

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIDADE DE ENSINO SUPERIOR DOM BOSCO – UNDB
CURSO DE DIREITO

DIEGO RODRIGO COELHO RODRIGUES

INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO DANO MORAL COLETIVO: análise acerca da indenização com base nos danos morais coletivos à luz do caso das “pílulas de farinha” julgado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp. nº 866.636/SP

São Luís

2022

DIEGO RODRIGO COELHO RODRIGUES

INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO DANO MORAL COLETIVO: análise da indenização frente ao dano moral coletivo a luz do caso das “pílulas de farinha” julgado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp. n° 866.636/SP

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Me. Heliane Sousa Fernandes

São Luís

2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Centro Universitário – UNDB / Biblioteca

Rodrigues, Diego Rodrigo Coelho

Indenização punitiva no dano moral coletivo: análise da indenização frente ao dano moral coletivo a luz do caso das “pílulas de farinha” julgado pelo superior tribunal de justiça no resp. nº 866.636/SP. / Diego Rodrigo Coelho Rodrigues. __ São Luís, 2022. 65 f.

Orientador: Profa. Me. Heliane Sousa Fernandes.

Monografia (Graduação em Direito) - Curso de Direito – Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB, 2022.

1. Responsabilidade civil. 2. Danos morais coletivos.
3. Indenização civil. 4. Pena civil - Segurança jurídica. I. Título.

CDU 347.426.42

DIEGO RODRIGO COELHO RODRIGUES

INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO DANO MORAL COLETIVO: análise da indenização frente ao dano moral coletivo a luz do caso das “pílulas de farinha” julgado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp. nº 866.636/SP

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em: 12 /12/2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Heliane Sousa Fernandes (Orientadora)
Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco

Prof. 1º Examinador Me. Diego Menezes Soares
Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco

Prof. 2º Examinador Ma. Teresa Helena Barros Sales
Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco

À minha mãe que me auxilia todos os dias.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente gostaria de agradecer a Deus por todos esses cinco anos de faculdade. Foram muitas lutas, passagens de ônibus gastas, exposição ao perigo das ruas de São Luis/MA, dentre outras pedras que poderiam me fazer cair, mas que não conseguiram em razão do sustento físico, psicológico e espiritual que o Senhor meu Deus me deu. Que nos momentos mais difíceis me ajudou.

Agradecer também a minha mãe por estar sempre somando todos os dias. Diante de tantos problemas que tivemos nessa caminhada de cinco anos, sempre estava lá para me ajudar, somando para a realização de um sonho que é a formação acadêmica.

A minha irmã que me direcionou ao curso de Direito e me auxiliou com os estudos, sempre me estimulando.

E a minha orientadora, que sempre foi atenciosa com os detalhes, não demorava me retornar e sempre estava disponível para sanar eventuais dúvidas, com sua experiência inestimável. Uma pessoa realmente digna de admiração.

Um temperamento agradável pode compensar-nos da falta de beleza, mas a beleza não basta para nos indenizar de um temperamento desagradável.

Joseph Addison.

RESUMO

No decorrer da história a responsabilidade civil esteve relacionada com direito penal, onde as sanções eram destinadas especialmente aos autores dos atos ilícitos. Mormente a isso, com a iluminação da responsabilidade civil pelos direitos humanos, a indenização civil passou a cumprir a função precipuamente reparatória com foco na vítima dos danos. Por outro lado, o ordenamento jurídico buscou proteger não somente o interesse patrimonial da sociedade, mas também estendeu o direito reparatório ao âmbito moral. Dito isto, o legislador também inclui em seu âmbito de proteção os direitos coletivos, sendo digna de indenização a coletividade vítima de danos morais. Sendo assim, torna-se indispensável a análise crítica do comportamento da indenização civil nos danos morais coletivos com a verificação dos pilares que sustentam a responsabilidade civil contemporânea iluminada pela Constituição Federal de 1988, considerando a função punitiva da indenização, e sua coexistência harmônica com o ordenamento jurídico, tomando-se como exemplo prático o caso das “pílulas de farinha” julgado no Resp. nº 866.636/SP do STJ. Para tanto, primeiramente faz-se uma análise dos elementos gerais que compõem os danos na responsabilidade civil, com a subsequente verificação das características danos morais coletivos, e por fim, o estudo dos pilares da indenização civil, com a posterior crítica da (in)existência de uma pena civil camuflada e não regulamentada na indenização dos danos morais coletivos. A metodologia utilizada é a dedutiva, com viés descritivo e exploratório, com a utilização de posições jurisprudenciais, doutrinárias e legais, além de artigos de pesquisa disponíveis na internet. Da pesquisa resultou a conclusão para existência de uma pena civil, dotado de consequências violadoras dos fundamentos constitucionais da segurança jurídica e dos pressupostos da responsabilidade civil, diante da omissão legislativa na regulamentação dos danos morais coletivos.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; Danos morais coletivos; Indenização civil; Pena civil; Segurança jurídica.

ABSTRACT

Throughout history, civil liability has been related to criminal law, where sanctions were aimed especially at perpetrators of illicit acts. In addition to this, with the enlightenment of civil liability for human rights, civil compensation began to fulfill its primarily reparatory function with a focus on the victim of damage. On the other hand, the legal system sought to protect not only the patrimonial interest of society, but also extended the right of reparation to the moral scope. That said, the legislator also includes collective rights in its scope of protection, and the collective victim of moral damages is worthy of compensation. Therefore, it becomes essential to critically analyze the behavior of civil indemnity in collective moral damages with the verification of the pillars that support contemporary civil liability illuminated by the Federal Constitution of 1988, considering the punitive function of indemnity, and its harmonious coexistence with the legal order, taking as a practical example the case of “flour pills” judged in Resp. No. 866.636/SP of the STJ. To do so, firstly, an analysis is made of the general elements that make up the damages in civil liability, with the subsequent verification of the characteristics of collective moral damages, and finally, the study of the pillars of civil indemnity, with the subsequent criticism of (in) existence of a camouflaged and unregulated civil penalty in the indemnification of collective moral damages. The methodology used is deductive, with a descriptive and exploratory bias, with the use of jurisprudential, doctrinal and legal positions, in addition to research articles available on the internet. The research resulted in the conclusion that there is a civil penalty, with consequences that violate the constitutional foundations of legal certainty and the assumptions of civil liability, given the legislative omission in the regulation of collective moral damages.

Keywords: Civil Responsibility; Collective moral damages; Civil Indemnity; Civil Penalty. Legal Security.

LISTA DE SIGLAS

CF	Constituição Federal
CC	Código Civil
STJ	Superior Tribunal de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
STF	Supremo Tribunal Federal
TJ	Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	DOS DANOS CONTEMPORÂNEOS	14
2.1	Histórico dos danos e do dever de indenizar	14
2.2	Danos enquanto elemento da responsabilidade civil: conceitos e distinções	16
2.3	Espécies de Dano	18
2.3.1	Danos Patrimoniais.....	19
2.3.2	Danos Extrapatrimoniais	20
3	DO DANO MORAL COLETIVO	23
3.1	Desenvolvimento histórico	23
3.2	Dano Moral Coletivo no Ordenamento Jurídico Brasileiro	26
3.3	Elementos Conceituais	31
3.4	Princípios específicos aplicáveis ao dano moral coletivo	34
4	ANÁLISE DA INDENIZAÇÃO NO DANO MORAL COLETIVO E A SUA (IM)POSSIBILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO COMO PENA CIVIL	39
4.1	Da Indenização na Responsabilidade Civil	39
4.1.1	Conceito de Indenização: dificuldades técnicas e pressupostos essenciais.....	40
4.1.2	Elementos para a sua fixação	44
4.2	Análise da Tríplice Função Indenizatória na responsabilidade civil	46
4.2.1	Função Compensatória e reparatória	46
4.2.2	Função Punitiva.....	48
4.2.3	Função Pedagógica ou Educativa e Preventiva.....	50
4.3	Indenização no Dano Moral Coletivo como uma Pena Civil? análise frente ao caso das pílulas de farinha julgado do STJ no Recurso Especial nº 866.636/SP	51
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
	REFERÊNCIAS	61

1 INTRODUÇÃO

No decorrer do desenvolvimento histórico da responsabilidade civil no direito brasileiro ocorre uma expansão social e principiológica do dever de reparar os danos, fazendo surgir os Danos Morais Coletivos, dotado de elementos próprios que ultrapassam a simples subjetividade. Fala-se em uma “transindividualidade”, onde o dano não gravita apenas na esfera individual, mas perpassa por toda uma estrutura social constituída de valores coletivos que podem ser lesionados por pessoas físicas ou jurídicas, assim, tornando-se passível de reparação através do instituto da indenização civil.

Nessa linha, a Constituição Federal de 1988 prevê expressamente dentre os direitos e garantias fundamentais no art. 5º, incisos X e V a reparação pelos danos morais sofridos. Por algum tempo os danos morais forma analisados especialmente sob a ótica subjetiva em razão do direito indenizatório que gravita em torno da lesão ao âmbito psíquico e/ou anímico do ser humano.

Ao mesmo tempo, a Constituição de 1988 também passou a prever expressamente a tutela aos direitos coletivos com a previsão do Mandado de Segurança Coletivo no art. 5º, LXX, além de definir no art. 129 como função do Ministério Público a proteção de direitos difusos e coletivos através da Ação Civil Pública, principal instrumento de proteção aos direitos coletivos atualmente, regulada pela Lei nº 7.347 de 1985 em conjunto com a Lei nº 8.078 de 1990 que regula o Código de Defesa do Consumidor.

Através destas duas ultimas leis, o legislador brasileiro garantiu o direito a reparação pelos danos morais coletivos expressamente. A partir disso, demandas começaram a ser ajuizadas requerendo, dentre outros pedidos, o direito a indenização pelos danos morais coletivos. Após desencadear divergências jurisprudenciais sobre a própria possibilidade jurídica desse novo instituto, atualmente o Superior Tribunal de Justiça é pacifico quando ao seu cabimento, algo demonstrado no julgamento do REsp. nº 866.636/SP, conhecido como caso das “pílulas de farinha” julgado pela Terceira Turma.

Por outro lado, permanece a problemática que reside no núcleo significativo da indenização frente aos danos morais coletivos, trabalhada pela responsabilidade civil. Decorrente da indenização surgem funções que são principalmente visualizadas nos casos concretos, sendo uma das principais a função reparatória.

Todavia, o aspecto dos direitos transindividuais que justificam os danos morais coletivos e ultrapassam a esfera individual, atingindo valores que gravitam perante uma coletividade, enseja um direito a indenização que possui funções específicas que vão além da

função reparatória ou restitutória ao *status quo ante*. Assim, considerando os pressupostos extrínsecos e intrínsecos, busca-se analisar a indenização frente aos danos morais coletivos, tendo em vista que as funções denominadas de punitiva, pedagógica e compensatória desencadeiam efeitos inconsistentes, questionando-se se a indenização nos danos morais coletivos constituem ou não uma pena civil em razão da natureza da indenização e do modo como se comporta neste instituto, com o intuito de compreender se há ou não a violação dos pressupostos essenciais que sustentam a responsabilidade civil no ordenamento jurídico.

Com isso, uma das hipóteses possíveis seja que conforme se verificará, uma das principais funções da indenização na responsabilidade civil é a reparatória, conforme transmitido pelo próprio artigo 927 do CC/02, ou seja, onde se deve buscar o reequilíbrio patrimonial afetado após o ato ilícito. Todavia, como a função reparatória está essencialmente vinculada aos danos patrimoniais, passa-se a considerar que a indenização nos danos morais coletivos exerce as funções de compensação, com uma subsidiária e até “invisível” função punitiva e pedagógica.

Com isso, entende-se que o ordenamento jurídico visando coibir arbitrariedades, abusos de poder, garantindo a segurança jurídica se funda no princípio da legalidade das penas. Percebe-se que a indenização nos danos morais coletivos poderia estar exercendo a função de pena civil aplicável a livre vontade do juiz, se considerada isoladamente. Se a indenização não pode reparar no dano moral coletivo, deve compensar e se não pode compensar, exerce uma isolada e criticável função punitiva tecnicamente contrária aos pressupostos constitucionais.

Diante disso, o desenvolvimento desta pesquisa se mostra de importante relevância social e científica para a comunidade acadêmica do Direito. Respectivamente, o destrinchar da indenização civil delimitada aos danos morais coletivos, instituto autônomo dotada de diversas especificidades, pode revelar novos elementos lógico-argumentativos capazes de agregar novos pressupostos e influenciar no desenvolver da disciplina e da elucidação dos casos concretos que poderão se aplicar, além da reanálise dos elementos da indenização frente aos novos danos que surgem.

Foi utilizado o método dedutivo, conforme GIL (2010), tendo em vista que as ideias apresentadas têm por base fontes bibliográficas, jurisprudenciais, artigos de pesquisas sobre o tema disponibilizados na internet, além da legislação e doutrinas pertinentes ao caso. Além disso, a pesquisa possui um viés descritivo e exploratório, com um procedimento de estudo bibliográfico (GIL, 2010), apontando-se relações específicas e argumentos lógicos baseados em sentidos predeterminados.

Nesse sentido, o objetivo da pesquisa foi destrinchar a indenização na responsabilidade civil, com a análise minuciosa de suas especificidades e características, delimitada aos danos morais coletivos, de modo a verificar sua sintonia com o ordenamento jurídico brasileiro em função da existência de uma possível pena civil, tomando-se como exemplo o julgamento das “pílulas de farinha” julgado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp. nº 866.636/SP.

Para tanto, o estudo iniciou com a demonstração de alguns conceitos gerais da responsabilidade civil e importantes diferenciações entre alguns tipos de dano, além de um breve relato histórico. Posteriormente, se trabalhou o próprio dano moral coletivo, com a sua definição, desenvolvimento histórico e o realce as discussões quanto a sua possibilidade jurídica, além de situá-lo no ordenamento jurídico. Por fim, abstraí-se os elementos que constituem a indenização, confrontando-a com os danos morais coletivos e buscando compreender, frente ao caso das pílulas de farinha, se é ou não uma pena civil.

2 DOS DANOS CONTEMPORÂNEOS

Neste capítulo serão exploradas as noções gerais sobre os danos em relação a responsabilidade civil. Primeiro realizando um apanhado histórico da responsabilidade civil e do dever de indenizar que se desenvolveu na sociedade. Mormente, serão expostos os danos enquanto elemento da responsabilidade civil, com um apanhado crítico e expositivo acerca dos seus conceitos e distinções.

Por fim, a indispensável análise das principais espécies de danos, quais sejam os danos patrimoniais e extrapatrimonial, os quais iluminam a estrutura normativa da responsabilidade civil quanto a tutela dos danos, sendo imprescindível a análise para a construção do esquema lógico e argumentativo afunilado até o tópico final, em razão das especificidades contribuir para a análise da indenização nos danos morais coletivos.

