação de que a mera exposição ao risco de ser contaminado não enseja reparação.

Arremata Carrá (2015) que se a responsabilidade civil deixar de se ocupar da existência do dano, deixa de ser responsabilidade. Para enfrentar a questão, a solução sugerida é a flexibilização do conceito de dano, adequando-o aos valores tutelados no espaço e no tempo para que ele possa ser delimitado ou estendido, mas nunca suprimido.

Tais argumentos parecem ser razoáveis no que tangem aos danos individuais. Entretanto, Braga Netto, Farias e Rosenvald (2014) chamam atenção para a necessidade de adequação da responsabilidade civil à chamada “sociedade de riscos”. Esta expressão fora cunhada por Ulrich Beck (2010) para se referir à transição operada no sistema capitalista que deixou de distribuir riqueza e passou a distribuir riscos, dos quais muitos deles se concretizados, não atingirão somente vítimas determinadas, mas toda a vida do planeta, inclusive, gerações futuras, acarretando-lhes prejuízos irreversíveis. Para estes problemas, a lógica da reparação seria inócua, sendo necessária uma reformulação nas bases do instituto para corresponder aos anseios desta sociedade contemporânea que clama por segurança.

Os defensores de uma responsabilidade civil preventiva alegam que a situação atual vivenciada pela sociedade, na qual as pessoas vivem sob constante ameaça de verem seus direitos violados, reclama uma transformação completa na estrutura e função do instituto a fim de que se possa evitar ou minorar a ocorrência de prejuízos. No entanto, Carrá (2015) entende que não é necessário transmutar a essência da responsabilidade civil para atender a gestão dos danos na sociedade contemporânea, propondo para tanto, uma gestão global dos danos a ser realizada

por outros ramos do direito e até mesmo o uso da pena privada com vistas a prevenir prejuízos futuros indiretamente.

Levy (2012, p. 161) não concorda com esta solução. Para ele não basta “apenas tentar enquadrar uma nova função por meio de máscaras que para ela não foram desenhadas”, é preciso redirecionar o direito dos danos para um direito das condutas lesivas, que, antevendo possíveis danos, preocupa-se com o futuro.

O substrato jurídico deste modelo proposto são os princípios da prevenção e da precaução que se baseiam na ideia de risco. No Princípio da Prevenção, a possibilidade do dano ocorrer é real e certa, por isso diz-se que o risco é conhecido, como na hipótese de um procedimento cirúrgico que requer a realização de exames pré-operatórios. Neste caso, o profissional médico conhece o perigo a que está sujeito seu paciente, de acordo com o seu estado de saúde. Quando os riscos forem potenciais ou abstratos, inclusive incertos, fala-se no Princípio da Precaução. (BRAGA NETTO, FARIAS E ROSENVALD, 2014).

O substrato axiológico é a ética do futuro que segundo Thibierge (1999) *apud* Levy (2012) provoca três profundas rupturas. Uma ruptura temporal, ao volver o olhar do ser humano, do passado para o futuro, na medida em que o instiga hoje, a buscar mecanismos que melhorem seu bem estar amanhã. Rompe-se com o espaço, a partir da possibilidade da ocorrência de danos em massa, atingindo pessoas indeterminadas como é caso dos danos coletivos em sentido amplo. Por derradeiro, há rompimento das relações humanas, no sentido de entender que os efeitos das condutas subjetivas praticadas hoje ecoam nas gerações futuras.

No paradigma preventivo, vislumbra-se um retorno à análise da conduta humana enquanto pressuposto da obrigação de indenizar, mas não no sentido de avaliar a existência da culpa, e sim, no de investigar a sua propensão a causar danos. A ilicitude é ampliada para abarcar condutas criadoras de riscos, e conseqüentemente violadoras da prevenção e precaução. Antecipa-se a responsabilidade a fim de se evitar a concretização do prejuízo.

Grande parte da doutrina civilista aludiu a uma mudança de enfoque na disciplina da responsabilidade civil, com a eclosão do modelo objetivo de responsabilização. Afastou-se da análise da culpa do agente para centrar-se no dano experimentado pela vítima, o que reforçou a função reparatória e a necessidade de ocorrência de prejuízo para que nascesse a obrigação de indenizar. Fundamentou-se esse giro teleológico na necessidade de se tutelar a dignidade da

vítima do dano injusto, de modo a não deixá-la irressarcida, mesmo que para isso, fosse desculpabilizada a conduta, relativizado onexo causal e delimitada a noção de dano ressarcível.

No entanto, se o objetivo principal do sistema é a proteção da pessoa humana e (na perspectiva do presente trabalho) a tutela de interesses coletivos, impedir a ocorrência do dano revela-se muito mais salutar e econômico que simplesmente “permitir” que os bens jurídicos sejam lesados, para em seguida, se tentar uma reparação aproximativa, que muito dificilmente será possível.

Na tentativa de aplicar este raciocínio ao objeto do presente trabalho, colhe-se exemplo da doutrina de Levy (2012) que ilustra a importância da função precaucional assumida pela responsabilidade quanto aos danos coletivos ou como se queira denominar, de uma “responsabilidade civil preventiva”. Senão vejamos:

Caso uma indústria que não possua estação de tratamento, despeje seus detritos em um rio, vindo a causar danos a ribeirinhos que usam a água para plantio e consumos próprios, poderão as vítimas ajuizar ações individuais ou coletivas para verem seus danos reparados. Na ação individual, o autor deverá provar os danos patrimoniais e/ou extrapatrimoniais que sofreu para ser indenizado. Também uma entidade representativa dos interesses dos ribeirinhos ou o próprio Ministério Público poderão manejar ações coletivas para a reparação dos interesses difusos, coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos. Quanto aos danos difusos, o valor da indenização poderá assumir um viés compensatório/punitivo e será direcionado para um fundo de proteção a estes interesses, enquanto a indenização fixada pela violação aos interesses coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, arbitrada também com base nas funções reparatória e punitiva, reverterá em favor das vítimas que promoverem a liquidação de seus respectivos montantes nos termos da lei. Em todo caso, seria possível também por meio de ação civil pública, exigir o cumprimento de obrigação de fazer/não fazer, consistente em determinar a cessação do ato lesivo até que a indústria implantasse estação de tratamento de seus detritos com vistas a evitar a subsistência do dano e prevenção de lesões futuras. Este é o quadro atual das soluções jurídicas possíveis para os danos coletivos.

Na perspectiva na responsabilidade civil preventiva, caso o dano não tivesse ocorrido e houvesse a comprovação de que a usina despejaria seus resíduos no meio ambiente sem o devido tratamento, o Ministério Público, a Defensoria Pública,

as associações ou as próprias vítimas em potencial poderiam ajuizar ações para evitar a ocorrência do prejuízo, onde se cominaria a obrigação de eliminação do risco e implantação de medidas preventivas, além do pagamento de indenização proporcional à gravidade do perigo. O valor da indenização poderia reverter em proveito das vítimas em potencial ou ser direcionado para um fundo específico como já ocorre.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka defende um modelo de responsabilidade preventiva a qual denomina de “Responsabilidade Pressuposta”. A autora acredita que assim como ocorreu com a transição do modelo subjetivo para o objetivo de responsabilização, é preciso se abrir para um novo caminho na disciplina, cujo objetivo é a redução cada vez maior de vítimas de danos. Para alcançar este objetivo, adota o critério da “*mise em danger*”<sup>43</sup> que seria pressupor a responsabilidade daquele que, com sua atividade, expõe outras pessoas a risco, independentemente da ocorrência concreta do dano. (HIRONAKA, 2005)

A autora traça as características principais deste novo modelo, que entende ser uma “*mise em danger*” otimizada, quais sejam:

1) risco caracterizado (fator qualitativo): é a potencialidade, contida na atividade, de se realizar um dano de grave intensidade, potencialidade essa que não pode ser inteiramente eliminada, não obstante toda a diligência que tenha sido razoavelmente levada a cabo, nesse sentido; 2) atividade especificamente perigosa (fator quantitativo): subdivide-se em: a) probabilidade elevada: corresponde ao caráter inevitável do risco (não da ocorrência danosa em si, mas do risco da ocorrência). A impossibilidade de evitar a ocorrência nefasta acentua a periculosidade, fazendo-a superior a qualquer hipótese que pudesse ter sido evitada pela diligência razoável; b) intensidade elevada: corresponde ao elevado índice de ocorrências danosas advindas de uma certa atividade (as subespécies deste segundo elemento podem, ou não, aparecerem juntas; não obrigatoriamente). (HIRONAKA, 2006, p. 220)

A fim de delimitar as bases da responsabilidade pressuposta, Hironaka (2006) elabora alguns critérios importantes para sua aplicação, quais sejam, a definição da potencialidade perigosa da atividade a ensejar a responsabilização de forma pressuposta, o nexo causal entre o dano e o perigo, a não admissão de excludentes de responsabilidade e a possibilidade de ação regressiva com base na culpa.

Há inúmeras críticas às imposições deste modelo e aos desdobramentos que ele pode acarretar, tais como o perigo da imposição de condenações pesadas para

---

<sup>43</sup> Em tradução livre, “exposição a perigos”.



riscos hipotéticos e o obstáculo ao desenvolvimento econômico, como, por exemplo, no campo da saúde, onde é praticamente impossível um “risco zero”, em razão dos efeitos secundários que vacinas ou remédios podem causar. (LEVY, 2012)

Parece que a solução que se mostra viável para a concepção de uma responsabilidade preventiva é a apontada por Braga Netto, Farias e Rosenvald (2014, p. 83) que se apoiam no “equilíbrio entre a precaução e os efeitos da paralisação de importantes setores da atividade econômica”. O que os autores propõem é que a regra da proporcionalidade seja o prumo na definição do conceito de risco e do grau de intervenção estatal para imposição de medidas preventivas. Um exemplo de aplicação do princípio da precaução no Brasil é a exigência do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) para empresas que pretendem o licenciamento para o exercício de atividades que possam causar impactos no meio ambiente. Neste caso, caso haja dúvidas quanto às consequências danosas advindas da prática, impede-se a atividade até que seja possível vislumbrar de forma concreta os riscos do empreendimento.

Braga Netto, Farias e Rosenvald (2014) concordam com Carrá (2015) no sentido de que não é possível falar em indenização sem dano, posto que sob a ótica tradicional determinada pelo Princípio da Reparação Integral, o dano não pode se confundir com o risco. No entanto, admitem ser possível uma responsabilidade preventiva que decorreria da função punitiva e não da função reparatória. Neste caso, o agente causador do dano suportaria o pagamento de uma pena civil, e não de uma indenização, caso praticasse uma conduta reprovável, que expusesse as pessoas a um risco real. Explicam os autores que a indenização está adstrita ao dano suportado pela vítima, enquanto a pena civil direciona-se ao agente, a partir da análise de sua conduta. Tal raciocínio se aplicaria perfeitamente aos danos coletivos, pois embora a condenação fosse pecuniária, se dispensaria a comprovação da concretização do dano, bastando a exposição da coletividade ao risco de uma atividade potencialmente lesiva conduzida pelo agente e forma inconsiderada.