2.1 Histórico dos danos e do dever de indenizar

Com o passar dos séculos a sociedade constituiu perspectivas sobre a responsabilidade civil e o modo como poderia ser aplicada de maneira mais justa frente ao caso concreto. Desde o “olho por olho e dente por dente” ao art. 927 do Código Civil de 2002, mencionando que “Aquele que, por ato ilícito [...] causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2002), visualiza-se a ligação entre o dever de reparar e o sentido de justiça, além de sua dinamicidade.

A dinâmica da responsabilidade civil resta demonstrada na necessária adaptação dos meios ou técnicas pelos quais os indivíduos de uma coletividade se utilizarão para reestabelecer o *status quo ante*. Nas palavras de José de Aguiar Dias (2006, p.25), a responsabilidade civil é dotada de “flexibilidade suficiente para oferecer, em qualquer época, o meio ou processo pelo qual, em face de nova técnica, de novas conquistas, de novos gêneros de atividade, assegure a finalidade de restabelecer o equilíbrio desfeito por ocasião do dano”, algo importante quando surgem novas espécies de danos indenizáveis, como no caso dos danos morais coletivos.

Nos períodos iniciais da humanidade verifica-se a ausência do Estado e por consequência a ausência de um terceiro que dirimisse as contendas entre as pessoas. Contemplando a vingança como regra, aqueles que sofriam algum tipo de violência contra si, respondiam com mais violência, independentemente da avaliação do dolo ou da culpa dos envolvidos (SOUZA, 2010).

De mais a mais, a vingança privada e totalmente desregrada, deu lugar as leis impostas pelo Poder Público que instituiu condições de resolução de conflitos em formato de normas. O já mencionado critério da lei de talião, “olho por olho, dente por dente”, até mesmo mencionado pela Bíblia sagrada no livro de Êxodo, Cap. XXI, versos de 23 a 25, nada mais é do que uma demonstração da proporcionalidade entre o dano causado e a reparação equivalente (SOUZA, 2010).

O Código de Ur-Nammu e a Lei das XII Tábuas são outros exemplos de codificações que previam um rol tarifado de critérios a serem seguidos no tocante a responsabilidade civil. Com uma autoridade reinando e a construção dos primeiros códigos, veda-se a realização da justiça por meio da vingança, passando o ofendido a vislumbrar o ganho econômico como meio de ressarcimento a seu prejuízo (GONÇALVES, 2022).

Com os Romanos começou-se a diferenciar a pena imposta e a reparação. Havendo tanto delitos considerados públicos, como delitos considerados privados, os Romanos iniciavam o vínculo entre responsabilidade civil e responsabilidade penal (TARTUCE, 2019). No tocante a responsabilidade quanto aos delitos públicos, a indenização se direcionava ao estado diante da amplitude da violação que perturbava a ordem pública. Já em relação aos delitos privados, o foco da indenização era a parte que teve seu bem violado, tudo isso sendo revelado na denominada “*Lex Aquilia*” (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2021).

Com o Código de Napoleão de 1804 instituído na França, surgem preceitos que realçam a necessidade de se verificar a culpa frente ao caso concreto na responsabilidade civil. A culpa, mesmo que leve, obriga a indenizar o que separa a “responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual [...] e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou da imprudência”, conforme analisa Carlos Roberto Gonçalves (2022, p.12).

No Brasil a responsabilidade civil subjetiva e objetiva são realçadas nos artigos arts. 186 e 927 do Código Civil de 2002. O Código adota a teoria subjetiva como regra geral, ressaltando nesse caso que somente haverá responsabilidade se houver a demonstração da culpa, definindo o art. 186 a noção sobre ato ilícito: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

O parágrafo único do art. 927 estabelece a responsabilidade objetiva, independente da demonstração da culpa do agente, *in verbis*:

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 (BRASIL, 2002).

Ao prever ambas as responsabilidades (subjativa e objetiva) o legislador torna mais abrangente a aplicação da lei frente aos casos concretos, adotando assim uma “solução mais avançada e mais rigorosa que a do direito italiano, também acolhendo a teoria do exercício de atividade perigosa e o princípio da responsabilidade independentemente de culpa nos casos especificados em lei” (GONÇALVES, 2022, p.14), além de inadmitir a inversão do ônus da prova.

Assim, historicamente a responsabilidade civil passa por um período em que foca unicamente no ofensor. Depois separa-se do direito penal e passar a resguardar a sociedade de condutas puníveis com sanções menos gravosas, podendo ser pagas com valores e não com o próprio corpo. Ao Estado, como terceiro dirimidor dos conflitos, contrário a autotutela, estabeleceu seus ditames a serem aplicados pelos juízes nos casos, de modo a garantir a proteção social e também a busca pela justiça, ante o cometimento de atos ilícitos, ditames estes que serão melhor analisados a seguir, com a exposição de alguns elementos que constituem a responsabilidade civil.

2.2 Danos enquanto elemento da responsabilidade civil: conceitos e distinções

Indenizar é reconstituir ao *status quo ante*, o estado anterior da coisa, antes da lesão. Esse aspecto sofre modificação ao ser analisado no tocante aos danos extrapatrimoniais ou morais, que não são aferíveis em dinheiro e por isso, não podem ser perfeitamente restaurados ao estado anterior a lesão. Os danos ao meio ambiente e os danos morais, abrangidos pela tutela da responsabilidade civil e penal, são exemplos de lesões que dificilmente podem ser restauradas com perfeição através da pecúnia.

Dito isto, o dano, a culpa e o Nexo de Causalidade são os elementos essenciais que constituem a responsabilidade civil. O dano, como elemento de responsabilidade, deve atender ao requisito da atualidade, além de ser certo.

Assim, atual é o dano que já existe ou que já existiu, devendo ser desconsiderada a responsabilidade em caso de danos hipotéticos. Todavia se um prejuízo é baseado nas perdas e danos (que em determinados casos acabam sendo posteriores) poderia ensejar a indenização que não por prejuízos atuais, mas futuros (PEREIRA, 2021), sendo indispensável a existência de elementos concretos que admitam a apreciação nesse caso em juízo.

A certeza é outra característica do dano, que pode ser entendido como aquele que se fundamenta em um fato preciso e não a uma suposição sobre a lesão, que provavelmente irá ou não acontecer. Compreende-se ainda que “Normalmente, a apuração da certeza vem ligada à *atualidade*. O que se exclui de reparação é o dano meramente *hipotético, eventual ou conjuntural*, isto é, aquele que pode não vir a concretizar-se” (PEREIRA, 2021, p.65).

A culpa para Silvio de Salvo Venosa (2019, p.380) pode ser compreendida resumidamente como a “inobservância de um dever que o agente devia conhecer e observar”, deixando claro o autor da dificuldade doutrinária e as divergências na conceituação da culpa. Cabe ao julgador no caso concreto identificar se a conduta do agente causador do dano se desvia daquilo que seria considerado normal pela sociedade.

Com o desenvolvimento da sociedade e o pluralismo que ela desencadeia, a noção a respeito da conceituação da culpa gente ao caso concreto deverá partir de critérios ainda mais objetivos para afastar uma parcialidade prejudicial caso se funde na conduta do “homem médio” ou naquilo que a sociedade considere “normal”.

A culpa objetiva e subjetiva mostram-se relevantes na evolução da responsabilidade civil, diante da busca pela objetividade e o distanciamento da subjetividade, que muitas vezes pode ser tida como arbitrária. Para Farias, Rosenvald e Netto (2021, p.199) a responsabilidade subjetiva leva a necessidade de “aferição do elemento psicológico do agente”, ou seja, suas intenções internas quanto a conduta danosa.

A culpa objetiva (ou culpa específica), por outro lado, requer aferição, não de uma conduta psicológica, mas da violação de uma norma de conduta imposta, ou seja, a “inobservância de uma regra de conduta ou de diligência, devida segundo parâmetros sociais ou profissionais de conduta, tendo como paradigma um modelo ideal e abstrato”. (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2021, p. 199). Isso vai além da aferição da culpa ou intenção de causar o dano em seu sentido moral. É um comportamento contrário e disforme a um padrão objetivamente colecionado, algo que facilita a identificação da culpa no caso concreto.

O nexo de causalidade é outro elemento necessário para a compreensão da responsabilidade e do dano indenizável. O nexo de causalidade se estabelece entre a conduta e o dano e sem ele não há obrigação indenizatória ou reparatória. Não é somente a coincidência de lesão e culpa, mas torna-se indispensável que “se estabeleça uma interligação entre a ofensa à norma e o prejuízo sofrido, de tal modo que se possa afirmar ter havido o dano “porque” o agente procedeu contra direito” (PEREIRA, 2021, p.108).

É o sentido de causa e efeito que caracteriza o nexo de causalidade, funcionando como um vínculo naturalístico que liga o comportamento do agente, que deverá indenizar a

pessoa lesada e o dano sofrido. Paulo Lôbo (2019, p. 323) elenca alguns exemplos do que não caracterizaria o nexo causal, como “o atropelamento de alguém (fato) e os danos decorrentes de automedicação que a vítima passou a utilizar”, ou no caso de uma “pessoa gravemente ferida por assaltante, que veio a falecer após colisão da ambulância que o levava ao hospital, provocada por um caminhão, pois duas são as causas”.

O dano é um dos principais elementos da responsabilidade, sendo essencial para a análise da relação de causalidade, além de ser considerado o fato que resulta no dever de indenizar, salvo nos casos de excludente de ilicitude previsto no art. 188 do CC/02.

O dano pode ser entendido como aquele que causa lesão a qualquer bem jurídico, mesmo que este possua ou não valor econômico, abrangendo então os danos patrimoniais e extrapatrimoniais (TARTUCE, 2019). O dano patrimonial se expressa na diminuição dos bens aferíveis economicamente, alterando o equilíbrio material que o patrimônio possuía antes da lesão, levando ao dever de indenizar (LÔBO, 2019).

Para Flavio Tartuce (2019, p.137) os danos patrimoniais ou materiais são “prejuízos ou perdas que atingem o patrimônio corpóreo de alguém”, não podendo se falar em danos materiais considerados presumidos, diante da necessária comprovação da efetiva lesão.

Decorre do dano material os danos emergentes ou danos positivos. Este se caracteriza pela perda ou diminuição efetiva do patrimônio (TARTUCE, 2019), como por exemplo, dispõe o art. 949 do CC/02 que determina o pagamento das despesas com os tratamentos médicos feitos por aquele que foi lesionado em sua saúde (BRASIL, 2002).

Além disso, há os denominados lucro cessantes, entendidos como aquilo que se deixou de adquirir ou ganhar em razão da lesão causada. Um exemplo são os alimentos indenizatórios do art. 948, II do CC/02, pagos aqueles que dependiam de uma pessoa em caso de sua morte (TARTUCE, 2019).

A tratativa sobre os danos em específico será melhor analisada no tópico a seguir (2.3), por quanto expressam especificidades que se diferem nos danos patrimoniais e extrapatrimoniais, guardadas as discussões que ensejam a indenização pela reparação de danos que afetam o âmbito material e imaterial. Mesmo havendo distinções, compreende-se que a existência do dano indenizável pressupõe o atendimento de mais de um requisito. Nem todo ato ilícito é indenizável, nem toda conduta se amolda a responsabilidade e nem toda indenização seguirá os mesmo parâmetros, posto que a responsabilidade civil é dinâmica e aberta a algumas mudanças que os casos concretos lhe adicionam, conforme se verá a seguir.

2.3 Espécies de Dano

2.3.1 Danos Patrimoniais

Diante das várias classificações que a doutrina atribui aos danos, comumente eles podem ser classificados e/ou divididos como danos patrimoniais ou extrapatrimoniais. Estes se diferenciam em razão do objeto que atrairá a indenização, podendo ser conceituados para Farias, Rosenvald e Netto (2021, p. 258) como a lesão a “um interesse econômico concretamente merecedor de tutela. Quando o dano ofende a relação entre a pessoa e bens economicamente avaliáveis, surge a responsabilidade patrimonial”.

Ressaltam ainda os autores que aquilo que pode ser classificado em termos de “interesse jurídico” para fins de danos patrimoniais vai se moldar aos valores, costumes, hábitos compartilhados por uma mesma sociedade em um determinado momento da história, porque antes “Não havia "gente", de carne e osso: Nelson, Cristiano, Maria ou Ana, mas somente o agente de centro de interesses econômicos: o proprietário, o contratante, o testador, o marido e o pai.” (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2021, p. 258), algo não voltado para as pessoas.

Cabe destacar que no âmbito dos danos materiais, a simples restituição do objeto, ou restauração ao denominado *status quo ante* é criticado por Farias, Rosenvald e Netto (2021). Se pautada na Teoria da Diferença, a indenização somente seria resultado da perda equivalente do objeto da lesão jurídica. Todavia, para os autores, torna-se essencial considerar no conceito dos danos patrimoniais a violação de interesses e não apenas a lesão a bem economicamente aferível, algo que amplia as noções de indenização frente a responsabilidade.

Para Paulo Lôbo (2019, p.266) o dano patrimonial ou material pode ser entendido como o que “acarreta destruição total ou parcial, deterioração ou desatualização, correspondente a determinado valor pecuniário.”, podendo ainda ser subdividido em até duas espécies: danos emergentes e lucros cessantes, sendo que algumas doutrinas ainda adicionam uma terceira espécie: perda de uma chance, mas que não é o foco da presente pesquisa.

O lucro cessante e o dano emergente, também conhecidos como perdas e danos estão dispostos no art. 402 do Código Civil de 2002, *in verbis*: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2022, p. 142) dano emergente é o “efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima. [...] Representa, pois, a diferença entre o

patrimônio que a vítima tinha antes do ato ilícito e o que passou a ter depois”, servindo a indenização para restaurar a situação anterior do bem.

Já os lucros cessantes são compreendidos como “os ganhos e rendimentos que o credor deixou de razoavelmente auferir, ou redução patrimonial, em virtude do fato ilícito ou inadimplemento” (LÔBO, 2019, p.96). Desse modo, constitui-se o lucro cessante, toda expectativa de ganho frustrada em virtude de ato ilícito de terceiro, sendo que estes lucros não necessariamente precisa ser atuais para proporcionar a indenização.

Logo, a busca pela indenização diante da lesão a patrimônio alheio é um dos principais fins da responsabilidade civil. O direito a propriedade foi trazido pela própria Constituição Federal de 1988 no caput do art. 5º como direito fundamental, sendo resguardado pelas normas infraconstitucionais de maneira abundante, tal qual o próprio Código Civil através da responsabilidade. Mas, cabe destacar que não somente o âmbito material da sociedade fica resguardado como interesse jurídico, expressando o legislador originário o direito a reparação aos danos imateriais dos quais decorrem os danos morais coletivos.

2.3.2 Danos Extrapatrimoniais

Outra espécie de dano essencial para a análise da responsabilidade civil e da natureza da indenização é o extrapatrimonial, também conhecido como dano moral. A Constituição da República de 1988 buscou estabelecer a defesa do âmbito subjetivo dos titulares de direito de personalidade no Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, conforme menciona o art. 5º, inciso X, *in verbis* “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” (BRASIL, 1988).

Seguindo essa linha de proteção da honra subjetiva, o Código Civil de 2002 expressou no art. 186 caput que todo “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

Visa proteger a liberdade do uso de bens jurídicos extrapatrimoniais do qual a vítima teria interesse reconhecido como, por exemplo, os vários direitos de personalidade elencados no inciso X do art. 5º da CF/88, a própria imagem, a vida privado, a honra, dentre outros (BRASIL, 1988).

Vários são os conceitos expressos pela doutrina sobre os danos imateriais. Para Carlos Roberto Gonçalves (2022) o dano moral é o que viola o indivíduo como ser humano, ou

como pessoa em si mesma, sem violar seu patrimônio. Não tem como foco somente a dor, aflição ou sentimento de humilhação ou “o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano”. (GONÇALVES, 2022, p.78). Nos danos morais coletivos é algo que não é totalmente considerado, tendo em vista que somente o fato danoso constitui o direito a indenização, sendo denominado *in re ipsa*, não sendo possível se provar o dano a psique, ainda mais a valores sociais.

Farias, Rosenvald e Netto (2021) também concordam com a ideia de que o dano moral dispensa o âmbito da dor ou sofrimento pessoal ao considerar, por exemplo, que há na sociedade pessoas incapazes de expressar tais sentimentos, mas que ao mesmo tempo podem ser plenamente vítimas de lesão a bens extrapatrimoniais, como alguém em coma que é vítima de abuso.

Para se conceituar adequadamente o dano moral mostra-se indispensável a análise de seu vínculo com o próprio princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. O dano moral pode ser compreendido como “uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela” (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2021, p.306).

A reparação no dano moral não somente deve se fundamentar na ocorrência de um fato lesivo a dignidade da pessoa humana e que conseqüentemente já delineará o dano moral e o direito a reparação, conhecido como dano *in re ipsa*, ou dano presumido. Torna-se necessária a análise objetiva e concreta do ato violador de modo a se ponderar a conduta lesiva e o interesse lesionado, de maneira que se selecionar-se-á o interesse “existencial concretamente merecedor de tutela e evidenciará se, de fato, trata-se de dano injusto (e reparável) ou de um dano justificado a luz do dimensionamento da colisão dos bens jurídicos na concretude do caso” (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2021, p.310).

Caio Mario da Silva Pereira (2021, p.78) estabelece que o fundamento que justifica a reparação do dano moral é o fato de que o indivíduo em si mesmo é titular de direito de personalidade, estes intangíveis e que foram escolhidos para serem tutelados pelo ordenamento jurídico, funcionando o dano moral como sendo “qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária, e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranquilidade”.

Com o caráter não patrimonial do dano moral, considera-se em tese a impossibilidade de reparação completa, inclusive por meios monetários, porque como seria possível reparar monetariamente algo que não é aferível economicamente? É por isso que a indenização atrai para si dois aspectos: o caráter punitivo e o compensatório.

O caráter punitivo possui uma finalidade de castigo, levando ao causador da lesão o sentido de consequência em razão de seus atos. Já o caráter compensatório se aplica a vítima, “que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido”, não servindo como meio de reconstituição do objeto lesado, como é no caso dos danos materiais, mas servindo como meio apto a “compensar” a perda, ou ao menos tentar amenizar as consequências (PERIRA, 2021, p. 78).

Nessa mesma linha, há três correntes relacionados a natureza jurídica da indenização o tocante ao seu caráter punitivo e compensador. A primeira estabelece que a indenização por danos morais somente tem a finalidade de compensar a vítima, sem ao menos impor ao autor da lesão um “punição”. A segunda corrente se relaciona com a denominada “teoria do desestímulo”, entendendo que somente tem a finalidade de punir o ofensor (TARTUCE, 2019, p.629).

A terceira corrente mencionada pelo doutrinador é a mais aceita pela jurisprudência nacional, onde “A indenização por dano moral está revestida de um *caráter principal reparatório* e de um *caráter pedagógico ou disciplinador acessório*, visando a coibir novas condutas” (TARTUCE, 2019, p.631), ressaltando-se que o caráter disciplinador é um critério acessório que acompanha o principal, no caso a compensação.

Cabe mencionar que para Flavio Tartuce (2019) não é possível considerar individualmente cada um dos critérios (compensatório e punitivo) frente a um caso concreto, tendo em vista que somente haverá punição se for plausível a compensação através da indenização.

Pelo entendimento do Superior Tribunal de Justiça no caso SCHERING vs PROCON/SP (REsp. nº 866.636/SP) esses critérios (compensar e punir) também se aplicam ao dano moral coletivo, este que será trabalhado minuciosamente em tópico próprio. Em tese, aplicado ao dano moral coletivo, há a punição daquele que viola um interesse coletivo por meio da indenização, e está objetiva “compensar” não uma vítima, mas uma coletividade indistinta com seu conjunto de valores que foram lesados, mas deve-se analisar as finalidades e adequação dessa compensação, diante da mencionada “coletividade” indistinta.

3 DO DANO MORAL COLETIVO

Neste capítulo será trabalho o dano moral coletivo com o destaque a seus principais pressupostos. Primeiro, tratar-se-a sobre o desenvolvimento histórico dos danos morais coletivos tanto na sociedade quanto no Brasil. Além disso, serão demonstradas as previsões normativas dos danos morais coletivos e dos direitos coletivos, tutelados pelo sistema jurídico Constitucional e Infraconstitucional.

Posteriormente, serão trabalhadas as dificuldades da fixação conceitual dos danos morais coletivos, mormente que o instituto atrai para si novos olhares conceituais que o delimite e guarde relação com a ordem jurídica nacional. Também se fará uma breve análise sobre os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, posto que compreender a distinção dos institutos proporciona um melhor desenvolvimento técnico do tema. E por fim, serão expostos os princípios e a relação que guardam com o tema, por serem fonte de interpretação das normas.

O dano moral coletivo são um dos principais elementos desenvolvidos na pesquisa e sua compreensão se torna essencial, posto que constitui na responsabilidade civil um instituto autônomo dotado de diversos critérios distintos dos demais danos.

3.1 Desenvolvimento histórico

A Constituição Federal de 1988 consolidou no ordenamento jurídico o dano moral. Antes este nem mesmo era considerado de maneira autônoma e estudado como disciplina particular. Após a sua menção no art. 5º, inciso V e X da norma fundamental de 1988 o dano moral passou a ser estudado e aplicado com mais especificidade, além de ser aperfeiçoado pela jurisprudência diante dos casos concretos que apareceram no decorrer da história brasileira.

No que concerne ao dano moral coletivo, este ganhou destaque como decorrência do desenvolvimento do direito privado e de sua abrangência para além do entendimento do sujeito como indivíduo. Este que é dotado de valores próprios, pessoais e/ou subjetivos, também passou a ser compreendido como sujeito situado em uma sociedade que também possui uma dimensão de valores considerados de maneira coletiva e que deve ser protegida pelo Estado.

A compreensão sobre os elementos históricos do dano moral coletivo traz à baila a análise dos direitos coletivos e difusos em si defendidos por grupos sociais. Conforme menciona Leonardo Roscoe Bessa (2007, p.200) os direitos coletivos e difusos surgiram na virada a década de 50 a 60 por meio de movimentos sociais desencadeados por mulheres e negros norte-americanos que tinham como reivindicação e objetivos, por exemplo, a defesa do meio

ambiente e os direitos do consumidor, além de considerar que “Para os europeus, seriam considerados direitos de terceira geração, desdobramentos dos direitos de primeira e segunda geração”.

No Brasil “a discussão científica dos direitos coletivos se iniciou pela doutrina de direito processual, mais precisamente no momento em que surgiram diplomas legais disciplinando as ações coletivas” (BESSA, 2007, p.202). Nesse sentido, o legislador identificou a necessidade proteção dos direitos sociais, buscando implementar meios que permitissem o acesso à justiça, diante de reivindicações sociais. Por outro lado o Estado, “mostrou-se absolutamente incapaz de absorver e dar resposta satisfatória aos novos litígios que acabavam ficando marginalizados e, gerando, em consequência, intensa e indesejada conflituosidade”, assim buscando a tutela desses direitos coletivos por meio da lei (BESSA, 2007, p.203).

Com o advento da Constituição Federal de 1988 os direitos transindividuais foram realçados através de diversos instrumentos processuais aptos a defender os interesses coletivos. A Constituição instituiu o mandado de segurança coletivo exposto no art. 5º, LXX, que pode ser impetrado por partidos políticos, sindicatos e demais legitimados nos termos do art. 21 da Lei nº 12.016/09. Ademais “ampliou o objeto da ação popular (art. 5º, LXXIII); aumentou o número de legitimados para propositura de ação direta de inconstitucionalidade e, finalmente, fez referência expressa à ação civil pública”, já mencionada anteriormente (BESSA, 2007, p.204).

Ademais, Carlos Henrique Bezerra Leite (2001, p.29) faz menção aos direitos metaindividuais decorrentes do período da revolução francesa, sendo considerados como direitos humanos de terceira geração. A revolução teve com um de seus baluartes a noção de fraternidade e se relaciona com os direitos de terceira geração por serem fortemente considerados em relação a coletividade, sendo “Dotados de altíssima dose de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração não se destinam especificamente à proteção de um indivíduo, de um grupo de pessoas ou de um determinado Estado”, mas busca abranger os interesses de uma coletividade, algo que ilumina a própria noção sobre os danos coletivos e direito a indenização.

Nessa linha, o princípio da solidariedade também foi inserido pela nova ordem Constitucional de 1988 e ocasionou modificações necessárias no direito privado (SILVA, 2014). Dessa forma, para Maria Celina Bodin de Moraes (2014, p.250), houve uma modificação que adveio “do modelo individualista-liberal de responsabilidade, compatível com a ideologia do Code Napoléon e Código Civil de 1916” e que levou ao modelo da solidariedade previsto

na Constituição, sendo, portanto, valorizadas especificamente a proteção das vítimas que sofreram um dano seja moral ou material, de maneira coletiva ou individual (SILVA, 2014).

O Estado cuidou de afirmar expressamente a possibilidade jurídica do dano moral buscando também especificamente a defesa dos interesses coletivos. Nessa linha, a Lei nº 7.347 de 24 de Julho de 1985 prevê e regula a Ação Civil Pública, instrumento essencial de defesa de Difusos e coletivos. Conforme menciona o art. 1º da referida lei, *in verbis*: “Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados [...] IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.” (BRASIL, 1985), sendo este inciso incluído pela Lei nº 8.078/90 que regula o Código de Defesa do Consumidor.

A previsão contida no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 1990) é uma das mais importantes quando o assunto é o dano moral coletivo. Este é estritamente relacionado aos denominados direitos “metaindividuais” que foram inseridos no ordenamento com o advento do CDC, sendo expresso no art. 6º, inciso VI e art. 76, II, além do art. 81 caput, e parágrafo único, incisos I a III com os conceito sobre direitos difusos, coletivo e individuais homogêneos, algo que será melhor trabalhado em tópico específico.

Conforme menciona Flavio Tartuce (2019, p.666) “Os *danos morais coletivos* surgem como um *candidato* dentro da ideia de ampliação dos danos reparáveis” algo que reforça o que já foi mencionado, quanto ao aperfeiçoamento do dano moral com uma ampliação que abrange um aspecto social e/ou comunitário, no sentido de que o dano moral coletivo mostra-se como uma “injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos” (BITTAR FILHO 2007, apud TARTUCE, 2019, p. 667).

Na Jurisprudência brasileira, o dano moral coletivo já foi trabalhado em dois grandes casos pelo Superior Tribunal de Justiça. O primeiro se refere ao Recurso Especial nº 598.281/MG (DJ 01/06/2006) com decisão proferida em 19 de maio de 2006, onde a 1ª Turma do STJ julgou o caso relacionado a um dano ambiental e considerou pela impossibilidade da reparação coletiva no caso (BRASIL, 2006).

Já no julgamento do REsp. nº 866.636/SP (DJ 06/12/2007) a 3ª Turma do STJ julgou o famoso caso das “pílulas de farinha” e se posicionou pela procedência dos danos morais coletivos sofridos. O caso era relacionado o uso de medicamentos contraceptivos hormonais que foram distribuídos no mercado, mas que não possuíam nenhum efeito, tendo em vista estarem preenchidos por farinha, o que levou a busca pela indenização coletiva (BRASIL, 2007).

No dano moral coletivo os danos se direcionam aos valores violados de uma coletividade, que são protegidos como um todo pelo ordenamento jurídico, sendo algo contrário ao individualismo dos séculos passados.

Desse modo, torna-se possível assimilar que o dano moral coletivo sendo uma decorrência ampliativa do dano moral, todavia, com suas acepções e técnicas próprias, pode historicamente decorrer de três fontes: de reivindicações em movimentos sociais; do aperfeiçoamento pela jurisprudência frente aos casos concretos e do reconhecimento e busca pela proteção dos direitos coletivos por parte do legislador brasileiro, cabendo ainda mencionar que o dano moral coletivo mostra-se como um direito em constante evolução.

3.2 Dano Moral Coletivo no Ordenamento Jurídico Brasileiro

O constituinte originário de 1988 buscou prestigiar a tutela dos direitos coletivos através das normas inseridas na Constituição Federal. Prestigiando a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos como norte influenciador de todas as normas infraconstitucionais, a CF/88 garantiu a expressa previsão do direito a reparação pelos danos causados, seja material ou moral, além de permitir a defesa da coletividade por instrumentos específicos como, por exemplo, o Mandado de Segurança Coletivo, e a Ação Civil Pública e por normas infraconstitucionais, como o Código de Defesa do Consumidor.

Para Leonardo Roscoe Bessa (2007, p.205) a Constituição foi cuidadosa com a proteção dos interesses coletivos, “pois, a par de ampliar o catálogo de direitos materiais – ressaltando, em diversas passagens, um caráter coletivo e social – previu e realçou diversos meios processuais de tutela de interesses metaindividuais”. O Mandado de segurança coletivo é um dos instrumentos de tutela dos interesses coletivos previsto no art. 5º, inciso LXX da CF/88 e que pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados (BRASIL, 1988).

Importa destacar que a Lei nº 12.016/09 que regula os mandados de segurança individual e coletivo, expressa importante conceito do que venha a ser interesses coletivos no art. 21, parágrafo único, inciso I: “assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com

a parte contrária por uma relação jurídica básica” (BRASIL, 2009), sendo esta definição também trabalhada no art. 81, parágrafo único, inciso II do Código de Defesa do Consumidor.

A ação civil pública está prevista no art. 129, inciso III da CF/88 como uma das funções institucionais do Ministério Público, nestes termos: “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (BRASIL, 1988). Todavia, a Lei nº 7.347 de 1985 não se limita somente a legitimar o Ministério Público, mas estende a proteção dos interesses coletivos a outros legitimados.