Na função punitiva da responsabilidade civil, pessoas naturais ou fornecedores de produtos e serviços, poderão ser condenados a uma pena civil independentemente da concretização de danos. Pessoas que participem de racha de veículos serão sancionadas pela sua conduta extremamente reprovável de exposição de um número indeterminado de pessoas ao risco de sua atividade (a plateia e eventuais transeuntes), a par

do fato de que o evento tenha deflagrado danos econômicos ou existenciais em face de terceiros. Uma montadora de veículos poderá ser condenada a uma punição privada pela extrema negligência em retardar a convocação de um recall, pelo simples fato da extrema possibilidade de causar danos aos consumidores de seus veículos, independente de haver ou não a incidência de óbitos ou lesões corporais como consequência de seu comportamento antissocial. (BRAGA NETTO, FARIAS E ROSENVALD, 2014, p. 91)

Esta ideia se aproxima do modelo proposto por Levy (2012, p. 224) que sugere uma cisão entre “responsabilidade” e “reparação”. Para o autor não é possível pensar em um sistema de responsabilidade civil que atenda de forma efetiva os interesses do ofensor e da vítima, posto que seus interesses são antagônicos: “a vítima tem pressa em receber, enquanto o ofensor não tem pressa em ser condenado”.

O conceito de responsabilidade nesta acepção mais restrita ensejaria um direito das condutas lesivas, responsabilizando o agente em face do exercício de atividade perigosa e potencialmente lesiva, impondo-lhe não apenas o dever de indenizar (caso o dano se concretize), mas a obrigação de assumir determinadas obrigações para evitar a ocorrência de danos (securitização, mecanismos de segurança do trabalho, etc.), além de suportar eventual pagamento de pena civil em razão de demonstração de dolo ou culpa grave na exposição da sociedade a riscos sérios e reais, portanto, comprovados de ocorrência de prejuízos.

A reparação sofreria um redimensionamento metodológico para subsidiar um verdadeiro “direito dos danos”, que desconectaria a vítima do agente ofensor, após o evento lesivo. Este “direito dos danos” não seria o resultado de uma simples mudança de enfoque, mas demandaria um desenvolvimento dos seguros privados e do sistema de seguridade social, que neste caso seriam responsáveis pelo ressarcimento extrajudicial e imediato da vítima, para só depois, em sede de ação regressiva, por exemplo, poderem se voltar contra o causador do dano.

Este modelo encontra alguns óbices de cunho legislativo e social, demandando amadurecimento da sociedade, bem como a inserção de mecanismos legais para o seu incremento.

Concernente aos danos coletivos é inegável a necessidade de uma abertura funcional da responsabilidade civil para transcender a lógica exclusivamente reparatória, posto que a extensão do dano como critério definidor do valor da indenização resta inequivocamente prejudicada, diante de prejuízos que excedem a determinabilidade subjetiva e objetiva de seu alcance. Aliar a função punitiva ao

modelo preventivo se afigura razoável e dentro dos parâmetros eleitos pelo sistema jurídico brasileiro para que a conduta lesiva seja repreendida e os bens coletivos sejam preservados.

#### **4.5 Instrumentos processuais para efetivação da responsabilidade civil por danos coletivos**

Segundo Tolomei e Souza (2011), a proteção dos direitos coletivos no Brasil contempla problemas de ordem material e processual. Materialmente, surge a necessidade de adaptação da dogmática civilista no que tange à responsabilidade civil, especialmente em sua perspectiva funcional, não sendo suficiente a fixação de uma indenização que obedeça simplesmente o princípio da reparação integral (*restitutio in integrum*), haja vista a dificuldade em relação a alguns bens jurídicos, *exempli gratia*, o meio ambiente, de se estabelecer de forma objetiva a extensão do dano (Artigo 944 do Código Civil). Processualmente, embora seja fato que a tutela coletiva no Brasil tenha avançado a partir do que se convencionou chamar de microsistema coletivo (Lei nº 7.347/85 - Lei da Ação Civil Pública e Lei nº 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor), e, sobretudo pela opção do legislador constituinte em tutelar os interesses difusos, o processo civil brasileiro, especialmente com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil no ano de 2015, não disciplinou de forma específica o processo coletivo, sofrendo por isso, merecidas críticas.

Esta lacuna parece afigurar-se como óbice para uma tutela eficaz destes interesses, pois é certo que o processo enquanto instrumento da jurisdição deve estar alinhado com os valores normativos eleitos por cada Estado de direito. No entanto, também é sabido que o acesso à justiça não se exaure no acesso ao processo, posto que este deve se apresentar como ferramenta capaz de garantir a resolução dos conflitos de maneira célere e eficaz, na compreensão do que se convencionou chamar de “processo justo”.

Na perspectiva de que o processo é o instrumento de realização da atividade jurisdicional e diante da positivação dos direitos coletivos, é mister que o sistema processual seja remodelado para atender adequadamente as necessidades atuais. (MARINONI E ARENHART, 2008). E não somente isto, posto que a mera criação de

vias processuais específicas de atendimento a demandas coletivas não é garantia de uma prestação efetiva.

Para Rodrigues e Lamy (2012), o direito possui a finalidade de garantir o projeto político de cada sociedade e a Estado em sua função de dizer o direito, tem no processo o instrumento de concretização desse objetivo. Assim, o direito processual contemporâneo não deve ser encarado apenas como uma ferramenta técnica, mas deve prezar por seu conteúdo ético.

Enxergar o processo sob o aspecto da instrumentalidade conduz à discussão em torno da sua efetividade, que seria a capacidade para se atingir sua função sócio-política-jurídica.

A efetividade do processo, portanto, pressupõe a existência de um sistema capaz de eliminar concretamente, com justiça, as insatisfações e os conflitos, fazendo cumprir o Direito. O processo apenas é realmente efetivo quando possui aptidão para alcançar os escopos sociais e políticos da jurisdição. (RODRIGUES E LAMY, 2012, p. 70)

A efetividade perseguida por esta fase instrumentalista do processo está ligada umbilicalmente ao conceito de “acesso a justiça”, significando muito mais do que o ingresso no processo. Segundo Watanabe (1988, p. 135), “não se trata de apenas possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”.

No que concerne à tutela dos direitos metaindividuais, ante a ausência de um regramento geral acerca do processo coletivo, será abordado neste tópico de forma objetiva, os instrumentos processuais para a efetivação da responsabilidade civil por danos coletivos, especificamente, aqueles previstos pela Lei 7.347/85 e nas ações previstas no título III do Código de Defesa do Consumidor que tratam da defesa do consumidor em juízo.

Embora se faça referência expressa neste trabalho à Ação Civil Pública e as Ações Coletivas previstas pelo Código de Defesa do Consumidor, como espécies de processo coletivo, insta mencionar o princípio da atipicidade das ações coletivas que apregoa a admissão de todos os tipos de ações judiciais que venham tutelar de forma adequada e efetiva os interesses coletivo em sentido amplo, com respaldo legal expresso no Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 83. Podem ainda ser mencionados como instrumentos de tutela dos direitos coletivos, o Mandado de

Segurança Coletivo, com previsão na Lei 12.016/09 e a Ação Popular disciplinada pela Lei 4.717/65.

Embora com nítidas e importantes distinções, a ideia que inspirou a admissão das ações coletivas no Brasil é fruto da experiência norte-americana com as chamadas *class actions*, cuja origem remonta ao direito anglo-saxão do século XIII.

Na Inglaterra, os Tribunais de Equidade (*Courts of Chancery*) admitiam o ajuizamento conjunto da ação por todos aqueles que possuíssem interesse comum na lide, formando uma espécie de litisconsórcio facultativo, onde todos eram obrigados a intervir no processo. A evolução do instituto verificou que a possibilidade de representatividade seria mais benéfico à proteção dos interesses comuns, razão pela qual se passou a admitir que um ou mais membros do grupo ajuizassem a ação em nome dos demais, o que restou consagrado nos séculos XVII e XVIII com o *Bill of Peace*. (MAFRA LEAL, 1998).

Nos séculos XIX e XX, os Estados Unidos estabeleceram os critérios para a ajuizamento das *class actions* por meio de alguns regramentos que foram sendo modificados ao longo do tempo. Primeiro, em 1845 com a denominada *Rule 48*, estabeleceu-se que, na existência de situações que atingissem diversos indivíduos, estes poderiam ser representados por um membro do grupo. No entanto, a decisão judicial vinculava apenas aqueles que estivessem sendo representados pelo autor da ação. Esta regra fora modificada em 1912, sendo rebatizada para *Rule 38*, que confirmando o mesmo raciocínio, acrescentou a extensão dos efeitos da decisão às partes que embora interessadas não estivessem representadas processualmente.

Em seguida, em 1938, com a edição do Código de Processo Civil no âmbito federal, o *Federal Rules of Civil Procedure*, as *class actions* são reguladas por meio da *Rule 23*, que as classificou em três espécies de acordo com os interesses envolvidos: as *class actions* puras ou genuínas (*true*) seriam aquelas cujos interesses eram indivisíveis e absolutamente comum a todos os sujeitos (no Brasil poderiam ser equiparadas aos interesse difusos); as *class actions* híbridas (*true hybrid*) que se referiam a direitos de várias pessoas sobre um mesmo objeto; e as *class actions* espúrias ou não autênticas (*spurious*) que se referiam a direitos individuais mas que teriam ser originado de um fato comum, sendo por isso tuteláveis coletivamente. Nas duas primeiras espécies, os efeitos da sentença eram estendidos a todos os membros do grupo enquanto no caso da última espécie, os efeitos restringiam-se às partes envolvidas no processo.

Em razão de algumas impropriedades práticas resultantes desta classificação, em 1966, a *Rule 23* fora aperfeiçoada pela Suprema Corte americana que a reformulou, estabelecendo regras mais rígidas em relação à representação adequada, bem como no sentido de estender os efeitos da sentença favorável ou não a todos os membros do grupo, independentemente de figurarem ou não como partes na ação coletiva. (ZAVASCKI, 2012)

Atualmente, impõem-se como principais requisitos das ações de classe norte-americanas, a possibilidade de um ou mais membros poderem demandar, representando o grupo, desde que demonstrem a existência de uma classe a ser representada e de ser impraticável a reunião de todos os seus integrantes por ser numerosa. Além disto, deve restar evidenciado que as questões fáticas e jurídicas são comuns a todos os indivíduos, cujos interesses devem ser representados adequadamente pelo autor ou autores da ação. Destaque-se ainda que para a admissibilidade da *class action* é preciso que se prove o risco de decisões antagônicas ou contraditórias, caso sejam propostas ações individuais, justificando a demanda coletiva.