O art. 1º da lei da ação civil pública (Lei nº 7.347/85) expressa a preocupação do legislador infraconstitucional na proteção dos direitos coletivos, constituindo a responsabilidade civil por danos morais a esses direitos: “Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: [...] IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.” (BRASIL, 1985).

Além do Ministério Público (inciso I), são legitimados para propor a ação civil pública conforme os incisos do art. 5º da Lei nº 7.347/85, a Defensoria Pública (inciso II), a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (inciso III), a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista (inciso IV), e as associações (inciso V) constituídas a mais de um ano e que tenha entre as suas finalidades proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, consumidor, dentre outros, alíneas a e b (BRASIL, 1985).

Desse modo, evidencia-se no sistema processual pátrio que a ação civil pública estabeleceu um marco na responsabilidade civil pelos danos morais coletivos ao estender às várias instituições supramencionadas a legitimidade ativa para utilizar o instrumento legal e efetivar a defesa e a busca pela indenização em relação a dano moral contra os interesses da sociedade, ampliando o âmbito de proteção (NETO, 2020).

Para Elton Venturi e Thaís G. Pascoaloto Venturi (2020, p.439) a análise dos direitos é avançada no país “as mais de três décadas de operacionalização do sistema de tutela coletiva pelos tribunais nacionais e a destacada evolução doutrinária a respeito do tema não apenas consagraram o cabimento de compensação por danos extrapatrimoniais transindividuais”, mas colocaram o sistema processual do Brasil com um dos melhores em responsabilização civil da tutela coletiva em relação a outros países.

O sistema jurídico processual brasileiro não somente expressas normas gerais sobre a responsabilidade civil por danos morais coletivos, mas indica uma gama de “paradigmas e princípios próprios que alicerçam a tutela dos direitos ou interesses difusos, coletivos e

individuais homogêneos, atendendo às necessidades de um profundo redimensionamento do instrumentalismo processual clássico” e que são diferenciados no tocante a “qualquer compreensão do que venha a ser ou representar a tutela coletiva dos direitos ou a tutela de direitos coletivos” (VENTURI; VENTURI, P., 2020, p. 441).

Ademais, o Código de Defesa do Consumidor que adveio com a Lei nº 8.078 de 1990 também prevê expressamente a responsabilidade civil pelos danos morais coletivos. Conforme menciona o art. 6º do diploma infraconstitucional “São direitos básicos do consumidor: VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”. (BRASIL, 1990), cuidando o legislador de expor normas gerais de modo que pudessem não só se aplica ao sistema de proteção aos consumidores, mas também, iluminasse todo o sistema jurídico-processual de proteção aos direitos coletivos.

No Título III, Capítulo I o Código de Defesa do Consumidor buscou regular em específico a defesa coletiva, expressando importante conceito acerca dos direitos difusos, coletivo e individuais homogêneos e suas características, sendo essencial para a delimitação da responsabilidade civil no dano moral coletivo (BRASIL, 1990):

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

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

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

II - **interesses ou direitos coletivos**, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. (grifo nosso).

Cabe fazer uma breve análise sobre a diferenciação entre os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos trazidos tanto pelo Código de Defesa do Consumidor, quanto por outros diplomas legais. Aqueles formam o conjunto de proteção da tutela coletiva, constituindo as espécies de direitos protegidos pelo ordenamento jurídico, cada qual com suas especificidades explícitas e implícitas, muito trabalhadas pela doutrina e jurisprudência.

Os incisos do parágrafo único do art. 81 do CDC buscam diferenciar os institutos de proteção dos direitos transindividuais. Nos termos do inciso I do artigo supramencionado, “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” (BRASIL, 1990).

Desse modo, é possível aferir que os direitos e interesses difusos possuem ao menos três características intrínsecas: “(a) natureza indisponível, transindividual; (b) objeto indivisível; (c) sujeitos indeterminados; (d) origem, circunstância de fato”. O primeiro, também conhecido como direito metaindividual, se caracteriza por ser supraindividual, ou seja, estar além de interesse pessoais, sendo direito da coletividade (CAVALLIERI FILHO, 2019a, p. 399).

Em relação ao segundo (indivisível) significa que qualquer modificação ou alteração atingirá a todos, indistintamente, tanto quando ocorre a lesão, quanto quando ocorre alguma solução. Em relação ao terceira e quarta característica, os sujeitos são indeterminados porque não se pode individualizar cada um deles e são ligadas pela mesma circunstância de fato, por estarem, por exemplo, na mesma localidade (TARTUCE; NEVES, 2021).

Além disso, os direitos e interesses coletivos estão expostos no inciso II do parágrafo único do art. 81: “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”. (BRASIL, 1990).

A característica da natureza indisponível (transindividual) e o objeto indivisível também se aplicam aos direitos e interesses coletivos, tendo em vista que há a impossibilidade de transação, pois os interesses estão acima do indivíduo e também os problemas e soluções se aplicam a todos.

A diferença está na característica de que as pessoas podem ser determinadas por fazerem parte de um grupo ou categoria, ocorrendo que “enquanto nos direitos difusos os sujeitos estão ligados por circunstâncias de fato e por isso são indetermináveis, nos direitos coletivos os sujeitos estão ligados por um vínculo jurídico, uma relação jurídica base” (CAVALLIERI FILHO, 2019a, p. 400), por isso sendo os titulares do direito determináveis.

Já no art. 81, parágrafo único, inciso III do CDC, aparecem os direitos e interesses individuais homogêneos, sendo expressos no código desse modo: “interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum” (BRASIL, 1990).

Para Tartuce e Neves (2021) apesar da simplicidade expressa na lei, com a exigência apenas de que sejam os direitos decorrente de origem comum, há grande divergência em relação ao conteúdo. Os autores entendem que há duas características essenciais, quais sejam origem comum e a homogeneidade. Quanto a origem comum, sob um viés processual, pode decorrer de uma origem fática comum ou jurídica, como, por exemplo, um mesmo fato gerar danos a todos, ou as mesmas vítimas fundamentarem seus pedidos em um mesmo direito.

Quanto a homogeneidade, Tartuce e Neves (2021) consideram uma dificuldade na diferenciação em relação a um litisconsórcio, pois são direitos individualmente considerados, todavia, são homogêneos na medida em que pode ser decidido em prol de todos conjuntamente. Nas palavras dos autores:

Justamente por não ser transindividual, o objeto do direito individual homogêneo não é indivisível, como ocorre no direito difuso e coletivo, sendo divisível e decomponível entre cada um dos indivíduos. Como não existe a incindibilidade natural dos direitos transindividuais, o direito individual homogêneo é apenas a soma de direitos individuais, que, fundados numa tese geral, podem ser tratados conjuntamente como se fossem um só em um processo coletivo. (TARTUCE; NEVES, 2021, p.538).

Uma grande diferença deste instituto em relação aos outros anteriormente citados está no caráter divisível, podendo ser determinados os sujeitos titulares dos direitos, além da natureza disponível. O legislador buscou permitir que sujeitos titulares de direito de origem comum pudessem buscar a defesa coletiva de seus interesses, com o intuito de obter uma sentença geral que permita posterior execução por cada indivíduo interessado.

Ademais, para Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves (2021) a tutela jurisdicional coletiva se funda em um conjunto de normas processuais diferenciadas daquelas que são aplicadas quando o assunto são os direitos individuais, objetivando a proteção de determinadas espécies de direito material que deverão ser expressas especificamente pelo legislador.

Além disso, cabe reforçar que mesmo com a possibilidade e o cabimento da responsabilidade civil por dano moral coletivo através Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e da Constituição Federal de 1988 sejam considerados marcos importantes na tutela dos direitos coletivos, foi com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) que houve uma efetiva proteção dos interesses e direitos coletivos, com o reconhecimento da coletividade como sujeito de direito (CAVALLIERI FILHO, 2019b, p.397).

Outra norma infraconstitucional que expressa o dano moral coletivo é a Lei geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/18). Nos termos expressos do art. 42 da lei mencionada: “O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2018). O §3º ainda ressalta que as ações que tenham como objeto os danos referidos no art. 41 poderão ser ajuizadas de maneira coletiva (BRASIL, 2018).

É possível visualizar que a responsabilidade civil por dano moral coletivo decorre da tutela jurisdicional coletiva geral mencionada em vários diplomas legais. O legislador ao

definir e enquadrar o dano moral coletivo em vários preceitos legais somente reafirmou o interesse na proteção dos direitos coletivos e diga-se “refinou” a proteção aos valores morais de uma coletividade com o direito a indenização pelo dano moral coletivo, objetivo já previsto em outras normas anteriores, assim como na Constituição Federal de 1988.

3.3 Elementos Conceituais

A conceituação do que seja dano moral coletivo é objeto de análise de muitos pesquisadores, doutrinadores e da jurisprudência, sendo considerado de difícil definição e consequentemente gerando divergências em seus critérios. Considerar as bases fundamentais da responsabilidade civil no âmbito do que seja dano moral e o dano moral coletivo como uma decorrência daquele, podem gerar problemas de definição quando comparados sem o devido aprofundamento e a consideração de que o direito privado sofreu modificações na contemporaneidade.

O sujeito individualmente considerado tem os seus direitos de personalidade protegidos contra os danos morais, conforme o art. 5º, incisos V e X da CF/88. Em linhas gerais, o dano moral pode ser entendido como uma violação a direitos imateriais, sem aferição econômica (extrapatrimonialidade), com dimensões subjetivas e/ou objetivas. Por outro lado, o dano moral coletivo pode ser entendido como a lesão a valores ou bens imateriais socialmente constituídos.

Farias, Rosenvald e Netto (2021) ao buscar delimitar um conceito para o dano moral coletivo, entende haver quatro etapas de desenvolvimento do dano moral no sistema jurídico brasileiro. O autor destaca que na quarta etapa, com o dano moral já expresso na Constituição, a solidariedade se torna um princípio basilar e o sujeito de direito, considerado de maneira individual, passa a ser considerado como “sujeito situado”.

Nessa linha, enquanto cada pessoa constrói durante a sua vida um conjunto de valores próprios, “a comunidade possui uma dimensão ética, independentemente de suas partes” com um patrimônio imaterial digno de proteção jurídica (FARIAS; ROSENVALD; NETTO; 2021, p. 352). A violação desse patrimônio, como, por exemplo, a cultura de uma comunidade, faz surgir o direito a reparação pelo dano moral coletivo.

Desse modo, o dano moral coletivo é conceituado levando em consideração seus aspectos existenciais, entendendo-o Farias, Rosenvald e Netto (2021, p.353) dessa maneira:

Assim, podemos conceituar o dano moral coletivo como o resultado de toda ação ou omissão lesiva significativa, praticada por qualquer pessoa contra o patrimônio da coletividade, considerada esta as gerações presentes e futuras, que suportam um

sentimento de repulsa por um fato danoso irreversível, de difícil reparação, ou de consequências históricas.

A ordem constitucional que se funda no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88) deve considerar intolerável lesões a interesses tutelados de maneira legítima, o que constitui, por decorrência, o direito a indenização, sendo está possuidora de suas próprias nuances adaptadas ao dano moral coletivo, algo que será tratado em capítulo específico.

Nesse mesmo sentido, Carlos Alberto Bittar Filho (2005, apud TARTUCE, 2019, p. 666) busca conceituar o dano moral coletivo, entendendo-o como uma “injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos”, sendo entendido que esse patrimônio moral, considerado de maneira ideal foi atingido ilegalmente e/ou sem justificativas, algo que deve ser juridicamente repreendido. Ainda para o autor, não se deve cogitar da culpa nesse caso, mas considerar o fato danoso em si como suficiente para justificar a indenização.

Cabe fazer uma observação importante em relação a abrangência dos danos morais coletivos. Flávio Tartuce (2019, p.68) esclarece que os danos morais coletivos afetam “direitos individuais homogêneos e coletivos em sentido estrito, em que as vítimas são determinadas ou determináveis”, entendendo o autor que as vítimas concretas do dano é que são os destinatários da indenização.

Conforme já mencionado, nos termos do art. 81, parágrafo único, II e III do CDC, os direitos individuais homogêneos são os decorrentes de origem comum, sendo possível identificar as vítimas dos danos. (BRASIL, 1990). Já os interesses ou direitos coletivos “em sentido estrito são os transindividuais e indivisíveis, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”. (TARTUCE, 2019, p.212), sendo, nesse caso, identificáveis as pessoas titulares dos direitos, sendo resguardado o direito da busca a indenização em ação própria.

Dito isto, compreender o que seja uma coletividade é algo importante quando o assunto é o dano moral coletivo. Aquela é uma união entre pessoas em um determinado local e que estão unidas por fatores comuns. Também pode ser entendida com um conjunto de pessoas unidas e que cooperam entre si com finalidades utilitárias e/ou éticas (BITTAR FILHO, 2005). Desta última é que surge o vínculo com o dano moral coletivo, pois assim como cada pessoas possui sua carga de valores pessoais, assim também da união de uma comunidade decorrem valores que não mais serão considerados individualmente, mas como uma dimensão ética.

Nesses termos, o homem em si considerado como cerne da coletividade, não se constitui como um conjunto de fatores determináveis, mas é um ser capaz de possuir valores próprios, algo que é decorrente do próprio direito fundamental a liberdade:

Sobre uma ordem de coisas naturalmente dadas, o homem constitui um segundo mundo, que é o mundo da cultura. Pensando no mundo do homem primitivo ou no de nossos dias, imediatamente se verifica que o homem, valendo-se dos conhecimentos obtidos no mundo do ser, nos nexos causais que ligam os fenômenos, pôde subordinar conhecimentos neutros a fins que não estavam nos fenômenos explicados, mas que o homem soube compreender e integrar em sua existência, como inovador da natureza. Só o homem é um ser que inova, e é por isso que só o homem é capaz de valor. No fundo, chegaremos à conclusão de que o problema do valor reduz-se à própria espiritualidade humana. Há possibilidade de valores porque existe liberdade espiritual, possibilidade de escolha constitutiva de bens (MIGUEL REALE, 1962 apud BITTAR FILHO, 2005, p.7).

Desse modo, o dano, é visto como a lesão a bens jurídicos tutelados pelo direito, materiais ou imateriais. O dano à moral, significando a lesão a valores implícitos, a psique de um indivíduo. E o dano moral coletivo, como o direito em conjunto a indenização por danos causados injustamente a uma gama de valores decorrentes da união de indivíduos em uma sociedade. Os conceitos conversam entre si e se unem para criar um conceito único e um sistema autônomo na responsabilidade civil, além justificar e encaminhar a responsabilidade pelo dano moral coletivo e o direito a indenização.

Mormente, Sérgio Cavallieri Filho (2019b, p. 350) entende que a sociedade se constitui de elementos característicos, como opinião pública, costumes e algo como uma “moral coletiva”, formado de “valores morais, patrimônio ideal (histórico, artístico, ecológico, cultural, paisagístico) da coletividade”. Nas suas palavras o autor conceituando o dano moral coletivo, *in verbis*:

Daí ser imperioso conceber o dano moral coletivo como ofensa a valores coletivos, lesão a sentimentos da coletividade, que causam desgosto, angústia, insegurança, intranquilidade aos membros da sociedade. De forma objetiva e sintética, pode-se então conceituar o dano moral coletivo como sentimento de despreço que afeta negativamente toda a coletividade pela perda de valores essenciais: sentimento coletivo de comoção, da intranquilidade ou insegurança pela lesão a bens de titularidade coletiva, como meio ambiente, a paz pública, a confiança coletiva, o patrimônio (ideal) histórico, artístico, cultural, paisagístico etc. (CAVALLIERI, 2019, p.350)

O conceito trabalhado pelo autor abrange os elementos que especificam o dano moral coletivo, como o despreço causado pela lesão. Além disso, também expressa alguns bens de titularidade coletiva que são objeto de proteção, como, por exemplo, a paz pública, o patrimônio ideal, histórico e cultural. Cabe destacar que nessa linha de valores juridicamente protegidos, cabe mencionar o direito dos consumidores que abrange a necessidade de boa-fé

entre as partes, a correta prestação de serviço e a não lesão ao interesse coletivo como elementos que integram o conceito dos danos morais coletivos.

3.4 Princípios específicos aplicáveis ao dano moral coletivo

Os princípios são fonte de interpretação atemporal, essenciais para a compreensão dos fundamentos ou finalidades dos institutos jurídicos. No ordenamento jurídico, a Constituição Federal de 1988 está cheia de princípios que norteiam as normas que dela deverão decorrer, além dos critérios da administração pública, das relações sociais, civis e penais, dentre outros e principalmente as noções sobre os direitos fundamentais das pessoas.

Primeiramente, cumpre expressar um dos princípios basilares do ordenamento jurídico como um todo, o princípio da dignidade da pessoa humana. Este pode ser entendido como um valor intrínseco aos seres humanos que não poderá ser relativizado pelo Estado ou outras pessoas e que se vincula a autodeterminação, autonomia e existência, sendo o homem um fim em si mesmo e não objeto e/ou meio de terceiros (LÔBO, 2019).

Possui duas acepções distintas: protetivo e promocional. Sobre o primeiro, compreende-se que a dignidade visa “garantir a todo ser humano um tratamento respeitável, não degradante, tutelando a sua integridade psicofísica”, já no caso do segundo sentido, a dignidade viabiliza “condições de vida para que uma pessoa adquira a sua liberdade e possa projetar a direção que queira conceder a sua existência” (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2021, p. 44).

A dignidade da pessoa humana se vincula a responsabilidade civil na medida em que o ser humano é constituído por um conjunto de direitos fundamentais que fazem parte de sua existência e revelam sua dignidade, sendo indispensável a proteção a esses direitos como, por exemplo, a honra ou imagem, por parte do Estado, contra qualquer ato degradante e/ou aviltante (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2021).

A dignidade é considerada fundamento da república federativa, conforme expressa o art. 1º, III da Constituição Federal de 1988, sendo vários os princípios que decorrem da dignidade da pessoa humana, como, por exemplo a liberdade, igualdade e a vida expressos no art. 5º caput.

O Brasil é signatário e já incorporou vários tratados internacionais relacionados a dignidade da pessoa humana. Após a Segunda Guerra Mundial, a humanidade percebeu que o

homem (entendido como todos) é mais importante do que os bens que ele mesmo possui e a preservação de sua dignidade deve ser perseguida em todas as ordens constitucionais.

Para Luís Roberto Barroso (2021, p.153) a dignidade da pessoa humana é um valor fundamental que se expressa na constituição como princípio. Para o autor a dignidade pode ser entendida através de seu conteúdo essencial que se subdivide em três: “valor intrínseco da pessoa humana, autonomia individual e valor comunitário”.

O primeiro diz respeito às características essenciais do ser humano que o distinguem dos demais seres. O segundo “é, no plano filosófico, o elemento ético da dignidade, ligado à razão e ao exercício da vontade em conformidade com determinadas normas”, relacionado especialmente com a capacidade das pessoas de autodeterminação e de livre desenvolvimento (BARROSO, 2021, p.153).

O terceiro é o que se relaciona mais com a responsabilidade pelo dano moral coletivo, na medida em que a dignidade é moldada a partir dos valores coletivos e sociais. Nas palavras do autor:

O *valor* comunitário constitui o elemento social da dignidade humana, o indivíduo em relação ao grupo. Aqui, a dignidade é moldada pelos valores compartilhados pela comunidade, seus padrões civilizatórios, seu ideal de *vida boa*. O que está em questão não são escolhas individuais, mas responsabilidades e deveres a elas associados. A autonomia individual desfruta de grande importância, mas não é ilimitada, devendo ceder em certas circunstâncias (BARROSO, 2021, p.155).

Nesse sentido, o dano moral coletivo como categoria autônoma dos danos se destaca como instrumento essencial na efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana. Ao ter como finalidade a busca pela proteção contra a injusta e intolerável lesões a valores sociais, acaba por proteger uma das dimensões da dignidade humana pensada como “valor comunitário”, decorrendo desta a proteção a outros âmbitos que de acordo com Barroso (2021) são: a proteção contra violação por parte de terceiro, a lesão do ser humano contra si mesmo, além da salvaguarda dos direitos sociais.

O Princípio da solidariedade está expresso na Constituição de 1988, no art. 3º, inciso I. A solidariedade é um vínculo entre aspectos individuais e o âmbito coletivo na busca pelo bem comum em sociedade. Este se relaciona a responsabilidade quando é possível verificar, não mais uma responsabilidade individual, mas uma corresponsabilidade (GONÇALVES, 2022).

O princípio da solidariedade social é essencialmente relacionado com os danos morais coletivos. O art. 3º, inciso I da CF/88 consagra a solidariedade como objetivo

fundamental da República Federativa, iluminando, desse modo, a construção do direito civil contemporâneo e constituindo inovação na responsabilidade civil.

Na medida em que o ordenamento jurídico busca implementar a solidariedade social, a responsabilidade civil se adapta, modificando seu âmbito de atuação e retirando a responsabilidade de reparação sob um aspecto individual e subjetivo (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020).

A solidariedade social é decorrente dos direitos de terceira geração, ou seja, aqueles decorrentes dos direitos da coletividade, como os direitos difusos e coletivos, conforme menciona Alexandre de Moraes (2020, p.105):

Por fim, modernamente, protege-se, constitucionalmente, como *direitos de terceira geração* os chamados *direitos de solidariedade ou fraternidade*, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos, que são, [...] os interesses de grupos menos determinados de pessoas, sendo que entre elas não há vínculo jurídico ou fático muito preciso.

A solidariedade tem um papel muito importante na compreensão do dano moral coletivo, pois é fonte de interpretação sobre a responsabilização do autor do dano frente ao caso concreto. É a partir dos direitos coletivos que se justifica a sua proteção jurídica através da responsabilidade civil pautada na solidariedade social e na busca pela justiça social como fundamento da república.

Tepedino, Terra e Guedes (2021, p.36) informa que a partir do princípio da solidariedade “a tendência, com efeito, é que se atribua cada vez menos importância à identificação do responsável pelo dano, e se passe apenas a cuidar de como a vítima será indenizada”, levando ao centro da análise da indenização no dano moral coletivo, diante da atribuição de importância e da modificação de sentido que o referido princípio atribui ao instituto.

No mais, cabe destacar o Princípio da reparação integral. O referido princípio decorre principalmente do art. 944 do Código Civil de 2002, que expressa: “A indenização mede-se pela extensão do dano” (BRASIL, 2002). Repara integralmente significa garantir uma reposição ou uma reconstituição adequada da situação anterior da vítima que foi modificada pelo ato danoso do autor. Pode se dar através da devolução *in natura* do mesmo patrimônio, tal qual era antes do dano, ou mediante o pagamento de valor equivalente (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2021).

Para Paulo Lôbo (2019, p.350) o dever de reparar o dano somente nasce com a lesão e é direito daquele que sofreu o dano, aduzindo ainda que a conduta torna todos os bens do responsável disponíveis para a reparar os danos causados, mencionando ainda que:

O dever de reparação é o correspondente ao direito à reparação, ou direito de crédito, que nasce com o dano e a composição do suporte fático da responsabilidade previsto na norma jurídica aplicável. Toda pretensão derivada de fato ilícito é pretensão à reparação, mesmo que se trate de direito a resposta ou de dano moral. Reparação civil significa desagravar e satisfazer o ofendido, compreendendo, por ser mais amplo, o de indenização ou o de ressarcimento. Reparação é abrangente dos danos patrimoniais e não patrimoniais. O sentido abrangente de reparação, como gênero, é empregado pela lei: o CC, art. 206, § 30, V, estabelece prazo único de prescrição para a pretensão da "reparação civil".

O princípio da reparação integral e o dano moral coletivo possuem intrínseca relação, principalmente quanto a indenização. No dano moral em si, já houve grande discussão no sentido da aplicabilidade da reparação integral em relação à vítima. O dano moral lato sensu é fortemente vinculado ao âmbito subjetivo da vítima, ao abalo de seu estado emocional em razão da lesão sofrida.

Mas no dano moral coletivo o objeto muda e a reparação às vítimas não se fundamenta em aspectos psíquicos, subjetivos e/ou individuais, mas em seu sentido abrangente na proteção de valores coletivamente considerados.

Com isso o princípio da reparação integral pode ser aplicado na medida em que a reparação poderá ser voltada ou direcionada para a sociedade ou instituições coletivas, ou algo que seja revertido, ou tenha por finalidade amenizar a extensão dos danos morais. Reside nesse ponto a problemática dos danos morais coletivos e a indenização (ou busca reparação), pois este se constituiu na jurisprudência como *in ré ipsa*, ou seja, o dano se constitui e efetiva pelo fato, a finalidades da reparação deverão ser reanalisadas.

Outro princípio é o da prevenção, onde atua com o intuito de desestimular as condutas lesivas. Assim para Farias, Rosenvald e Netto (2021, p.47) “Toda pessoa ostenta um dever *ex ante* de evitar causar um dano injusto, agindo conforme a boa-fé e adotando comportamentos prudentes para impedir que o dano se produza”, possuindo as pessoas ainda o dever de buscar ao menos diminuir as consequências dos danos.

O Princípio da prevenção mostra-se relevante conquanto a responsabilidade civil não deve somente buscar remediar os danos já consumados, mas previamente evitar que seja o dano consumado (THEODORO JÚNIOR, 2021). A evitabilidade de uma conduta danosa pode se dar através de normas de conduta previamente estabelecidas no ordenamento jurídico, sendo que quando forem violadas, façam nascer o direito a indenização civil (BONNA, 2021).

Os danos morais coletivos são corolários do princípio da prevenção pois a própria instituição do instituto através das leis já mencionadas, como por exemplo, do Código de Defesa do Consumidor é um meio de evitar que a lesão a direitos e interesses difusos e coletivos, com a instituição de instrumentos normativos de regulação das indústrias, dos mercados e dos contratos.

4 ANÁLISE DA INDENIZAÇÃO NO DANO MORAL COLETIVO E A SUA (IM)POSSIBILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Neste capítulo ocorre uma verificação crítica, com a análise de como a indenização opera dentro dos danos morais coletivos, a luz de um caso concreto, com o intuito de compreender e/ou concluir pela existência, ou não de uma pena civil. Para tanto, serão expostos os elementos que constituem a indenização com o destringir de seus aspectos essenciais, iniciando com a definição dos conceitos de indenização, expressando as dificuldades técnicas e pressupostos essenciais.

Posterior a isso, são expostos os elementos para a fixação de uma indenização de modo a levar a compreensão sobre uma liquidação indenizatória em sede dos danos morais coletivos e quais serão os pressupostos considerados pelos magistrados. Seguindo-se a isso, a análise da tríplice função indenizatória na responsabilidade civil, quais sejam as funções compensatória e reparatória, punitiva e pedagógica, educativa e Preventiva.

Por conseguinte, a relação do caso das “pílulas de farinha” julgado pela terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 866.636/SP e as decorrências e frente aos danos morais coletivos de mais de um milhão de reais fixados como indenização pelos danos morais coletivos contra a empresa farmacêutica Schering do Brasil.

Para, por fim, fazer-se a análise estrutural, lógica e argumentativa da indenização nos danos morais coletivos, com a verificação da existência e (im)possibilidade da indenização como pena civil, frente ao que é traçado pelo ordenamento jurídico constitucional.

4.1 Da Indenização na Responsabilidade Civil

A caracterização dos danos civis e da indenização passou por várias transformações ao longo das décadas, sendo muitas vezes considera somente e estritamente na esfera privada. Atualmente passa a ter uma abrangência abarcadora não só de aspectos subjetivistas, mas coletivos (PINTO JÚNIOR, 2014), assim voltados a sociedade como um todo, possibilitando interpretações diversas daqueles que buscam elementos definidores do direito a reparação na contemporaneidade.

Nesse sentido, constatar os elementos que caracterizam o dano e a indenização em seus aspectos de reparação (e/ou punição) na contemporaneidade torna-se de extrema importância. O dano moral coletivo como instrumento relativamente novo e aperfeiçoado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pode proporcionar interpretações divergentes relacionados a natureza da reparação quando posto a frente dos pilares da indenização civil,

podendo revelar um caráter subjetivista, individualista e arbitrário, conforme se verificará a seguir.

4.1.1 Conceito de Indenização: dificuldades técnicas e pressupostos essenciais

Conforme demonstrado em capítulos anteriores a responsabilidade civil tem como finalidade a reparação pelo dano - patrimonial ou extrapatrimonial - diante da verificação no caso concreto dos pressupostos que constituem a responsabilidade do autor, sendo esta objetiva ou subjetiva. O dano indenizável se constrói dentro do caso concreto, devendo o julgador, após visualizar e constatar a conduta, o nexo de causalidade e o dano, se encaminhar para a análise e fixação da indenização cabível.

Nesse sentido, o Código Civil de 2002 cuidou de expressar no art. 944 que a indenização se medirá pela extensão do dano (BRASIL, 2002). Silvio de Salvo Venosa (2019, p.1879) ao expressar seu entendimento sobre ao artigo supramencionado, aduz que “A indenização deve ser balizada pelo efetivo prejuízo”, devendo-se verificar se o agente agiu com a culpa civil, sabendo-se que “a intensidade do dolo ou da culpa não deve graduar o montante da indenização”.

Todavia, o próprio Código adiciona uma inovação quanto a indenização civil expressa no parágrafo único do art. 944 que diz “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização” (BRASIL, 2002). Desse modo, cabe ao juiz aplicar a proporcionalidade no caso e analisar a gravidade entre a culpa e o dano para que a fixação da indenização não seja injusta ou ineficiente.

Em que pese o legislador tenha fixado a regra no caput do art. 944 para a fixação da indenização na medida do dano, no parágrafo único, entretanto, buscou flexibilizar a regra do quantum indenizatório a ser moldada pelo juiz no caso concreto. Fala-se em uma introdução normativa acertada pelo legislador no Código Civil de 2002, objetivando a justiça na aplicação da indenização.