A ação de classe que guarda relação com o objeto deste trabalho é a *class action for damages*, que tem por fim a reparação de danos. Segundo a *Rule 23* (b)(3), sua admissão esta condicionada à prova de que as questões de direito ou de fato, comuns a todos os integrantes do grupo, predominam em relação às individuais (*predominance*), e que a *class action* é superior a outros meios processuais para a resolução do conflito, sendo por isso, o meio mais adequado (*superiority*). Segundo Zavascki (2012) esta espécie de *class action* tem sido comumente utilizada no direito norte-americano para reparação de danos causados a consumidores lesados por instituições financeiras, além de ser também o meio adequado para a reparação de danos em massa, oriundos de lesão ao meio ambiente. Nesta espécie, confere-se à vítima individualmente considerada, o direito de se excluir da classe que a representa na *action for damages* (*right to opt-out*).

A influência das ações de classe norte-americanas sobre as leis que compõem a tutela coletiva no Brasil é inegável, e consta de forma expressa na Exposição de Motivos do Projeto da Lei da Ação Civil Pública, quando se reporta ao fato da Regra 23 ter conferido legitimidade às associações para representarem os interesses difusos. No entanto, embora se reconheça esta inspiração, a proteção dos interesses coletivos no Brasil e sua efetivação sofrem alguns temperamentos

oriundos das características próprias e inerentes ao sistema *civil law*, sob o qual se estruturou.

Até por que, consoante assinala Mafra Leal (1998, p. 184), o impulso para o desenvolvimento das ações coletivas no Brasil destoa dos motivos que estruturaram a matéria no direito norte-americano. Nos Estados Unidos foram as reivindicações promovidas pelos movimentos sociais de defesa dos consumidores e minorias étnicas que reclamaram a construção de um modelo que possibilitasse o ajuizamento de ações para tutela de interesses de classes. No Brasil, as exigências foram de cunho marcadamente acadêmico, pois derivaram de estudos realizados por juristas e professores de direito, que avaliando o direito comparado, verificaram a necessidade de se estruturar processualmente a defesa dos interesses coletivos, inexistindo “manifestações e pressões visíveis para tal, por falta de consciência político-jurídica de grupos, pela debilidade organizacional da sociedade civil brasileira e pela repressão política vivida no país durante pelo menos duas décadas.”

A Ação Civil Pública (ACP) é uma espécie de ação judicial prevista na Lei 7.347/85 que tem por escopo a proteção dos interesses difusos e coletivos, cuja criação sofreu fortes influências da doutrina italiana que via o processo civil não apenas como meio para solucionar conflitos individuais, mas também para atender as demandas propostas por grupos sociais.

No entanto, Mafra Leal (1998, p. 187) explica que “a ação civil pública foi concebida inicialmente como a ação em que o Ministério Público fosse o autor no campo cível, em paralelo com a ação penal pública”, ou seja, seria uma mera ação civil *ex delicto* que tinha por objetivo tratar das repercussões civis oriundas do cometimento de crimes. Com a Lei 7.347/85, a ação civil pública assume o caráter de instrumento processual coletivo.

O objeto da ACP está previsto no artigo 1º da referida lei e contempla as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, turístico e paisagístico, qualquer outro interesse difuso ou coletivo, além dos danos causados por infração a ordem econômica, à ordem urbanística, à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e ao patrimônio público e social.

A legitimidade ativa para a propositura da ação civil pública é conferida *op legis*, pois determina o artigo 5º da LACP que o Ministério Público, a Defensoria

Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações têm legitimidade para o ajuizamento do referido instrumento, sendo esta legitimidade concorrente e disjuntiva, pois a participação de um dos legitimados independe da participação dos outros. (MARINONI e ARENHART, 2008)

No Brasil, a taxatividade do rol de legitimados para a propositura da ação civil pública respeita a regra processual estampada no artigo 18 do Código de Processo Civil, cujo conteúdo determina que “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”. Neste caso, o artigo 5º estabelece em favor do rol de legitimados, uma presunção de representatividade dos interesses coletivos.

Diferentemente deste modelo, no direito norte-americano, qualquer cidadão poderá propor a *class action* em nome de um grupo, devendo para tanto observar os requisitos previstos na *Rule 23*, dentre os quais, demonstrar a coincidência de seus interesses com os do grupo que representará, ficando a adequação da sua representatividade, neste caso, adstrita à análise do julgador.

De acordo com o direito americano, para que uma ação coletiva seja aceita, o juiz precisa estar convencido, entre outras coisas, de que o representante possa representar adequadamente os interesses do grupo em juízo. Esse é, sem dúvida, o aspecto mais importante das *class actions* americanas, tanto do ponto de vista teórico como prático. (GIDI, 2002, p. 66).

Cumprir um aspecto relevante da ação civil pública que é a natureza jurídica da sentença. De acordo com o artigo 3º da LACP, o pleito inicial tanto pode se referir a uma condenação em dinheiro quanto ao cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer, o que revela seu duplo caráter. Ao pugnar pela condenação do réu ao pagamento de indenização, adota-se uma postura repressiva, haja vista que o dano já ocorreu, e por isso, a condenação tem caráter sancionador. Se ao revés, o pedido é pelo cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, a sentença tem natureza cominatória, o que para parte da doutrina, é mais vantajoso para a coletividade, pois é preferível que o bem lesado seja reconstituído ou que o dano seja impedido do que uma quantia em dinheiro seja revertida a um fundo específico. (SOUZA, BORGES e CALDAS, 2013)

A discussão em torno da coisa julgada nas ações coletivas diz respeito à possibilidade de se estender seus efeitos a pessoas que não participaram do



processo. Isto por que em regra, consoante previsão normativa contida no Código de Processo Civil em seu artigo 502, “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”.

No que concerne aos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, a Lei da Ação Civil Pública disciplina os efeitos da coisa julgada em seu artigo 16, determinando a produção de efeitos *erga omnes*, com a exceção da hipótese de improcedência do pedido por insuficiência de provas, não prejudicando o direito de qualquer legitimado propor nova ação com o mesmo fundamento, a partir de novas provas.

Entendimento semelhante fora adotado pelo Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 103, incisos I e II, destacando apenas a distinção que se faz entre direitos difusos e coletivos em sentido estrito, produzindo a coisa julgada efeitos *erga omnes* no primeiro caso, e no segundo, *ultra partes*, limitada ao grupo, categoria ou classe titular dos direitos.

Já para as ações coletivas que tenham por objeto a tutela de direitos individuais homogêneos, prevê o artigo 103, inciso III do CDC que os efeitos da coisa julgada serão *secundum eventum litis*, ou seja, a extensão dos efeitos para os demais membros da categoria que não foram partes no processo só ocorrerá se a decisão lhes for favorável. Caso, a pretensão seja julgada improcedente, a *res judicata* não alcançará os demais titulares do direito, assistindo-lhes o direito de individualmente proporem as ações respectivas, a teor do que dispõe o § 2º do mesmo dispositivo.

Comparando tais dispositivos com os efeitos da coisa julgada nas *class actions*, verifica-se que a *Rule 23* impõe que o juiz deve cuidar de cientificar todos os membros do grupo, cujos interesses estejam ali representados a fim de garantir-lhes a observância do devido processo legal. Estando devidamente representados e notificados, todos os membros do grupo são alcançados pelos efeitos da sentença.

Assim, considerada adequada a representação da classe e tendo os seus respectivos integrantes recebido uma *fair notice* do processo, a coisa julgada vale para todos eles; caso contrário, vislumbrando-se possível ofensa às garantias do *due process of law*, o efeito declaratório do *decisum* se restringe apenas aos litigantes que participaram do contraditório.” (TUCCI, 1990, p. 27).

Convém novamente explicitar que os valores pagos a título de indenização no bojo de uma ação civil pública que tem por objeto o ressarcimento de danos coletivos e difusos não revertem de forma direta para as vítimas, pois determina o artigo 13 da LACP, que a condenação em dinheiro será destinada ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos gerido pelo Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (CFDD). Esta peculiaridade rechaça o argumento de que a fixação de uma indenização punitiva venha ocasionar o enriquecimento ilícito da vítima do evento danoso.

Embora de cunho investigativo e administrativo, destaque-se a possibilidade dos interesses coletivos serem tutelados e resguardados por meio da instauração de inquérito civil, cuja base legal encontra-se no artigo 8º, § 1º da LACP, que autoriza o Ministério Público a instaurar este procedimento com vistas a requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias a fim de instruir eventual ação judicial.

É possível também que o Ministério Público firme um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), a fim de solucionar o conflito de forma extrajudicial, conforme prevê o § 6º do artigo 5º da LACP, que inclusive lhe confere caráter de título executivo extrajudicial. Esta alternativa que se coloca diante da Ação Civil Pública tem sido largamente utilizada pois segundo Souza (2015, p. 137), suas “vantagens perpassam pela superação da morosidade tradicional (de que é vítima crônica o nosso Poder Judiciário), levando a uma resolução mais célere e, por isto mesmo, mais eficiente e satisfatória” dos conflitos.

Calha também trazer a lume as previsões do Código de Defesa do Consumidor, que em seu título III dispõe acerca da defesa do consumidor em juízo, tratando das disposições gerais a partir do artigo 81 ao artigo 90 e das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos a partir do artigo 91 ao artigo 100. Estes preceitos disciplinam as ações coletivas que visão assegurar a tutela dos interesses e direitos dos consumidores, iniciando por conceituar e distinguir os direitos coletivos *latu sensu* em difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, como já visto linhas atrás.

Dentre as semelhanças com a LACP, cite-se a legitimação extraordinária conferida pelo CDC aos entes previstos em seu artigo 82 para representarem os interesses das vítimas das lesões consumeristas e a reversão do valor da

indenização, no caso de violação de direitos difusos e coletivos, ao FDD consoante parágrafo único do artigo 100.

As peculiaridades trazidas pelo CDC no que tange às ações coletivas estão previstas no modo pelo qual os interesses individuais homogêneos são defendidos em juízo. Apesar da legitimação conferida pela lei aos substitutos processuais do artigo 82, os interessados poderão intervir na condição de litisconsortes (artigo 94), além de poderem promover a liquidação e execução da sentença que fixou uma condenação geral, lançando mão da parcela indenizatória que lhes cabe (artigo 97).

Ainda sobre as características das ações coletivas previstas no Código de Defesa do Consumidor, destaque-se o instituto processual conhecido por "*fluid recovery*", cuja tradução livre é "reparação fluida". Esta forma de execução coletiva de sentença está prevista no artigo 100 do CDC para os casos de condenação por violação aos direitos individuais homogêneos, autorizando-se os entes do artigo 82 a promoverem a liquidação/execução da condenação genérica, após 01 (um) ano do trânsito em julgado da sentença, sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano.

Neste caso, se um número considerável das vítimas não liquidarem e executarem a quantia que lhes cabe, os legitimados poderão fazê-lo e o valor será revertido para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. (DIDIER, 2009).