Além disso, Maria Helena Diniz (1998, apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p.459) conceitua a indenização em seu Dicionário Jurídico, demonstrando seus aspectos essenciais, nestes termos:

Indenização. 1. Ato ou efeito de indenizar. 2. Reembolso de despesa feita. 3. Recompensa por serviço prestado. 4. Reparação pecuniária de danos morais ou patrimoniais causados ao lesado; equivalente pecuniário do dever de ressarcir o prejuízo. 5. Vantagem pecuniária que se dá a servidor público sob a forma de ajuda de custo, diária ou transporte (Othon Sidou). 6. Ressarcimento de dano oriundo de acidente de trabalho ou de rescisão unilateral do contrato trabalhista sem justa causa.

O conceito trazido pela autora realça uma das principais características da indenização, qual seja o fim de restituir o estado anterior ao dano, ou seja, a reconstituição do patrimônio diminuído. A indenização apenas vista como uma “compensação” se mostra como um conceito fechado, inflexível ao novo danos que surgem com o desenvolvimento da responsabilidade civil no decorrer da história.

A indenização no próprio dano moral coletivo vai além da simples compensação ou restituição de patrimônio. Algumas análise aplicadas ao dano moral se aplicam ao dano moral coletivo – por este ser uma decorrência daquele - na medida em que não se pode quantificar um “valor” coletivamente considerado.

Para Gagliano e Pamplona Filho (2020, p.460) a indenização em sentido amplo segue a noção do direito a reembolso, compensação ou retribuição monetária, funcionando desse modo como “toda reparação ou contribuição pecuniária que se efetiva para satisfazer um pagamento a que se está obrigado ou que se apresenta como dever jurídico”, devendo o patrimônio do autor da lesão passar a integrar o patrimônio da vítima.

Assim, o dano indenizável se constitui como um dever jurídico de indenizar. Essas noções de indenização se agarram e/ou se limitam ao sentido de dano material ou patrimonial, quando expressam que algo necessariamente deve ser reconstituído. Os direitos fundamentais protegidos pelo ordenamento jurídico ultrapassam os limites do âmbito material e da realidade física palpável e o Constituinte de 1988 expressou isso ao proteger o ser humano em razão dos danos morais no art. 5º X, o que torna indispensável desenvolver um conceito de indenização à luz do imaterial.

Silvio de Salvo Venosa (2019, p.1758) analisando o art. 927 do Código Civil de 2002, parte do termo “responsabilidade”, para arrazoar que se constitui como toda “situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso”, com isso entendendo o doutrinador que partindo desse pressuposto toda atividade humana pode ocasionar o dever de indenizar e que o estudo da responsabilidade civil é formado por “conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar”.

Com isso, seja no dano moral ou material, a responsabilidade civil formada pelo estudo desses princípios e normas, se encaminhará para a indenização civil, com a demonstração de que nem todo ato ilícito será indenizável, mas que o dano injusto e/ou que cause uma inquietação na sociedade, chama para si a indenização a ser quantificada de maneira proporcional, equitativa, isonômica pelo juiz no caso concreto, possuindo naturezas que serão analisadas em tópico próprio.

Por conseguinte, a “responsabilidade civil tem, pois, como um de seus pressupostos, a violação do dever jurídico e o dano. Há um dever jurídico originário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo ou secundário, que é o de indenizar o prejuízo” (GONÇALVES, 2022, p.12). Desse modo, o dever de indenizar decorre uma obrigação inicial ou originária a ser descumprida por terceiro de modo que a indenização se constitui como dever secundário a ser verificado e quantificado no caso concreto.

Nesse sentido, somente haverá indenização se houver dano, e conseqüentemente só haverá dano se houver prejuízo. Nem todo dano é indenizável e nem toda conduta contrária a lei será digna de indenização. Isso pode ser verificado nos casos de excludente de ilicitude civil previstos no art. 188 do CC/02. A indenização está para o dano injusto, onde ninguém deverá causar prejuízo a outrem (*neminem laedere*), ocorrendo uma violação a um interesse, seja material ou moral, individual ou coletivo (VENOSA, 2019).

Na apreciação indenizatória desses prejuízos, os danos materiais demonstram uma maior facilidade técnica para a quantificação da indenização, se comparada a fixação para os danos morais. Naquele, é possível quantificar a indenização na proporção da perda sofrida pela vítima, aplicando-se o princípio da reparação integral, não ocorrendo o mesmo nos danos morais.

O dano moral é a lesão não patrimonial que reside no elemento anímico das pessoas, principalmente relacionada aos direitos de personalidade. Atualmente resta superada discussão no sentido se caberia ou não uma indenização direcionada a recompor algo imaterial. Nas palavras de Silvio de Salvo Venosa (2019, p.1784) “Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí por que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável”, sendo demonstrada uma das dificuldades que giram em torno da definição da indenização.

Desse modo, a finalidade inerente a indenização nos casos concretos é de reparação. É possível perceber que há uma modificação de sentido quando a indenização é colocada a frente de diferentes danos, havendo um caráter adaptativo, posto que nos danos patrimoniais o princípio da reparação integral, o caput do art. 944 e a função de caráter reparatório são visivelmente aplicáveis, mas nos danos morais já se exclui a hipótese da restituição ao *status quo ante*.

Nas palavras de Caio Maria da Silva Pereira (2021, p.375), sobre a indenização na responsabilidade civil:

A indenização por dano material consiste na ideia de sub-rogar a coisa no seu equivalente, ao passo que em se tratando de dano moral o que predomina é a finalidade compensatória. A dizê-lo noutros termos, na indenização por dano material, a ideia-

força tem em vista que existe um “prejuízo” no correspectivo da diminuição ou do não incremento do patrimônio, enquanto a do dano moral repousa na existência de mágoa sofrida pela vítima 22. À determinação do “prejuízo de afeição”, cumpre ter em vista o limite do razoável, a fim de que não se enverede pelo rumo das pretensões absurdas.

Nos danos morais coletivos, por sua vez, além de se deixar de lado a hipótese de indenização voltada a reposição de patrimônio, poderá ser desconsiderado também a violação de um direito individualmente considerado, pois o dano é coletivo e o destinatário da indenização é a sociedade em razão da transindividualidade ou metaindividualidade, onde também há a impossibilidade da noção de “dor”.

Pelos pressupostos anunciados, torna-se visível a necessidade de adequação e unificação de um conceito de indenização que se amolde não só a um âmbito de danos, mas de todos os danos indenizáveis, seja morais, patrimoniais, coletivos ou individuais.

Assim, o direito a indenização poderia ser compreendido como um instrumento de justiça social, apto a reparar os danos, quando patrimoniais, chamando para si as suas outras funções como a compensação, que é mais adequado quando colocado a frente dos danos morais, importantes elementos a serem destacados também na liquidação dos danos e nos meios de fixação da indenização.

4.1.2 Elementos para a sua fixação

Os elementos para a fixação da indenização podem ser variados e muitas vezes acabam caindo na discricionariedade do juiz, principalmente quando verificada nos danos morais coletivos. Na fixação da indenização, as finalidades, o valor e as especificidades do caso concreto deverão ser enfrentadas para que a própria eficiência da indenização não seja prejudicada, ou cause o denominado enriquecimento sem causa.

Nos danos materiais os lucros cessantes e os danos emergentes são principalmente analisados e compõe a indenização com finalidade ressarcitória. No lucro cessante busca-se a reparação pela interrupção de atividade laboral e conseqüente perda daquilo que se deixou de ganhar com o trabalho após os danos (TARTUCE, 2019). Nesse caso, a indenização se limita a restituir ou funcionar como uma devolução do lucro que se deveria tido, se não tivesse ocorrida a lesão.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2022, p.143) “o dano patrimonial, em toda a sua extensão, há de abranger aquilo que efetivamente se perdeu e aquilo que se deixou de lucrar”, o que leva a necessária consideração dos danos emergentes e lucros cessantes no

quantum indenizatório. Assim, nos danos emergentes, a verificação da indenização se funda na efetiva perda, naquilo que se deixou de ter, ou na redução efetiva do patrimônio no dano material.

Nas palavras do autor supramencionado há maior facilidade na análise dos danos emergentes, que dos lucros cessantes, que atraem para si um arcabouço de provas para o seu deferimento:

Na liquidação apura-se o *quantum* da indenização. A estimativa do dano emergente se processa com mais facilidade, porque é possível estabelecer-se com precisão o desfalque do patrimônio. Em se tratando, porém, de lucros cessantes, atuais ou potenciais, a razão e o bom senso – assinala Giorgi – “nos dizem que os fatos, ordinariamente, são insuscetíveis de prova direta e rigorosa, sendo, igualmente, de ponderar-se que não é possível traçar regras, a não ser muito gerais, a este respeito, o que dá lugar ao arbítrio do juiz na apreciação dos casos” (GONÇALVES, 2022, p. 146).

O destaque a esses parâmetros no presente tópico buscam contribuir para a compreensão das características que formam a indenização em seus diferentes aspectos e a sua aplicação em diferentes âmbitos, como nos danos materiais e morais. Se por um lado a análise dos parâmetros da indenização nos danos patrimoniais possa demonstrar que funda no aspecto reparatório, por outro nos danos extrapatrimoniais, como nos danos morais coletivos a análise do quantum indenizatório dá um salto para além de meras conjecturas da restituição expressas na lei e acaba residindo especialmente no arbitramento do Juiz.

Cabe mencionar algumas disposições que o Código Civil expressa sobre a indenização. O art. 946 do código afirma que “Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar” (BRASIL, 2002). Flavio Tartuce (2019, p.150) afirma que alguns doutrinadores entendem residir neste artigo a possibilidade de tarifação ou tabelamento dos danos morais, algo que não é possível “Isso porque, conforme exaustivamente comentado, não é possível tarifificar o dano moral, mesmo por lei, o que traria lesão ao princípio constitucional da isonomia”.

Essa menção exposta no artigo do CC/02 leva a fixação por arbitramento ou pelo procedimento comum, conforme expressa o art. 509 do CPC. Nesses casos, a apuração por arbitramento é realizada pelo perito escolhido pelo juiz, “depende exclusivamente da avaliação de uma coisa, um serviço ou um prejuízo, a ser feita por quem tenha conhecimento técnico” (GONÇALVES, 2022, p.159), e se processará pelo procedimento comum quando forem necessárias provas de novos fatos.

A fixação por arbitramento é uma das mais adequadas quanto a análise da indenização nos danos morais (individuais ou coletivos). Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2022, p.160) levanta importante crítica sobre o arbitramento:

A crítica que se faz ao critério do arbitramento é que não há defesa eficaz contra uma estimativa que a lei submeta apenas ao critério livremente escolhido pelo juiz, porque, exorbitante ou ínfima, qualquer que seja ela, estará sempre em consonância com a lei, não ensejando a criação de padrões que possibilitem o efetivo controle de sua justiça ou injustiça.

Desse modo, o juiz deve ter cuidado ao apreciar no caso concreto os critérios da indenização para que nem mesmo extrapole os limites da isonomia, ou deixe de arbitrar uma reparação que cumpra suas funções e/ou finalidades na realidade do caso. Mas conforme expressa o autor, o critério do arbitramento – que é o que se adequa aos danos morais – parece afastar qualquer tentativa de contestação da indenização, posto que reside na lei a possibilidade de anexação da indenização a livre vontade do juiz, dando vazio a arbitrariedades e injustiças.

Frente ao caso concreto as funções da indenização se colocam como meio de justificar algumas inovações quando o assunto é a indenização na responsabilidade civil. A indenização tem funções, como compensatória, reparatória e até punitiva, sendo estas motivo de muita discussão doutrinária e funcionando como fundamento indenizatório em alguns casos que serão analisados.

4.2 Análise da Tríplice Função Indenizatória na responsabilidade civil

A indenização exerce determinadas funções que divergem a depender do caso concreto e da espécie de dano tratado. Pode acabar tendo o efeito de reparação em sentido estrito, posto que ocorre a restituição patrimonial completa realizada principalmente in natura ou em pecúnia. Por outro lado, pode acabar compensado quando não consegue reparar, função especialmente relacionada aos danos morais coletivos.

Por fim, pode gerar uma subsidiária punição ao autor dos danos de caráter tanto educativo, quanto preventivo, mas que pode não se coadunar com a estrutura normativa nacional quando visto a frente dos danos morais coletivos.

4.2.1 Função Compensatória e reparatória

A indenização na responsabilidade civil possui algumas finalidades principais que podem servir para justificar a quantificação dos danos. A indenização nos danos materiais, por exemplo, tem uma função reparatória ou de reposição do patrimônio perdido, podendo se dar, caso não haja alternativa de devolução da própria coisa, por meios pecuniários. Essas funções

– compensatória, reparatória, punitiva - trabalham como fundamento lógico na responsabilidade civil na anexação pelo juiz de uma indenização frente aos mais variados casos.

Para Caio Maria da Silva Pereira (2021, p.78) a função compensatória tem uma importante relevância quando o assunto são os danos morais, tendo em vista que ao lado do caráter punitivo, reside a necessidade da compensação da vítima do dano moral “que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido”.

Assim, funciona o caráter compensatório como meio através do qual se busca atribuir as vítimas dos danos, principalmente morais, uma contrapartida a seu abalo psíquico de maneira que ao menos se busque remediar ou diminuir as lesões psicológicas.

A função reparatória é uma das principais funções a serem estudadas na responsabilidade civil, pois os danos patrimoniais acabam sendo os mais recorrentes na sociedade. Aquele que causa dano a outrem tem o dever de reparar esses danos, nos termos do art. 927 do CC. Todavia, essa possibilidade de volta ao status quo ante, é impossível quando se fala nos danos extrapatrimoniais, na medida em que se “parte da premissa quanto à impossibilidade de se fixar um preço para as situações jurídicas da personalidade, eis que a dignidade não é reconduzível ao mundo dos valores” (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2021, p. 317), assim predominando a função compensatória nesses tipos de danos.

Carlos Roberto Gonçalves (2022, p.158) considera que a função compensatória para as vítimas funciona como “uma compensação pelo dano e injustiça que sofreu, suscetível de proporcionar uma vantagem ao ofendido, pois ele poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender às satisfações materiais ou ideais que repute convenientes”, o que tecnicamente levará a diminuição do sofrimento.

A partir dessas premissas, a função compensatória se adequa como função atribuída a reparação nos danos morais. Mas de certo modo essa função não parece adequada quando aplicada aos danos morais coletivos, se visualizada através dos pressupostos supramencionados. A função compensatória é vista principalmente como meio através do qual as lesões psíquicas causadas nos danos morais, propriamente ditos, podem ser diminuídas, ou ao menos buscar garantir uma satisfação ao ofendido por meios pecuniários.

Nisso é possível perceber que esse entendimento acaba que por se limitando a aspectos pessoais, subjetivos, somente visando “remediar” os danos de uma pessoa (vítima), através do desfalque patrimonial do autor do dano. Quando colocada a frente dos danos morais coletivos, a função compensatória ou deverá ser ressignificada, ou não deverá ser considerada pelo julgador.

Yussef Said Cahali (1980), ao refletir sobre a função compensatória, considera que diversamente dos danos patrimoniais:

A sanção do dano moral não se resolve numa indenização propriamente dita, já que indenização significa eliminação do prejuízo e das suas consequências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial; a sua reparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento; impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia de dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa. (1980, apud GONÇALVES, 2022, p. 158).

É de se pensar se a reparação satisfativa que decorre da função compensatória aplicar-se-ia a sociedade como sujeito de danos coletivos e/ou lesões sócias. Entende-se que no próprio dano moral coletivo não se deve considerar as “dores” das vítimas dos danos, pois o bem juridicamente tutelado são interesses sociais, valores coletivos lesionados, se desconsiderando os sentimentos pessoais da vítimas. Assim, nos danos morais coletivos a função compensatória poderia ter como objeto a própria sociedade, algo que ainda sim, pode gerar uma inconsistência técnica.

4.2.2 Função Punitiva

Outra função da responsabilidade civil na indenização é a punitiva. Após a apreciação dos pressupostos que levam a responsabilização do autor pelo dano, a indenização funcionará como uma espécie de sanção aplicada ao infrator, sendo esta sanção a obrigação civil de reparar o dano, algo que se distingue das sanções penais e administrativas (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2021).

Na regra da reparação patrimonial, se por um lado, enquanto o patrimônio da vítima está sendo restituído, por aquele que culposamente o diminuiu, por outro, o patrimônio do autor do dano está sendo diminuindo, assim tecnicamente funcionado como uma “punição” o desfalque patrimonial gerado pelo quantum indenizatório estipulado pelo juiz.

Nos danos materiais, a de se pensar criticamente que a função punitiva será ineficiente se estipulada sem proporção, quando, por exemplo, o autor tenha uma capacidade financeira volumosa a ponto de nenhuma indenização ser suficiente para gerar a sensação de punição. Deve o juiz se ater ao critério da proporcionalidade na fixação da indenização, mas também observando o princípio do não enriquecimento sem causa, para não o violar e fazer valer a função punitiva.

Nas palavras de Farias, Rosenvald e Netto (2021, p.75) quando a função punitiva e a busca pela prevenção do dano, a qual dela decorre:

A responsabilidade civil, comenta Facci," desenvolve uma função de instrumento de controle social e difuso no confronto de atividades potencialmente lesivas, seja conjuntamente, em substituição ou em suplência aos tradicionais instrumentos administrativos ou penais. Os limites são evidentes: o lesado quer obter o ressarcimento de seu dano individual e não a remoção das condições que provocaram aquele dano que outros não possam provocar. Em alguns casos, todavia, *como* no âmbito da tutela ambiental e dos direitos da personalidade! o recurso à responsabilidade civil como instrumento de controle deverá receber adequada consideração.

Os autores expressam que através dessa função punitiva poderia a responsabilidade civil estar cumprindo um de seus objetivos, qual seja, um espécie de controle social de condutas em âmbito cível. Ainda levam a crítica no sentido de que mesmo existindo uma função punitiva – que se realiza na indenização – ela não seria o ponto foco da responsabilidade civil, funcionando de maneira subsidiária, em razão de que a vítima dos danos somente quer o ressarcimento ou a compensação.

Pela construção histórica da responsabilidade civil, conforme já visto, a busca pela reparação acabava que por considerar uma punição diretamente contra a vítima. Mas com o decorrer dos tempos a própria a função ressarcitória passou a visualizar mais o patrimônio do autor, que o próprio autor, já deixando o caráter punitivo de lado. Nessa linha, a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais da pessoa humana, que já eram trabalhados em constituições anteriores e foram expressos na Constituição de 1988, iluminaram a responsabilidade civil de modo que a própria vítima fosse o foco da reparação e não o ofensor.

Nos danos morais, há corrente doutrinária que entende que a indenização terá caráter punitivo ou disciplinador, principalmente relacionado ao “*punitive damages*” utilizado nos Estados Unidos, sendo recentemente utilizada pela jurisprudência em conjunto com outras funções, como a natureza compensatória (TARTUCE, 2019).

Nestes termos, conforme julgado pelo Supremo Tribunal Federal no AI 455.846, Relator Ministro Celso de Mello no Informativo n. 364:

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO. ELEMENTOS ESTRUTURAIS. PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. FATO DANOSO PARA O OFENDIDO, RESULTANTE DE ATUAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO NO DESEMPENHO DE ATIVIDADE MÉDICA. PROCEDIMENTO EXECUTADO EM HOSPITAL PÚBLICO. DANO MORAL. RESSARCIBILIDADE. DUPLA FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL (REPARAÇÃO-SANÇÃO): (a) CARÁTER PUNITIVO OU INIBITÓRIO (“EXEMPLARY OR PUNITIVE DAMAGES”) E (b) NATUREZA COMPENSATÓRIA OU REPARATÓRIA. DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. [...] Impende assinalar, de outro lado, que a fixação do quantum pertinente à condenação civil imposta ao Poder Público - presentes os pressupostos de fato soberanamente reconhecidos pelo Tribunal a quo - observou, no caso ora em análise, a orientação que a jurisprudência dos Tribunais tem consagrado no exame do tema, notadamente no ponto em que o magistério jurisprudencial, pondo

em destaque a dupla função inerente à indenização civil por danos morais, enfatiza, quanto a tal aspecto, a necessária correlação entre o caráter punitivo da obrigação de indenizar ("*punitive damages*"), de um lado, e a natureza compensatória referente ao dever de proceder à reparação patrimonial, de outro (BRASIL, 2004).

É certo que pelos pressupostos estabelecidos a função punitiva anda ao lado da função compensatória. A jurisprudência, conforme a mencionada, já se utiliza dessas funções, e nos danos morais elas aparecem substituindo a função reparatória em sentido estrito, que não cabe nos danos morais.

Nas palavras de Caio Mario da Silva Pereira (2021, p.28) ao mencionar o caráter punitivo defende que “Na responsabilidade civil estará presente uma finalidade punitiva ao infrator aliada a uma necessidade que eu designo como pedagógica, a que não é estranha a ideia de garantia para a vítima, e de solidariedade”. A função punitiva, desse modo, acaba que por funcionar também como função pedagógica e/ou preventiva para o infrator de modo a desestimular condutas futuras.

4.2.3 Função Pedagógica ou educativa e Preventiva

Cabe ainda fazer alguns apontamentos e relações sobre a função preventiva e pedagógica. O caráter atual dos danos atrai para a si a noção de que questões hipotéticas ou futuras tecnicamente não deverão ser punidas, devendo ser atual o dano para que enseje indenização. Essa noção tem sido relativizada no direito atual, em alguns casos que admitem não a análise de um dano atual, mas a probabilidade do dano em outro momento, de modo a buscar também evita-los.

A função preventiva se fundamenta nos princípios da prevenção, que também é acompanhado pela precaução. Estes princípios são trabalhados principalmente pelo direito ambiental, mas que também são atraídos pela responsabilidade civil, significando, nas palavras de Farias, Rosenvald e Netto (2021, p.77):

O princípio da prevenção será aplicado quando o risco de dano for atual, concreto e real. Trata-se do perigo, que é o risco conhecido, como, por exemplo, o limite de velocidade nas estradas ou os exames médicos que antecedem uma intervenção cirúrgica. Já o princípio da precaução deve ser aplicado no caso de riscos potenciais ou hipotéticos, abstratos e que possam levar aos chamados danos graves e irreversíveis. É o "risco do risco".

Assim, atendendo ao risco, se entende que a prevenção está direcionada a situações previsíveis, concretas e atuais, trabalhando com riscos conhecidos. Já a precaução funciona com riscos hipotéticos, não atuais. A precaução gera algumas críticas, como a total ausência de danos

podendo gerar responsabilidade civil, mas nisto residindo a noção acerca do qual são atividades ou condutas potencialmente lesivas a sociedade.

No âmbito civil, a prevenção “consiste em se antever a um possível dano que venha a ocorrer, no sentido de evitar que o prejuízo aconteça ao invés de buscar reparar a lesão sofrida” (MADRUGA, et al, 2017, n.p). Assim, na responsabilidade a indenização poderá funcionar como meio através do qual será possível não somente reprimir, mas evitar a continuidade tanto para o autor, quando para os demais da sociedade.

A prevenção pode ocorrer através do desestímulo realizado por meio da própria função punitiva já mencionada. Quando o Juiz fixa a indenização no caso concreto, esta causando uma diminuição patrimonial do autor, subsidiariamente deverá levar a um desestímulo de futuras condutas lesivas por parte do autor, levando – ou ao menos tentando induzir – a observação do dever de cuidado social e por conseguinte, evitando danos a futuras vítimas.

A função punitiva é utilizada pelos Tribunais principalmente nos casos de danos morais coletivos, juntamente com as funções compensatória e educativa, conforme julgado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.440.721:

RECURSOS ESPECIAIS. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PUBLICAÇÃO DE LIVRO. FALSO RELATO DE CUNHO RACISTA E EUGÊNICO ATRIBUÍDO A POLÍTICO. REPERCUSSÃO NACIONAL E INTERNACIONAL DA FALSA IMPUTAÇÃO. DANO MORAL REPARAÇÃO ESPECÍFICA. PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. NÃO RECEBIMENTO DA APELAÇÃO POR PREMATURIDADE. TRÂNSITO EM JULGADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR RAZOÁVEL. REVISÃO, SÚMULA 7/STJ. 5. A indenização por danos morais possui tríplex função, a compensatória, para mitigar os danos sofridos pela vítima; a punitiva, para condenar o autor da prática do ato ilícito lesivo, e a preventiva, para dissuadir o cometimento de novos atos ilícitos. Ainda, o valor da indenização deverá ser fixado de forma compatível com a gravidade e a lesividade do ato ilícito e as circunstâncias pessoais dos envolvidos (BRASIL, 2016).

Desse modo, a função punitiva e a pedagógica poderá ser aplicada nos danos morais coletivos em razão de que aquelas se destinam especialmente ao autor dos danos. Todavia, sob um viés restritivo, a função punitiva exercida através da indenização em âmbito civil não poderá ser considerada como imposição isolada ao autor dos danos, sendo inadequada a decisão que somente exprimir somente a função punitiva.

Esta não deverá ultrapassar os limites entre a responsabilidade civil e a penal, em razão de que o âmbito cível se presta a acautelar condutas de impacto privado ou que possam ser reprimidas ou remediadas com penas menos rigorosas, conforme aplicação da função

restitutória através da indenização pecuniária, o que não ocorre no âmbito penal, com penas previstas em lei, com punições mais severas e tutela de bens jurídicos específicos.

4.3 Indenização no Dano Moral Coletivo como uma Pena Civil? análise frente ao caso das “pílulas de farinha” julgado STJ no Recurso Especial nº 866.636/SP

A proteção jurídica desencadeada pelos danos morais coletivos na responsabilidade civil é demonstrada diante da relevância dos bens jurídicos tutelados através da aplicação indenizatória que possui múltiplas funções reconhecidas pela doutrina e pela jurisprudência, extrapolando os interesses individuais em prol da tutela de direitos e interesses públicos coletivos.

O estudo dos danos morais coletivos é sustentado através de critérios, pressupostos e especificidades próprios inerentes ao instituto, sendo especialmente desatada do estudo do próprio dano moral. Mesmo que aquele guarde algumas relações com este último, os institutos não se confundem, sendo os danos morais coletivos como instituto autônomo.

Além disso, a responsabilidade civil formada por seus princípios, regras e elementos intrínsecos se encaminhará para o seu ponto foco, qual a seja a indenização do dano. Está última é constituída de funções próprias que se modificam e conversam entre si quando colocadas a frente de danos patrimoniais e extrapatrimoniais.

Assim, quando os danos morais coletivos se tornam objeto da proteção contida na responsabilidade civil pelo ordenamento jurídico, segue também a necessária compreensão estrutural acerca de como se deverá funcionar e aplicar a indenização neste instituto diante dos pressupostos próprios que sustentam a reparação civil. Confrontando-se os institutos, será que seus pressupostos se adequam, ou abre-se margem para uma possível (e ante jurídica) penal civil?

Em primeiro momento, “a ideia da responsabilidade civil, presente em qualquer comunidade social, está vinculada, inicialmente, ao preceito ético de não prejudicar o outro – *neminem laedere* - e, ao mesmo tempo, de reparação do dano (indenização) ao lesado” (BESSA, 2007, p.212), assim, em que pese seja uma responsabilização civil, esta guarda importante relação o direito penal, se diferido em alguns aspectos.

Para Gagliano e Pamplona Filho (2020, p.57) o ilícito penal e o ilícito civil se relacionam porque a violação antijurídica acaba sendo a mesma, em razão de que ambos os institutos constituem violação a ordem jurídica, “acarretando, em consequência, um estado de desequilíbrio social”. Todavia, em se tratando do ilícito penal, a própria perturbação da ordem

social é tamanha que não há outro meio de sanção que não a aplicação de uma pena estipulada em lei e que deverá ser quantificada no caso concreto.

Por outro lado, no ilícito civil a extensão da perturbação social que os danos causam não alcança os mesmos níveis que nos âmbito penal, podendo haver a aplicação de sanções mais brandas que aquelas quantificadas no direito penal fazendo valer a reparação *in natura*, ou por meios pecuniários. Assim, para Wladimir Valler (1995, apud GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2020, p.58) “A diferença entre o ilícito civil e o ilícito penal é, assim, tão somente, de grau ou de quantidade”, posto que ocorre uma perturbação social em níveis diferentes.

Nos danos morais coletivos a função punitiva pode ser relacionar expressivamente com esse aspecto penal. A finalidade precípua da indenização não é buscar a punição, mas o ressarcimento em função do dano. Quando esse ressarcimento não é cabível, impedida a aplicação plena da reparação integral nos danos morais coletivos pois impossível a quantificar com exatidão o dano moral ou um “valor”, a jurisprudência e alguns doutrinadores, conforme já demonstrado, utilizam a função compensatória como fundamento, acompanhada da função punitiva que aparece como um desestímulo patrimonial, mas que se não estiver acompanhada da função compensatória, a função punitiva da indenização poderá funcionar como pena aplicada a livre arbítrio do Juiz no caso.

Conforme expressa Flávio Tartuce (2019, p. 632):

Contudo, deve ser feito o alerta que esse caráter disciplinador, pedagógico ou educativo (acessório) somente será possível quando cabível for a reparação (principal). Não há como atribuir à reparação moral uma natureza *punitiva pura*, eis que a última expressão utilizada no art. 927, *caput*, do CC é justamente a forma verbal da palavra *reparação*. A Constituição Federal, ao tratar do tema, também não utiliza o termo *punição* (art. 5.º, V e X). Em reforço, a indenização por danos morais não pode levar o ofensor, pessoa natural ou jurídica, à total ruína, não sendo esse o intuito do sistema jurídico nacional.