No plano concreto, esta espécie de execução se torna factível quando o valor do prejuízo sob a perspectiva individual não justifica a movimentação do aparato judiciário, mas coletivamente, seja representativo.

Tais possibilidades legais demonstram uma política legislativa preocupada em atender a instrumentalidade do processo coletivo no quesito efetividade, posto que, nas ações coletivas, um processo é eficiente quanto se tem tanto instrumentos eficientes para a propositura da demanda, quanto possibilidades de execução da sentença. Ressalte-se o caráter punitivo da *fluid recovery*, haja vista que a inércia dos interessados não isenta os agentes lesantes da possibilidade de sofrerem a condenação, robustecendo a papel de desestímulo que a obrigação de reparar assume na esfera coletiva. (SPANNO, 2014)

Embora, as leis em comento sejam dotadas de recursos e mecanismos importantes para implementar a defesa dos interesses coletivos, verificam-se alguns problemas de ordem prática na aplicação dos instrumentos processuais. Segundo pesquisa realizada pela Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), que buscou

analisar a formação, o julgamento e a execução das ações coletivas no Brasil, as ações civis públicas têm sido utilizadas, na maioria das vezes, para proteção de direitos individuais homogêneos ou mesmo individuais, tais como ações para concessão de medicamentos, tendo como protagonista o Ministério Público.

Em relação ao direito difuso de saúde, por exemplo, nas 52 mil ações coletivas pesquisadas nos sites dos tribunais superiores (STF, STJ e TST) e de seis tribunais estaduais (Alagoas, Ceará, Goiás, Pará, São Paulo e Rio Grande do Sul), não se verificou nenhuma ação que pleiteasse uma espécie de reforma política no Sistema Único de Saúde, no sentido de incorporar os medicamentos solicitados, preocupando-se mais com problemas pontuais, o que demonstra a nítida ausência de uma consciência coletiva por parte da sociedade brasileira. A pesquisa identificou como possíveis causas de desestímulo para que a população se sinta incitada a propor tais ações, a morosidade do processo e os próprios obstáculos impostos pelo sistema processual como a prova do dolo do agente público nas ações de improbidade ou a necessidade de produção de provas técnicas no caso dos danos ambientais. (BRASIL, 2018)

Ainda, segundo dados da referida pesquisa, 62% dos juízes entrevistados acreditam que a chance de sucesso é maior nas ações individuais do que nos processos coletivos, evidenciando que a mudança de mentalidade também deve partir dos membros do Poder Judiciário. Tal pensamento pode ser atribuído a uma formação deficitária em relação às demandas coletivas nos cursos de magistratura, já que 89,3% dos respondentes afirmam que a capacitação sobre o tema é deficitária. (BRASIL, 2018)

Por fim, as maiores dificuldades verificadas na fase de execução dizem respeito a estrutura insatisfatória do Poder Judiciário e a ausência de mecanismos mais efetivos para que o cumprimento dos acordos e sentenças sejam fiscalizados. Alguns entrevistados apontaram como solução para estas dificuldades, a criação de Código de Processo Coletivo, a criação de varas especializadas em direito coletivo, dentre outras sugestões relativas as ações civis de improbidade, como a supressão da fase de notificação preliminar e a previsão legal para firmar acordos de leniência com pessoas físicas e jurídicas, nas questões que envolvam interesses coletivos. (BRASIL, 2018)

Em linhas gerais, verifica-se que, a despeito do Novo Código de Processo Civil não trazer em seu texto, regras gerais acerca do processo coletivo, o

ordenamento jurídico brasileiro através de seus microsistemas jurídicos fornece instrumentos hábeis a tutela dos interesses metaindividuais, disponibilizando de mecanismos capazes de conferir a efetiva prestação da tutela jurisdicional. Contudo, é preciso que exista uma apropriação adequada dos meios processuais previstos no microsistema coletivo, por parte dos legitimados para agir, bem como pelos demais integrantes do Poder Judiciário, a fim de que se alcance uma proteção mais concreta e eficaz relativa aos bens de titularidade coletiva.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A concepção finalística do direito ocupou boa parte das discussões travadas neste trabalho, que buscou entender as transformações ocorridas no âmbito do direito privado, especialmente no campo da responsabilidade civil, bem como assimilar as repercussões práticas geradas na estrutura deste instituto.

O crescimento tecnológico, o aumento da população mundial e a globalização econômica e política, ocorridos no decorrer do século XX até os dias atuais, são fatores que influenciaram profundamente as relações privadas, as quais passaram a ser constituídas em uma dimensão mais ampliada tanto em seu aspecto objetivo quanto subjetivo.

Para se adequarem a estas novas realidades, os principais institutos do direito privado sofreram importantes modificações de cunho formal e material, as quais, em grande parte, foram positivadas pelo ordenamento jurídico, outras tem sido alvo de discussão no âmbito dos tribunais. Fato é que o contrato, a família e a propriedade foram impactados em seu arcabouço, o que inevitavelmente reclamou alterações na disciplina da responsabilidade civil, cujo objeto prende-se ao comportamento dos indivíduos em cada uma dessas esferas.

O contrato, visto historicamente como espaço próprio de realização da liberdade e vontade humanas, assume nítida feição social, deixando de ser apenas um instrumento de trocas econômicas que objetiva a satisfação dos interesses das partes para preocupar-se com os efeitos que produz na sociedade. Internamente, a obrigação de satisfação do crédito é ladeada de deveres anexos impostos aos contratantes pela observância à probidade e a boa-fé objetiva.

A propriedade privada, máxima expressão da garantia dos direitos individuais, também sofre redimensionamento qualitativo, que não se conforma com sua regularidade formal, mas lhe impõe o atendimento a um escopo social, cuja materialização acontece na medida em que o titular do direito o exerce de modo responsável, respeitando o meio ambiente, abstendo-se da prática de atos emulativos, e usando o bem de forma racional e produtiva, contribuindo para o bem comum.

A concepção de família é ampliada para acolher todas as manifestações possíveis em que o afeto une pessoas em torno de fins comuns, independentemente de raça, cor, sexo, ou religião. O Estado avoca para si o dever de proteger o núcleo

familiar, no sentido de garantir a cada um dos seus integrantes, condições mínimas para a promoção de sua dignidade, assumindo a família um caráter instrumental.

Diante destas significativas alterações, a disciplina da responsabilidade civil encampa a difícil tarefa de captar estes momentos e responder de forma eficiente, aos anseios de uma sociedade multiforme e complexa, que diante de tantas situações novas, caminha incessantemente em busca do seu mais completo bem estar.

Com típico caráter residual, a responsabilidade civil entra em cena apenas no segundo ato, pois o indivíduo que protagoniza as relações contratuais, reais e familiares tem ampla liberdade para atuar. Agindo em descompasso com as normas gerais de conduta ou deixando de cumprir deveres a que está sujeito, o indivíduo é reprimido. Se a sua ação ou omissão atinge a esfera jurídica de terceiros, deve suportar as consequências de sua atuação desastrosa. Constroem-se a partir daí os pressupostos da obrigação de indenizar.

No primeiro capítulo deste trabalho, verificou-se que os elementos configuradores da responsabilidade civil, a saber, conduta humana (ato ilícito/culpa), nexos causal e dano, também foram revistos tanto em relação à ampliação conceitual do componente em si, quanto à sua imprescindibilidade para imposição do dever de reparar.

Quanto à conduta, afastou-se a ilicitude e a culpa como qualidades essenciais e exclusivas para que a ação ou omissão fossem hábeis a ensejar responsabilidade, admitindo-se que mesmo condutas lícitas, mas geradoras de danos, obriguem a indenizar. Ao lado de uma responsabilidade subjetiva que investiga o estado anímico do agente, admite-se um modelo onde a (in)existência de culpa é irrelevante, bastando que a atividade danosa desenvolvida pelo autor, contenha um risco criado ou excepcional. Percebeu-se ainda que a clássica responsabilidade direta, ou seja, aquela em que o agente praticante da conduta é a mesma pessoa que suportará a obrigação de reparar o dano, se abre para a possibilidade de transferir este ônus para um terceiro por força de um vínculo jurídico estabelecido pela lei (artigo 932 do Código Civil) ou através do implemento da securitização, como é o caso dos seguros de responsabilidade civil.

Já em relação ao nexo de causalidade, verifica-se uma espécie de afrouxamento dos critérios estabelecidos pela doutrina para sua caracterização, produzindo o que se convencionou chamar de flexibilização do nexo causal.

Verificou-se que a despeito da existência de verdadeira celeuma na aplicação das teorias explicativas do nexos causal por parte dos tribunais brasileiros, a maioria deles concorda que a bem da vítima e para não deixá-la irressarcida, seria possível um olhar menos rígido para acolher determinados entendimentos como a causalidade alternativa, aplicada em situações em que o dano decorre de conduta praticada por parcela de indivíduos integrantes de um grupo, sem que seja possível identificar o causador direto, ou até mesmo nas hipóteses de aplicação da teoria do fortuito interno. A crítica que se faz é de que não seria mister da responsabilidade civil funcionar como meio de justiça distributiva, assacando para os indivíduos, o dever de suportar o pagamento de indenização por danos que, na maioria das vezes, decorre da precariedade dos serviços públicos e privados.

O estudo do dano enquanto pressuposto da responsabilidade assume relevância na presente pesquisa, que buscou investigá-lo especialmente na perspectiva coletiva de sua ocorrência. No entanto, não é apenas neste trabalho que o dano ostenta protagonismo. A multiplicação de lesões, fruto de uma sociedade globalizada e de riscos, direcionou todo o sistema jurídico para encontrar mecanismos que, ao invés de dificultar o ressarcimento das vítimas, ampliassem o acesso à justiça e as possibilidades de reparação. A teoria do risco e o modelo de responsabilidade objetiva são respostas aos reclamos de uma sociedade que havia retirado os olhos do agente ofensor e lançado sobre a vítima do dano injusto.

Verificou-se que a inexigibilidade de demonstração de culpa do agente, decorrente do incremento das hipóteses de responsabilidade objetiva e a relativização da prova do nexos causal, provocaram a necessidade de verdadeira construção teórica em torno do elemento “dano”, que conta agora com o adjetivo “ressarcível” para deixar claro que nem todo prejuízo será reparável. O dano como violação a um direito subjetivo e produto do ato ilícito passa a ser considerado como lesão a interesses juridicamente protegidos na concepção de “dano injusto”.

A reconstrução conceitual se impôs necessária. O dano que inicialmente se referia apenas ao desfalque patrimonial sofrido por alguém, passa a abarcar também as violações à esfera existencial do indivíduo. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 pôs fim a discussão em torno da existência de um dano de natureza extrapatrimonial, ao prever expressamente a possibilidade de reparação por dano moral decorrente de violação a direitos da personalidade, conferindo-lhe, portanto, autonomia e suficiência metodológicas. O que doutrina e jurisprudência buscam



posteriormente é a delimitação das balizas para delimitar sua abrangência e os critérios de fixação de um valor pecuniário que venha servir de compensação adequada a vítima, sem que se possa falar em enriquecimento ilícito.

Outras hipóteses configuradoras da obrigação de indenizar são elencadas pela doutrina, que as denomina de “novos danos indenizáveis”, que na verdade, não são exatamente novos danos, pois tais situações continuam a ensejar a produção de danos na esfera patrimonial e extrapatrimonial das vítimas, mas o que se vê é admissão de novos fatos causadores de prejuízos, como por exemplo, a possibilidade de indenizar chances perdidas, defendida pela teoria da perda de uma chance.

Atualmente, a essencialidade do dano como pressuposto da responsabilidade civil é questionada por parte da doutrina que propugna pela implantação de modelo de responsabilidade baseado nos princípios da prevenção e precaução. Para estes doutrinadores, admite-se uma responsabilidade sem dano, na medida em que a prática de atividades potencialmente lesivas exponha a coletividade a riscos concretos de ocorrência de prejuízos. Este modelo fora abordado no terceiro capítulo ao tratar da função preventiva da responsabilidade civil.

Ainda no primeiro capítulo, com base na doutrina de Norberto Bobbio, abordou-se a dicotomia estrutura/função para fundamentar teoricamente o argumento de que a estrutura da responsabilidade civil (conduta, nexos e dano) só tem sentido se estiver a serviço de suas finalidades. Ao avaliar as fases pelas quais passou o instituto, verificou-se que para cada momento histórico vivenciado pela sociedade, preponderou na disciplina uma função específica, que vai desde a mera satisfação de vingança e, por vezes, a punição corporal até a compensação patrimonial pugnada pela função reparatória. Presente também o viés punitivo/preventivo em seu aspecto sancionatório na hipótese de ocorrência de danos a bens desprovidos de valor econômico. Atualmente, diante de uma sociedade plural e multifacetada que cuida de problemas tão diversos e complexos, não há como se conformar com o estabelecimento de uma única função para a responsabilidade civil, o que leva a conclusão da existência de uma verdadeira multifuncionalidade, que se ampara nos paradigmas reparatório, punitivo e preventivo.

Para além destas funções específicas do instituto, fez-se menção ao termo “função promocional” usado por Norberto Bobbio quando criticou a teoria do direito

que se baseia em reprimir comportamentos ao invés de estimulá-los. Transpondo tais argumentos para o âmbito da responsabilidade civil, defendeu-se o uso das técnicas de encorajamento para fomentar comportamentos socialmente desejáveis o que se adequa perfeitamente a criação de um sistema preventivo de responsabilidade, que antevendo a possibilidade de ocorrência de danos, premia os agentes que os evitam.

No segundo capítulo abordou-se a tutela dos interesses metaindividuais e a necessidade de construção de uma teoria acerca dos danos coletivos, que se baseou em duas constatações, uma de ordem econômica e outra de ordem jurídica. O panorama econômico demonstrou que a transformação da sociedade industrial em uma sociedade de consumo, aliada a massificação das relações econômicas produziu macrolesões, ou seja, danos em massa. Paralelamente a esta constatação, verifica-se a positivação dos chamados direitos de terceira dimensão que se baseiam nos ideais de solidariedade e fraternidade, enfatizados após as atrocidades cometidas em razão da Segunda Guerra Mundial.

Tutelados pelo direito, a violação a interesses coletivos deve ser alvo de reparação, reclamando do direito material e processual, a criação de mecanismos próprios e/ou adequação dos já existentes com vistas a efetivar a defesa destes interesses. Quanto ao direito material, verificou-se que, diante da existência de um patrimônio coletivo, é plenamente possível conceber que a coletividade titularize os direitos a ele inerentes. Sendo assim, caso haja lesões a este patrimônio, surgirá o dever de indenizar, razão pela qual afigura-se factível também a construção de uma teoria dos danos na esfera coletiva, que embora tenha contado com posicionamentos resistentes por parte inclusive do STJ, parece que atualmente não há inadmissões. A base para tal fora o artigo 81 do CDC que serviu de fundamento para, distinguindo os interesses coletivos, classificar os danos oriundos de violações a estes direitos.

Por fim, no terceiro capítulo analisaram-se as funções da responsabilidade civil por danos causados à coletividade. No que tange a função reparatória, independente se o dano é individual ou coletivo, constatou-se que a mesma pode ser alcançada tanto por meio de uma reconstituição natural do bem lesado, quanto por meio de uma compensação pecuniária. O problema encontrado pela doutrina é a hipótese do bem lesado não poder mais ser reparado e dificuldade de se estabelecer um valor pecuniário para algo que é desprovido de valor econômico, o

que tem ensejado acirrados debates quanto à aplicação da função punitiva. Assim como no que concerne aos danos individuais, no caso dos interesses coletivos a função reparatória é mais plenamente possível quando se tratar de danos patrimoniais coletivos. No entanto, verificou-se que mesmo diante de danos coletivos extrapatrimoniais, a função reparatória pode cumprir seu papel, como no de caso da contrapropaganda e do direito de resposta, que seriam exemplos de reparação *in natura* de danos morais coletivos.

Em relação aos danos coletivos extrapatrimoniais remanesce a discussão existente no âmbito dos danos morais ocorridos na esfera individual, qual seja, de saber quais os critérios a serem utilizados na fixação do *quantum* indenizatório na hipótese de ser impossível a restituição integral do bem violado. Conforme visto, os tribunais possuem entendimentos diversos, ora aplicando a lógica da função punitiva para majorar o valor da indenização, ora seguindo os critérios estabelecidos pela doutrina para estabelecer valores mais razoáveis, a saber, a gravidade e a repercussão da lesão, a situação econômica do ofensor, o proveito obtido com a conduta ilícita, o grau da culpa ou do dolo (se presentes), a verificação da reincidência e o grau de reprovabilidade social.

Quanto à função preventiva ou precaucional, verificou-se que a própria natureza sancionatória da responsabilidade civil, qual seja, de obrigar o agente causador do dano a responder por ele, por si só, já carrega um viés pedagógico no sentido de desestimular a continuidade delitiva ou até mesmo de servir de exemplo para os demais indivíduos.

No entanto, verificou-se a existência de um movimento acadêmico que tem defendido a criação de um modelo de responsabilidade por antecipação, chamado de responsabilidade preventiva, cujo substrato teórico é o Princípio da Precaução, que orienta o direito ambiental. Para tanto, pugna-se pela responsabilização daquele que exercer atividade potencialmente lesiva, capaz de colocar em risco outras pessoas, independente da ocorrência de dano. Isto seria possível a partir da cisão entre os conceitos de responsabilidade e reparação, que vistos separadamente, possibilitaria estabelecer sanções ao agente que atuasse com dolo ou culpa na prática de condutas causadoras de perigos concretos, evitando a ocorrência de lesões ou diminuindo sua incidência. Para os defensores deste modelo, é chegada a hora de lançar as bases de um novo caminho para a responsabilidade civil, que

diante da ocorrência de danos em massa, deve criar mecanismos capazes de evitá-los.

A par das exposições feitas alhures, é certo que não se pode estreitar a visão acerca da funcionalização do instituto da responsabilidade civil para defendermos com exclusividade a adoção de uma ou outra função específica. Tampouco, o esforço dos tribunais em responder aos reclamos sociais diante da violação dos interesses individuais ou coletivos, não pode resvalar em um ativismo judicial irresponsável que suplante as bases de um sistema legal, fundado em princípios categoricamente expressos.

Destaque-se ainda a necessidade urgente de se enxergar a responsabilidade civil como política pública, o que se alinha à criação de mecanismos que valorizem a função preventiva e precaucional do instituto. Significa dizer que a responsabilidade civil, tradicionalmente conceituada como dever jurídico secundário ou sucessivo, deve ser revista para, pressupondo prejuízos, preocupar-se em minorá-los ou até mesmo evitar sua ocorrência, extinguindo a potencialidade do dano.

Na sociedade plural e diversificada em que se vive hodiernamente, a visão da responsabilidade civil como instituto que se preocupa apenas em reparar o prejuízo e não em evitá-lo, viola frontalmente a ideia de solidariedade social proposta pela Constituição Republicana que objetiva construir uma sociedade altruísta.

No último tópico, registrou-se a existência no ordenamento jurídico brasileiro de mecanismos processuais adequados para a efetivação da responsabilidade civil por danos coletivos. Hodiernamente, a realização da justiça por meio de um processo eficiente é um dos objetivos primordiais da atividade jurisdicional do Estado, razão pela qual os mecanismos legais existentes no ordenamento jurídico devem ser postos à prova a fim de verificar o grau de eficácia que apresentam na resolução dos conflitos. Com a consagração dos direitos materiais na esfera coletiva, o direito processual precisou amoldar-se para concretizar tais interesses, surgindo o que se convencionou chamar de microsistema coletivo. A partir da análise de alguns aspectos das Leis nº 7.347/85 e 8.078/90, percebeu-se que o processo busca tutelar de forma eficiente os interesses metaindividuais, dispondo de institutos eficazes na proteção desses direitos.

A possibilidade jurídica de fixação de uma indenização punitiva no âmbito da Lei da Ação Civil Pública, a legitimação extraordinária, concorrente e disjuntiva, os efeitos *erga omnes*, *ultra partes* e *secundum eventum litis* da coisa julgada, bem

como a *“fluid recovery”* são exemplos de características e institutos do direito processual coletivo que podem contribuir para a efetividade da prestação jurisdicional no âmbito das ações em massa bem como para o alcance da função social da responsabilidade civil.

Mesmo assim, há quem defenda a necessidade de se criar um Código de Processo Coletivo a fim de que as normas adjetivas sejam alinhadas e adequadas a realidade das ações de classe, o que afigura-se salutar, haja visto que o Novo CPC silenciou quanto à matéria. O artigo 333 do Novo Código de Processo Civil – Lei nº. 13.105/2015 que previa a possibilidade de conversão da ação individual em coletiva quando o objeto pretendido alcançasse bens difusos ou coletivos ou quando se tratasse de resolução de conflitos plurilaterais fora vetado pela Presidência da República sob o argumento de que o tema exige disciplina própria para garantir a eficácia plena do instituto. De fato, o arremedo de uma tutela coletiva não seria suficiente para atender de forma eficiente as pretensões nesta esfera, sendo imperiosa a criação de critérios objetivos e ao mesmo tempo rigorosos para que a prestação jurisdicional referente aos direitos transindividuais não caia na vala da morosidade e burocracia que assolam o processo civil brasileiro.

## REFERÊNCIAS

- ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **O patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral das Obrigações**, 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social**. In: Filomeno, José Geraldo Brito; Wagner Júnior, Luiz Guilherme da Costa; Gonçalves, Renato Afonso (Coord.). *O Código Civil e sua interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. In: BOLETIM de Direito Administrativo, São Paulo, ano 23, n. 1, p. 20-49. jan. 2007
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
- BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro**. In: Sérgio Augustin (Coord.). *Dano moral e sua quantificação*. 3.ed. rev. e ampl. Caxias do Sul, RS: Plenum, 2005. p. 43-66.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, 19ª. Reimpressão, Elsevier, 1992.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito** - Compilação de Nello Morra e tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**; tradução de Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Responsabilidade Civil**. 1ª.ed. Salvador: JusPodivm, 2014. v.3.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson **Novo tratado de responsabilidade civil**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017

BRASIL. Agência Nacional do Petróleo - ANP. **Portaria n. 116. Nº 116, de 05 de Julho de 2000**. Regulamenta o exercício da atividade de revenda varejista de combustível automotivo. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/487104.pdf>> Acesso em: 17 de fev. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 10 de junho. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm)> Acesso em: 20 de out. 2017.

BRASIL. **Enunciado nº. 39**. I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/701>> Acesso em: 20 de março de 2018.

BRASIL. **Enunciado nº. 47**. I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/741>> Acesso em: 20 de março de 2018.

BRASIL. **Enunciado nº. 444**. V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/362>> Acesso em: 10 de dezembro de 2017

BRASIL. **Enunciado nº. 456**. V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/403>> Acesso em: 10 de dezembro de 2017

BRASIL. **Enunciado nº. 544**. VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/161> > Acesso em: 10 de dezembro de 2017

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm)> Acesso em: 20 de mar. 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de agosto de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras

providências, 1985. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347Compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm)>. Acesso em: 10 de junho. 2017

BRASIL. **Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)> Acesso em 20 de jan. de 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 10 de junho. 2017

BRASIL. **Lei 9.008, de 21 de março de 1995**. Cria, na estrutura organizacional do Ministério da Justiça, o Conselho Federal de que trata o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, altera os arts. 4º, 39, 82, 91 e 98 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L9008.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9008.htm)> Acesso em: 18 set. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 10 de junho. 2017

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 21/03/2018.

BRASIL. **Lei nº 7.998 de 11 de janeiro de 1990**. Regula o Programa do Seguro Desemprego, o Abono Salarial, institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7998.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7998.htm)> Acesso em: 17 set. 2017.

BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Regula a ação popular. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L4717.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L4717.htm)> Acesso em: 15 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)> Acesso em: 17 out. 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012**. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória



nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm)> Acesso em 22 de fev. 2018.

BRASIL. Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. “**Ações Coletivas no Brasil: Temas, Atores e Desafios da Tutela Coletiva**”. Coord.: Conrado Hubner Mendes, Vanessa Elias de Oliveira e Rogério Bastos Arantes. *In* Relatório Analítico Propositivo “Justiça Pesquisa” – Direitos e Garantias Fundamentais - Conselho Nacional de Justiça - CNJ, 2ª ed. 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/799b01d7a3f27f85b334448b8554c914.pdf>> Acesso em: 20 de março de 2018.

BRASIL. **Súmula 187 do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3505>> Acesso em 5 de out. 2017.

BRASIL. **Súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013\\_35\\_capSumula387.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula387.pdf)> Acesso em 15 de nov. 2017.

BRASIL. **Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>> Acesso em 15 de nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **AgRg no MS 13505 DF 2008/0082984-5**, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Data de Julgamento: 13/08/2008, Terceira seção. DJe 18/09/2008. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14464425/agravo-regimental-no-mandado-de-seguranca-agrg-no-ms-13505-df-2008-0082984-5/inteiro-teor-14464426>> Acesso em: 12 de jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **AgRg nos EDcl no REsp: 1318095 MG 2012/0081993-8**, Relator: Ministro Sidnei Beneti, Data de Julgamento: 19/06/2012, T3 – Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 27/06/2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22260379/agravo-regimental-nos-embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-agrg-nos-edcl-no-resp-1318095-mg-2012-0081993-8-stj/inteiro-teor-22260380?ref=juris-tabs>> Acesso em: 22 de nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Rcl 13.200/GO**, 2.ª Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 08.10.2014, DJe 14.11.2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153679483/reclamacao-rcl-13200-go-2013-0197835-7/relatorio-e-voto-153679500>> Acesso em: 12 de mar. de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **REsp 326.971/AL**, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 11/06/2002, DJ 30/09/2002, p. 264. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=215544&num\\_registro=200100606003&data=20020930&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=215544&num_registro=200100606003&data=20020930&tipo=51&formato=PDF)> Acesso em 22 de nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Resp. nº. 971.844** RS 2007/0177337-9, Relator: Ministro Teori Albino Zavascki, Data de Julgamento: 03/12/2009, T1 – Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 12/02/2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=7142058&num\\_registro=200701773379&data=20100212&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=7142058&num_registro=200701773379&data=20100212&tipo=91&formato=PDF)> Acesso em: 22 de nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Recurso Especial nº. 1.292.141** SP. Relator Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 04/12/2012, T3 – Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 12/12/2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23027511/recurso-especial-resp-1292141-sp-2011-0265264-3-stj/inteiro-teor-23027512?ref=juris-tabs>> Acesso em: 22 de nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **REsp 1.221.756-RJ**, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 2/2/2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21222481/recurso-especial-resp-1221756-rj-2010-0197076-6-stj/inteiro-teor-21222482>> Acesso em: 23 de ago. de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **REsp 1.104.665-RS**, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 9/6/2009, Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiro-teor/>> Acesso em: 22 de nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **REsp: 287849 SP** 2000/0119421-6, Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Data de Julgamento: 17/04/2001, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 13.08.2001 p. 165RDR vol. 21 p. 392RSTJ vol. 154 p. 463RT vol. 797 p. 226. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=50015&nreg=200001194216&dt=20010813&formato=PDF>> Acesso em: 22 de nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **REsp 1.152.541/RS**, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 13.09.2011, DJe 21.09.2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21078871/recurso-especial-resp-1152541-rs-2009-0157076-0-stj/inteiro-teor-21078872?ref=juris-tabs>> Acesso em: 12 de nov. de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **REsp 1.487.046 – MT**, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28.03.2017, DJe 16.05.2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465738618/recurso-especial-resp-1487046-mt-2012-0227567-6/relatorio-e-voto-465738647>> Acesso em: 15 de nov. de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **REsp 598.281-MG**, Rel. Ministro Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 02.05.2006, DJ 01.06.2006. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7158334/recurso-especial-resp-598281-mg-2003-0178629-9-stj/relatorio-e-voto-12878881?ref=juris-tabs>> Acesso em 15 de jan. de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **REsp n. 64.682/RJ**, relator Ministro Bueno de Souza, Quarta Turma, julgamento em 10/11/1998, DJ de 29/3/1999, p. 180. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19710689/recurso-especial-resp-64682-rj-1995-0020731-1> Acesso em 22 de nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 636.021 – RJ** (2004/0019494-7). Recorrente: TV Globo Ltda. Recorrido: José Perdiz de Jesus, Luiz Carlos Zveiter e outros. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 02 de outubro de 2008. Disponível em: < [https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=200400194947](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200400194947)> Acesso em 21 de out. de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **REsp: 26975 RS 1992/0022571-3**, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 18/12/2001, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 20.05.2002 p. 142RDR vol. 23 p. 377. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/291412/recurso-especial-resp-26975-rs-1992-0022571-3/inteiro-teor-100216868> Acesso em: 03 de mar. de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. **Recurso Especial 1.057.274**. Relatora ministra Eliana Calmon. Julgado em 1º de dezembro de 2009. Disponível em: < [https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=200801044981](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200801044981)> Acesso em 21 de out. de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **REsp: 1671569 SP 2017/0098132-0**, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 27/06/2017, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/06/2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/482799093/recurso-especial-resp-1671569-sp-2017-0098132-0> Acesso em 23 de nov. de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.190.180**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. T4 - Quarta Turma. Data de Julgamento: 16/11/2010. Data de Publicação: 22/11/2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000685378&dt\\_publicacao=22/11/2010](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000685378&dt_publicacao=22/11/2010)>. Acesso em: 10 de outubro de 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2.ª Região, Dissídio coletivo de greve, Acórdão 2007001568, Relator(a): Sonia Maria Prince Franzini, Revisor(a): Marcelo Freire Gonçalves, **Processo 20288-2007-000-02-00-2**, Data de Julgamento: 28.06.2007, Data de Publicação: 10.07.2007, Partes suscitante(s): Ministério Público do Trabalho da Segunda Região, Suscitado(s): Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Transportes Metroviários de São Paulo e Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô. Disponível em: < <https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7581333/dissidio-coletivo-de-greve-dc-20288200700002002-sp-20288-2007-000-02-00-2/inteiro-teor-13169420>> Acesso em 22 de out. de 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Acórdão 23793/2018. Apelação Cível Nº 0034549-11.2004.4.03.6100/SP**. Relatora: Desembargadora Federal Consuelo Yoshida. Apelantes: Radio e Televisão Record S/A e Rede Mulher de Televisão LTDA. Apelados: Ministério Público Federal – MPF, Instituto Nacional de Tradição e Cultura Afro-Brasileira – INTECAB e Centro de Estudos das Relações de Trabalho e da Desigualdade – CEERT. Data da Publicação: 10 de abril de 2018. Disponível em: <  
<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/6494767>> Acesso em: 11 de abril de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº. 278300-23.2009.5.12.0032**, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Data de Julgamento: 08/05/2013, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/05/2013. Disponível em: <  
<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20267527/recurso-de-revista-rr-2783002320095120032-278300-2320095120032/inteiro-teor-104882115>> Acesso em: 03 de set. de 2017.

BÜRGER, Marcelo Luiz Francisco de Macedo; CORRÊA, Rafael. **Responsabilidade preventiva: elogio e crítica à inserção da prevenção na espacialidade da responsabilidade civil**. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, ano 4, n. 10, p. 35-60, set./dez. 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant: **Acesso à Justiça**. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988.

CARPENA, H. **Dano moral coletivo nas relações de consumo**. In: TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. (coord.) **O Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

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

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **Responsabilidade por dano não patrimonial a interesse difuso (dano moral coletivo)**. In: Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, *Revista da EMERJ*, v. 3, n. 9, 2000. p. 21-42.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidades, em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Destaque, 2000.

CAVALIERI FILHO. Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano; CORREIA, Alexandre Augusto de Castro. **Manual de direito romano**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1955. V. 2. 657p.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **Dever de indenizar**. In: *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v.5, p. 3.

COOTER, Robert. **Direito & Economia/** Robert Cooter, Thomas Ulen; Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araujo da Costa, 5ª ed. - Porto Alegre : Bookman, 2010.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexu causal na responsabilidade civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DANTAS, Gisane Tourinho. **Função promocional do direito e sanção premial na perspectiva metodológica de Durkheim.** Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual, nº 149, nov. 2012. Disponível em <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2374/1743>> Acesso em 20/09/2017.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil.** 12ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael; ZANETTI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil.** 5. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010. v. 2, 4

DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo.** 4º Edição. Bahia: Jus Podivm, 2009. 535 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, v. 3.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - vl. 7 - Responsabilidade Civil** - 29.ed., São Paulo - Saraiva, 2015.

DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça. TJDFT. **APC nº. 20050150091093 DF**, Relator: Sandoval Oliveira, Data de Julgamento: 05/09/2007, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 13/11/2007, pág. 122. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2654011/apelacao-civel-apc-20050150091093-df>> Acesso em: 22 de out. de 2017.

DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça. TJDFT - **APC: 20140111490127**, Relator: LEILA ARLANCH, Data de Julgamento: 24/02/2016, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 03/03/2016 . Pág.: 163. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310861997/apelacao-civel-apc-20140111490127>> Acesso em: 22 de nov. de 2018.

DUGUIT, Pierre M. N. Léon. **Fundamentos do Direito.** São Paulo: Ícone, 1996.

EHRHARDT JR, Marcos; FARIAS, Luiz Roberto Barros. **Por um sistema jurídico que funcione: discutindo a funcionalização do direito civil.** In Temas de direito civil-constitucional: da constitucionalização à humanização, volume II / Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa, Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Junior, Maria Cristina Paiva Santiago, organizadores; Instituto de Pesquisa e Extensão Perspectivas e Desafios de Humanização do Direito Civil-Constitucional – João Pessoa: IDCC, 2017, p. 17-36.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 18. ed. impressa rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FIUZA, Ricardo Ferreira. **Projeto de Lei nº. 6960/2002**. Dá nova redação aos artigos 2º, 11, 12, 43, 66, 151, 224, 243, 244, 246, 262, 273, 281, 283, 286, 294, 299, 300, 302, 306, 309, 328, 338, 369, 421, 422, 423, 425, 429, 450, 456, 471, 472, 473, 474, 475, 478, 479, 480, 482, 496, 502, 506, 533, 549, 557, 558, 559, 563, 574, 576, 596, 599, 602, 603, 607, 623, 624, 625, 633, 637, 642, 655, 765, 788, 790, 872, 927, 928, 931, 944, 947, 949, 950, 953, 954, 966, 977, 999, 1053, 1060, 1086, 1094, 1099, 1158, 1160, 1163, 1165, 1166, 1168, 1196, 1197, 1204, 1210, 1228, 1273, 1274, 1276, 1316, 1341, 1347, 1352, 1354, 1361, 1362, 1365, 1369, 1371, 1374, 1378, 1379, 1434, 1436, 1456, 1457, 1473, 1479, 1481, 1512, 1515, 1516, 1521, 1526, 1561, 1563, 1573, 1574, 1575, 1576, 1581, 1583, 1586, 1589, 1597, 1601, 1605, 1606, 1609, 1614, 1615, 1618, 1623, 1625, 1626, 1628, 1629, 1641, 1642, 1660, 1665, 1668, 1694, 1700, 1701, 1707, 1709, 1717, 1719, 1721, 1722, 1723, 1725, 1726, 1727, 1729, 1731, 1736, 1768, 1788, 1790, 1800, 1801, 1815, 1829, 1831, 1834, 1835, 1848, 1859, 1860, 1864, 1881, 1909, 1963, 1965, 2002, 2038 e 2045 da Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que "Institui o Código Civil", acrescenta dispositivos e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=81C16BE5A23BDA98B9E62C10A5B5150B.proposicoesWebExterno2?codteor=50233&file name=PL+6960/2002](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=81C16BE5A23BDA98B9E62C10A5B5150B.proposicoesWebExterno2?codteor=50233&file name=PL+6960/2002)> Acesso em 28 de mar. de 2018.

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. **Dano-evento e dano-prejuízo**. Dissertação de mestrado. São Paulo: USP, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil. v. III: responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil. v. 2: obrigações**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

GIDI, Antonio. **A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta**. In: Revista de Processo, n. 108: Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

GIDI, Antonio. **Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas**, São Paulo: Saraiva, 1995.

GIDI, Antônio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GIDI, Antonio. **Las acciones colectivas em Estados Unidos**. In: GIDI, Antonio, MAC-GREGOR, Eduardo F. (Coord.). *Procesos colectivos: la tutela de los derechos colectivos e individuales em uma perspectiva comparada*. México – DF: Editorial Porrúa, 2003.

GIUSTINA, Vasco Della. **Responsabilidade Civil dos Grupos**. Aide Editora, Rio de Janeiro, 1991

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 8ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Principais Inovações no Código Civil de 2002: Breves Comentários**. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimização e a coisa julgada**. In: *Revista Forense*, volume 361: Editora Forense, Rio de Janeiro, 2002.

GRINOVER, **Da Class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade, Ação civil pública: lei 7.347/1985 -15 anos**. Édis Milaré (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 32.

HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade Pressuposta: Evolução de Fundamentos e de Paradigmas da Responsabilidade Civil na Contemporaneidade**. In *Novo Código Civil - Questões Controvertidas: Responsabilidade Civil. Série Grandes Temas de Direito Privado*. Vol. 5. DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coordenadores). São Paulo : Método, 2006.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, Vol. I, Tomo II**. Editora Forense, 5ª edição. 1978. Rio de Janeiro.

JESUS, Damásio E. **Direito Penal, 1º Volume - Parte Geral**. Editora Saraiva. 20ª edição. 1997. São Paulo.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**; tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. 6. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- LAMY, Eduardo e RODRIGUES, Horácio. **Teoria Geral do Processo**. 3ª ed. São Paulo: Campus Elsevier, 2012.
- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas**. São Paulo: Atlas, 2012.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil. Fontes acontratuais das obrigações – Responsabilidade civil**. vol. 5. 5. ed. Revisada pelo Prof. José Serpa de Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.
- LOPEZ, Teresa Ancona. **Nexo causal e produtos potencialmente nocivos, a experiência brasileira do tabaco**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- LOPEZ, Tereza Ancona. **O dano estético: responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- LORENZETTI, Ricardo. **Fundamentos do direito privado**. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo. Ed. RT, 1998.
- MAEDA, Renata de Souza. **Pressupostos da responsabilidade civil: nexos causal**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13531&revista\\_caderno=7](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13531&revista_caderno=7)>. Acesso em fev. 2018.
- MAFRA LEAL, Marcio Flávio. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 5.ed. São Paulo, RT, 2000.
- MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.
- MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V, t. II.
- MARTINS-COSTA, Judith. **Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro**. In *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2002.
- MARTINS-COSTA, Judith. **Dano Moral à Brasileira**. In *Revista do Instituto do Direito Brasileiro – RIDB*. ISSN: 2182-7567. Ano 3 (2014), nº 9, p. 7073-7122.



MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. TJMS - **APL: 08399631820138120001** MS 0839963-18.2013.8.12.0001, Relator: Des. Marco André Nogueira Hanson, Data de Julgamento: 23/02/2016, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 24/02/2016. Disponível em: < <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/308537606/apelacao-apl-8399631820138120001-ms-0839963-1820138120001>> Acesso em: 22 de nov. 2018.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2012.

MELO, Diogo L. Machado de. **A função punitiva da reparação por danos morais (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais – artigo 883, parágrafo único, do Código Civil**. In: Delgado, Mário Luiz; Alves, Jones Figueiredo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006. v. 6.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. **O direito dos danos na sociedade das incertezas: a problemática do risco de desenvolvimento no Brasil**. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a.1, n. 1, jul.-set./2012. Disponível em: <http://civilistica.com/direito-dos-danos/>, p. 8. Acesso em 20 de março de 2016.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano Moral – Problemática - Do cabimento à fixação do quantum**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2011.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Tutela do patrimônio cultural brasileiro: doutrina – jurisprudência – legislação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado: parte especial**. 3ª ed. t. LIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado: parte especial**. 3ª ed. t. XXVI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na Medida da Pessoa Humana: estudos de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, volume 854, p. 11-37, dez. 2006.

MORAES, Renato Duarte Franco. **A causalidade alternativa e a responsabilidade civil dos múltiplos ofensores**. Disponível em:

<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-04032015-125144/pt-br.php>. Acesso em: 15.10.2017.

MORAIS, José Luís Bolsan de. **Do direito social aos interesses transindividuais – O Estado e o direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ Ed, 2009.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, parte geral – vol. 1**. 9.<sup>a</sup> ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson. Aspectos do processo civil no código de defesa do consumidor. São Paulo: RT, **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 1, 1992, p. 202.

NETO, Domingos Gomes De Aguiar. **Projeto de Lei nº. 3.880/2012**. Altera a redação dos arts. 186 e 944 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. Autor: Domingos Neto. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=6D1ABF252A79BC85BA8303815484E600.proposicoesWebExterno2?codteor=992621&file name=PL+3880/2012](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6D1ABF252A79BC85BA8303815484E600.proposicoesWebExterno2?codteor=992621&file name=PL+3880/2012)> Acesso em: 18 de jan. 2018.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Teoria dos ilícitos civis**, Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de processo coletivo**, volume único / Daniel Amorim Assumpção Neves. 2. ed., rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

Novais, Andréa Lanna Mendes. **Metodologias de Valoração de Danos ao Patrimônio Cultural utilizadas pelo Ministério Público – MG**. Disponível em: <[http://ibape-nacional.com.br/biblioteca/wp-content/uploads/2015/11/Painel\\_AvaliacaoPatrimoniosHistoricos.pdf](http://ibape-nacional.com.br/biblioteca/wp-content/uploads/2015/11/Painel_AvaliacaoPatrimoniosHistoricos.pdf)> Acesso em 20 de março de 2018.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor: com exercícios**. 2. ed., rev., mod. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUNES, Rizzatto. **As ações coletivas e as definições de direito difuso, coletivo e individual homogêneo.** In MAZZEI, Rodrigo e NOLASCO, Rida Dias (Coords.). Processo Civil Coletivo. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2005. p. 82-93.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v.I.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil.** Tradução de: Maria Cristina De Cicco. 3ª ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional** – tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 591.

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

PÜSCHEL, Flavia Portella. **A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica.** Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9666/Flavia%20Portella%20P%C3%BCschel.pdf?sequence=1>> Acesso em 15 de novembro de 2016.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito,** 27 ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

REALE, Miguel. **Visão Geral do Projeto de Código Civil.** In Revista dos Tribunais, n. 752, ano 87, jun. 1998, pp. 22-30. Disponível em <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/reale1.htm> > Acesso em 20/01/2018.

REIS, Clayton. **Dano Moral.** 5ª ed.atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. TJRS – **Recurso Cível 71001281054** – Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais – Rel. Des. Ricardo Torres Hermann – j. 12.07.2007. Disponível em: [http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=71001281054&num\\_processo=71001281054&codEmenta=1956787&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=71001281054&num_processo=71001281054&codEmenta=1956787&temIntTeor=true) Acesso em: 26 de março de 2018.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil.** 19. ed. vol. IV, São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Nexo causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito.** Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 8. ano 3. p. 115-137. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.

ROSENVALD, Nelson. **A refundação das penas privadas.** In: FIUZA, César. et. al. Direito Civil: teoria e prática no direito privado. Atualidades IV. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p.625-648.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 3. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

ROSENVALD, Nelson. **O Direito Civil em movimento**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. 2ª ed. Bauru: Edipro. 2007.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente**. In: BODIN, Maria Celina Bodin; et al. (Org). *Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Liberdade(s) e função: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro**. 19 de junho de 2009. 402 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais). Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba. 2009.

SALGADO, Lillian Jorge. **As ações coletivas de consumo: presente e futuro**. In *Direito do Consumidor: presente e novas perspectivas*. Alan de Matos Jorge (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 1-30.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. TJSP - **Apel.: 0027158-41.2010.8.26.0564**, Relator: Teixeira Leite, Data de Julgamento: 18/07/2013, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Registro: 19/07/2013. Disponível em: < <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116992525/apelacao-apl-271584120108260564-sp-0027158-4120108260564>> Acesso em: 23 de out. de 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção**. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.  
SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **A tutela constitucional dos interesses difusos**. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 438, 18 set. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5710>>. Acesso em: 5 fev. 2018.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. **O fundamento jurídico do Dano moral: princípio da dignidade da pessoa humana ou punitive damages?** In: FIUZA, César. et. al. *Direito Civil: teoria e prática no direito privado. Atualidades III*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.255-266.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha, BORGES, Andréa Moraes, CALDAS, Andréa Gouthier. **Dano Moral & Punitive Damages**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. **Responsabilidade Civil: transação em danos ambientais**. 1 ed. – Curitiba : Appris, 2015.

SPANO, Giuliana. Aspectos relevantes da "fluid recovery" do artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4014, 28 jun. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28465>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TARTUCE, Flavio. *Direito civil*, v. 2: **direito das obrigações e responsabilidade civil**; 11. ed. – Rio de Janeiro: Forense ; São Paulo : MÉTODO, 2016.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. **O trabalhador em tempos de modernidade líquida e destruição criadora**. Encontro de Internacionalização do CONPEDI (1. : 2015 : Barcelona, ES). I Encontro de Internacionalização do CONPEDI / organizadores: Clerilei Aparecida Bier, José Luiz Tortuero Plaza. – Barcelona : Ediciones Laborum, 2015. V. 11. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2016/01/NOVO-Miolo-CONPEDI-vol.-11-em-moldes-gr%C3%A1ficos-2.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

TEPEDINO, Gustavo, **"Temas de Direito Civil"**, Ed. Forense, 9.ª ed., Ed. Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a constituição da república: teoria geral dos contratos: contratos em espécie: atos unilaterais: títulos de crédito: responsabilidade civil: preferências e privilégios creditórios: arts. 421 a 965**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral** / Humberto Theodoro Júnior – 8. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TOLOMEI, Fernando Soares; SOUZA, Gelson Amaro de. **Apontamentos sobre as ações coletivas no Direito Brasileiro**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9861](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9861)>. Acesso em jul 2017.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Class action e mandado de segurança coletivo: diversificações conceptuais**. São Paulo: Saraiva, 1990.

WATANABE, Kazuo et. al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed., rev. e atual. até junho de 2001 Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. v. 2. 5. ed. São Paulo : Atlas, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ZAVASCKI, Liane Tabarelli. **Influência do sistema das *class actions* norte-americanas na Ação Civil Pública e Ação Popular Brasileira: semelhanças e distinções para a tutela ambiental**. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, 01 set. 2012. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/36-volume-3-numero-3-trimestre-01-07-2012-a-30-09-2012/1004-influencia-do-sistema-das-class-actions-norte-americanas-na-acao-civil-publica-e-acao-popular-brasileira-semelhancas-e-distincoes-para-a-tutela-ambiental> -> Acesso em: 17-Apr-2018

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.



**ANEXO A - RULE 23 – CLASS ACTIONS<sup>44</sup>**

(a) **Prerequisites.** One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:

- (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable;
- (2) there are questions of law or fact common to the class;
- (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and
- (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

(b) **Types of Class Actions.** A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if:

(1) prosecuting separate actions by or against individual class members would create a risk of:

- (A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual class members that would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class; or
- (B) adjudications with respect to individual class members that, as a practical matter, would be dispositive of the interests of the other members not parties to the individual adjudications or would substantially impair or impede their ability to protect their interests;

- (2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole; or
- (3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a

---

<sup>44</sup> Este é o texto da Regra 23 que trata das ações de classe ou ações coletivas (*class actions*) e integra o Código de Processo Civil americano, cujo texto transcrito encontra-se atualmente vigente e está disponível em: <https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-iv-parties/rule-23-class-actions/>. Acesso em 20 de mar. 2018.



class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include:

- (A) the class members' interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions;
- (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members;
- (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and
- (D) the likely difficulties in managing a class action.

**(c) Certification Order; Notice to Class Members; Judgment; Issues Classes; Subclasses.**

*(1) Certification Order.*

(A) *Time to Issue.* At an early practicable time after a person sues or is sued as a class representative, the court must determine by order whether to certify the action as a class action.

(B) *Defining the Class; Appointing Class Counsel.* An order that certifies a class action must define the class and the class claims, issues, or defenses, and must appoint class counsel under Rule 23(g).

(C) *Altering or Amending the Order.* An order that grants or denies class certification may be altered or amended before final judgment.

*(2) Notice.*

(A) *For (b)(1) or (b)(2) Classes.* For any class certified under Rule 23(b)(1) or (b)(2), the court may direct appropriate notice to the class.

(B) *For (b)(3) Classes.* For any class certified under Rule 23(b)(3), the court must direct to class members the best notice that is practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice must clearly and concisely state in plain, easily understood language:

- (i) the nature of the action;
- (ii) the definition of the class certified;
- (iii) the class claims, issues, or defenses;
- (iv) that a class member may enter an appearance through an attorney if the member so desires;
- (v) that the court will exclude from the class any member who requests exclusion;
- (vi) the time and manner for requesting exclusion; and
- (vii) the binding effect of a class judgment on members under Rule 23(c)(3).

(3) *Judgment.* Whether or not favorable to the class, the judgment in a class action must:

- (A) for any class certified under Rule 23(b)(1) or (b)(2), include and describe those whom the court finds to be class members; and
- (B) for any class certified under Rule 23(b)(3), include and specify or describe those to whom the Rule 23(c)(2) notice was directed, who have not requested exclusion, and whom the court finds to be class members.

(4) *Particular Issues.* When appropriate, an action may be brought or maintained as a class action with respect to particular issues.

(5) *Subclasses.* When appropriate, a class may be divided into subclasses that are each treated as a class under this rule.

**(d) Conducting the Action.**

(1) *In General.* In conducting an action under this rule, the court may issue orders that:

- (A) determine the course of proceedings or prescribe measures to prevent undue repetition or complication in presenting evidence or argument;

(B) require—to protect class members and fairly conduct the action—giving appropriate notice to some or all class members of:

- (i) any step in the action;
- (ii) the proposed extent of the judgment; or
- (iii) the members' opportunity to signify whether they consider the representation fair and adequate, to intervene and present claims or defenses, or to otherwise come into the action;

(C) impose conditions on the representative parties or on intervenors;

(D) require that the pleadings be amended to eliminate allegations about representation of absent persons and that the action proceed accordingly;

or

(E) deal with similar procedural matters.

(2) *Combining and Amending Orders.* An order under Rule 23(d)(1) may be altered or amended from time to time and may be combined with an order under Rule 16.

(e) **Settlement, Voluntary Dismissal, or Compromise.** The claims, issues, or defenses of a certified class may be settled, voluntarily dismissed, or compromised only with the court's approval. The following procedures apply to a proposed settlement, voluntary dismissal, or compromise:

(1) The court must direct notice in a reasonable manner to all class members who would be bound by the proposal.

(2) If the proposal would bind class members, the court may approve it only after a hearing and on finding that it is fair, reasonable, and adequate.

(3) The parties seeking approval must file a statement identifying any agreement made in connection with the proposal.

(4) If the class action was previously certified under Rule 23(b)(3), the court may refuse to approve a settlement unless it affords a new opportunity to request exclusion to individual class members who had an earlier opportunity to request exclusion but did not do so.

(5) Any class member may object to the proposal if it requires court approval under this subdivision (e); the objection may be withdrawn only with the court's approval.

(f) **Appeals.** A court of appeals may permit an appeal from an order granting or denying class-action certification under this rule if a petition for permission to appeal is filed with the circuit clerk within 14 days after the order is entered. An appeal does not stay proceedings in the district court unless the district judge or the court of appeals so orders.

(g) **Class Counsel.**

(1) *Appointing Class Counsel.* Unless a statute provides otherwise, a court that certifies a class must appoint class counsel. In appointing class counsel, the court:

(A) must consider:

- (i) the work counsel has done in identifying or investigating potential claims in the action;
- (ii) counsel's experience in handling class actions, other complex litigation, and the types of claims asserted in the action;
- (iii) counsel's knowledge of the applicable law; and
- (iv) the resources that counsel will commit to representing the class;

(B) may consider any other matter pertinent to counsel's ability to fairly and adequately represent the interests of the class;

(C) may order potential class counsel to provide information on any subject pertinent to the appointment and to propose terms for attorney's fees and nontaxable costs;

(D) may include in the appointing order provisions about the award of attorney's fees or nontaxable costs under Rule 23(h); and

(E) may make further orders in connection with the appointment.

(2) *Standard for Appointing Class Counsel.* When one applicant seeks appointment as class counsel, the court may appoint that applicant only if the applicant is adequate under Rule 23(g)(1) and (4). If more than one adequate applicant seeks appointment, the court must appoint the applicant best able to represent the interests of the class.

(3) *Interim Counsel.* The court may designate interim counsel to act on behalf of a putative class before determining whether to certify the action as a class action.

(4) *Duty of Class Counsel.* Class counsel must fairly and adequately represent the interests of the class.

(h) **Attorney's Fees and Nontaxable Costs.** In a certified class action, the court may award reasonable attorney's fees and nontaxable costs that are authorized by law or by the parties' agreement. The following procedures apply:

(1) A claim for an award must be made by motion under Rule 54(d)(2), subject to the provisions of this subdivision (h), at a time the court sets. Notice of the motion must be served on all parties and, for motions by class counsel, directed to class members in a reasonable manner.

(2) A class member, or a party from whom payment is sought, may object to the motion.

(3) The court may hold a hearing and must find the facts and state its legal conclusions under Rule 52(a).

(4) The court may refer issues related to the amount of the award to a special master or a magistrate judge, as provided in Rule 54(d)(2)(D).