A partir disso, considera-se que a própria expressão do art. 927 do CC/02 no tocante ao termo “reparação” que deve ser imposta aquele que comete ato ilícito, garante a necessária concomitância e/ou subsidiariedade da função punitiva na responsabilidade civil, não devendo em regra o caráter punitivo ser o principal em respeito a literalidade da lei que coloca a reparação como ponto central.

Em sentido contrário, Carlos Roberto Gonçalves (2022) expressa que no nosso sistema jurídico brasileiro prevalece aquilo que foi legislado, não podendo haver caráter punitivo sem antes haver previsão legal, funcionando de maneira diferente a responsabilidade civil nacional que não costuma utilizar o “*punitive damage*” dos Estados Unidos, instituto

através do qual o juiz além de aplicar a indenização no caso, ainda impõe uma pena a ser cumprida pelo autor dos danos.

O autor expõe que já passou o tempo de se confundir as sanções penais e civis, isso porque “A sanção penal tem por fim a repressão do ato ilícito e não guarda relação com o valor do bem lesado. Por aí se vê que o caráter sancionatório autônomo, nas condições mencionadas, tem todas as características da sanção penal” (GONÇALVES, 2022, p. 160), criticando ainda que através do princípio da legalidade das penas que foi expresso no art. 5º, inciso XXXIX da CF/88 que sujeita os critérios penais a expressa previsão legal, não cabendo ao Juiz, mas poder legislativo “estabelecer os seus limites máximos e mínimos. Do contrário, ficaria a critério de cada um fixar a pena que bem entendesse”, abrindo margens para a arbitrariedade.

No dano moral coletivo a função punitiva poderia ser colocada como uma pena civil através da indenização imposta. Entende-se que a função punitiva é consequência implícita – ou não central – da função compensatória efetivada através da imposição do quantum indenizatório. Nos danos morais coletivos já se entende que não há possibilidade do completo retorno ao status quo ante, desconectando-se a função reparatória, restando a função compensatória, que caso inexistir, deixará isolada a função punitiva ou pedagógica como finalidade principal função.

Em regra, a compensação indenizatória dos danos morais tem como destinatário a vítima da lesão sofrida. Já nos danos morais coletivos precisará ser ressignificada por quanto o interesse é coletivo e social não havendo a compensação para um só sujeito e pouco importando suas dores pessoais, que não serão o fim da compensação.

Complementando o caráter punitivo Carlos Roberto Gonçalves (2022) expressa que a própria punição nesses casos de arbitramento pelo juiz, poderá ultrapassar os limites da própria indenização, algo que é incabível, violando a própria finalidade da responsabilidade civil, porque o juiz poderá entender que quantum indenizatório exorbitante poder ser adequado a punição, do contrário da indenização em si medida pela extensão do dano, nas palavras do autor:

Ademais, pode fazer com que a reparação do dano moral tenha valor superior ao do próprio dano. Sendo assim, revertendo a indenização em proveito do lesado, este acabará experimentando um enriquecimento ilícito, com o qual não se compadece o nosso ordenamento. Se a vítima já estiver compensada com determinado valor, o que receber a mais, para que o ofensor seja punido, representará, sem dúvida, um enriquecimento ilícito. [...] A adoção do critério das *punitive damages* no Brasil somente se justificaria se estivesse regulamentado em lei, com a fixação de sanção mínima e máxima, revertendo ao Estado o *quantum* da pena. (GONÇALVES, 2022, p. 170).

De mais a mais, para Farias, Rosenvald e Netto (2021, p.363) os danos morais coletivos nada mais que correspondem a uma pena civil bem desenhada pelo legislador brasileiro. Os danos morais coletivos aparentam uma inconsistência no plano existencial, pois para eles “o dano moral ostenta natureza individual e se prende unicamente a uma ofensa a interesses existenciais de cada pessoa humana, em sua concretude” não podendo ser considerado de maneira a causar danos a uma coletividade abstrata, “com total independência perante os prejuízos que cada um de seus membros possa experimentar”.

Nesses caso, a própria pena civil que constitui o dano moral coletivo tem dentro da função punitiva o caráter inibitório da conduta do autor do dano, a prevenção e o sentido pedagógico (BASSAN, 2009). É como se o dano moral coletivo visualizasse o abalo a princípios sociais e o ignorasse pois a própria compensação é abstrata demais, tornando a condenação nos danos morais como pena civil de caráter somente inibitório, pedagógico e preventivo, considerando-se que as próprias vítimas no caso concreto já poderão ter sua reparação ou compensação através da condenação pelos danos morais individuais.

Farias, Rosenvald e Netto (2021, p.365) expressam ainda um interessante exemplo relacionado aos danos morais coletivos, sobre trabalhador em situação análoga à escravidão. Quando ocorre um ajuizamento de uma Ação Civil Pública contra um empregador e em favor dos trabalhadores em situação de escravidão, o objeto principal será a compensação pelos danos causados a cada uma das vítimas, e também, se fundará na violação de princípios fundamentais como dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho, de modo que “que não se pode declinar ou quantificar o número de pessoas que sentirá o abalo psicológico, a sensação de angústia, desprezo [...] em razão da violação das garantias constitucionais causada pela barbárie do trabalho escravo”.

Nesse caso, o dano moral individual aos trabalhadores exerce a função de compensação pela violação de seus direitos fundamentais, já os danos morais coletivos “significará primariamente um valor pelo desestímulo ao ofensor, uma sanção a quem, com a sua atitude de menoscabo, agravou interesses coletivos dignos de tutela” (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2021, p.365), sendo inerente a função sancionatória a prevenção para desestimular o ofensor a práticas futuras e a função pedagógica, prevalecendo a noção punitiva da indenização no caso.

Ademias, é possível considerar que a indenização nos danos extrapatrimoniais coletivos deverá ser revestida para um fundo especial relacionado ao caso concreto de proteção a direitos difusos e coletivos, “já que, como uma sanção punitiva que objetiva dar uma resposta à sociedade, nada mais correto do que o depósito dos valores em fundos predeterminados, sejam

eles públicos ou privados de natureza pública” (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2021, p.368), aqui funcionado como o objeto de compensação social.

Todavia, não nos parece interessante a solução, posto que a justificativa da compensação social através da reversão a fundos de direitos coletivos, com a manutenção da função punitiva, não parece resolver a questão técnica referente ao princípio da legalidade das penas sem previa cominação legal, com sanções que podem ser impostas a livre arbítrio do juiz no caso concreto, como verificado no caso das “pílulas de farinha”. Também não expressa ou encaixa a função compensatória em sua essência principal, a utilização de um fundo com destinação pública, o que não resolve a problemática, mas que poderia ser plausível quanto ao questionamento para um possível enriquecimento sem causa do Estado, posto que os valores estariam sendo destinados a sociedade.

O caso chamado de caso das “pílulas de farinha” foi emblemático quando o assunto são os danos morais coletivos. No caso o PROCON ajuizou Ação Civil Pública em face da empresa SCHERING DO BRASIL QUÍMICA E FARMACÊUTICA LTDA. Em razão da veiculação de medicamento sem nenhum princípio ativo, o que atingiu muitos consumidores de maneira negativa.

O Anticoncepcional “Microvlar” que deveria evitar a gravidez não gerou os resultados pretendidos pela ausência de princípios ativos próprios do medicamento, sendo que as capsulas desenvolvidas pela empresa com falha e que foram circuladas no mercado tinham como finalidade somente testes de maquinário.

A empresa foi condenada a pagar o valor de 1 (um) milhão de reais em danos morais para a coletividade, tendo em vista que a Terceira Turma do STJ não conheceu do recurso pretendido pela SCHERING DO BRASIL, empresa atuante no mercado de medicamentos (NETO, 2020).

Colaciona-se a ementa do julgamento do caso pela Terceira Turma do STJ para melhor análise do caso, *in verbis*:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO PROCON E PELO ESTADO DE SÃO PAULO. ANTICONCEPCIONAL MICROVLAR. ACONTECIMENTOS QUE SE NOTABILIZARAM COMO O 'CASO DAS PÍLULAS DE FARINHA'. CARTELAS DE COMPRIMIDOS SEM PRINCÍPIO ATIVO, UTILIZADAS PARA TESTE DE MAQUINÁRIO, QUE ACABARAM ATINGINDO CONSUMIDORAS E NÃO IMPEDIRAM A GRAVIDEZ INDESEJADA. PEDIDO DE CONDENAÇÃO GENÉRICA, PERMITINDO FUTURA LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL POR PARTE DAS CONSUMIDORAS LESADAS. DISCUSSÃO VINCULADA À NECESSIDADE DE RESPEITO À SEGURANÇA DO CONSUMIDOR, AO DIREITO DE INFORMAÇÃO E À COMPENSAÇÃO PELOS DANOS MORAIS SOFRIDOS. - Nos termos de precedentes, associações possuem legitimidade ativa para propositura de ação relativa a direitos individuais homogêneos. - Como o mesmo fato pode ensejar ofensa tanto a direitos difusos, quanto a coletivos e individuais,

dependendo apenas da ótica com que se examina a questão, não há qualquer estranheza em se ter uma ação civil pública concomitante com ações individuais, quando perfeitamente delimitadas as matérias cognitivas em cada hipótese. - A ação civil pública demanda atividade probatória congruente com a discussão que ela veicula; na presente hipótese, analisou-se a colocação ou não das consumidoras em risco e responsabilidade decorrente do desrespeito ao dever de informação. - Quanto às circunstâncias que envolvem a hipótese, o TJ/SP entendeu que não houve descarte eficaz do produto-teste, de forma que a empresa permitiu, de algum modo, que tais pílulas atingissem as consumidoras. Quanto a esse 'modo', verificou-se que a empresa não mantinha o mínimo controle sobre pelo menos quatro aspectos essenciais de sua atividade produtiva, quais sejam: a) sobre os funcionários, pois a estes era permitido entrar e sair da fábrica com o que bem entendessem; b) sobre o setor de descarga de produtos usados e/ou inservíveis, pois há depoimentos no sentido de que era possível encontrar medicamentos no 'lixão' da empresa; c) sobre o transporte dos resíduos; e d) sobre a incineração dos resíduos. E isso acontecia no mesmo instante em que a empresa se dedicava a manufaturar produto com potencialidade extremamente lesiva aos consumidores. - Em nada socorre a empresa, assim, a alegação de que, até hoje, não foi possível verificar exatamente de que forma as pílulas-teste chegaram às mãos das consumidoras. O panorama fático adotado pelo acórdão recorrido mostra que tal demonstração talvez seja mesmo impossível, porque eram tantos e tão graves os erros e descuidos na linha de produção e descarte de medicamentos, que não seria hipótese infundada afirmar-se que os placebos atingiram as consumidoras de diversas formas ao mesmo tempo. - A responsabilidade da fornecedora não está condicionada à introdução consciente e voluntária do produto lesivo no mercado consumidor. Tal idéia fomentaria uma terrível discrepância entre o nível dos riscos assumidos pela empresa em sua atividade comercial e o padrão de cuidados que a fornecedora deve ser obrigada a manter. Na hipótese, o objeto da lide é delimitar a responsabilidade da empresa quanto à falta de cuidados eficazes para garantir que, uma vez tendo produzido manufatura perigosa, tal produto fosse afastado das consumidoras. - A alegada culpa exclusiva dos farmacêuticos na comercialização dos placebos parte de premissa fática que é inadmissível e que, de qualquer modo, não teria o alcance desejado no sentido de excluir totalmente a responsabilidade do fornecedor. - A empresa fornecedora descumprir o dever de informação quando deixa de divulgar, imediatamente, notícia sobre riscos envolvendo seu produto, em face de juízo de valor a respeito da conveniência, para sua própria imagem, da divulgação ou não do problema. Ocorreu, no caso, uma curiosa inversão da relação entre interesses das consumidoras e interesses da fornecedora: esta alega ser lícito causar danos por falta, ou seja, permitir que as consumidoras sejam lesionadas na hipótese de existir uma pretensa dúvida sobre um risco real que posteriormente se concretiza, e não ser lícito agir por excesso, ou seja, tomar medidas de precaução ao primeiro sinal de risco. - O dever de compensar danos morais, na hipótese, não fica afastado com a alegação de que a gravidez resultante da ineficácia do anticoncepcional trouxe, necessariamente, sentimentos positivos pelo surgimento de uma nova vida, porque o objeto dos autos não é discutir o dom da maternidade. Ao contrário, o produto em questão é um anticoncepcional, cuja única utilidade é a de evitar uma gravidez. A mulher que toma tal medicamento tem a intenção de utilizá-lo como meio a possibilitar sua escolha quanto ao momento de ter filhos, e a falha do remédio, ao frustrar a opção da mulher, dá ensejo à obrigação de compensação pelos danos morais, em liquidação posterior. Recurso especial não conhecido (BRASIL, 2006).

No caso, o recurso interposto não foi conhecido, mantendo a responsabilidade da empresa de medicamentos a pagar os danos causados a várias mulheres que utilizaram o placebo com o intuito de não engravidar, mas que tiveram frustradas as expectativas construídas em torno do Anticoncepcional.

Com a estipulação do valor equivalente a 1 (um) milhão de reais de indenização por danos morais coletivos a serem destinados ao fundo de reparação de interesses difusos, a empresa alegou abusividade, sendo que restaria possível em ações ajuizadas individualmente pelos consumidores o pedido de indenização.

Assim, é possível aferir que a abrangência dos danos causados as mulheres consumidoras se amolda ao direito aos danos morais coletivos, pois não foi observado pela empresa o próprio dever de cuidado para com seus processos internos de controle do seus produtos. Ainda, a própria omissão na busca pela diminuição das consequências, viola expressamente os princípios da informação e da segurança a todos os consumidores, com consequências que se estendem de forma indeterminada, conforme alegado pela parte autora, não se tratando somente de lesão a direitos individuais homogêneos, mas a direitos e interesses coletivos.

A Ministra Nancy Andrighi em voto especificou que no caso não se trata de uma tutela de direito individual realizado através de ação individual, mas “é, ao contrário, uma ação civil pública, com pedidos específicos e relativos à tutela coletiva de interesses metaindividuais, como fica claro pela leitura da inicial e de seu posterior aditamento” (BRASIL, 2006, n. p.).

Nesse ponto, cabe destacar que o quantum indenizatório mantido para os danos morais coletivos poderia funcionar como pena civil explícita, com seu caráter preventivo e pedagógico de modo a influenciar no cuidado necessário no tratamento e distribuição de medicamentos no mercado pela empresa. A função compensatória seria visualizada no caso na destinação ao fundo de direitos difusos no sentido de compensação destinada a sociedade. Mesmo assim, o quantum indenizatório poderia causar uma dupla punição, ou até enriquecimento ilícito do Estado, vez que com uma possível condenação genérica, aqueles que individualmente e diretamente foram afetados poderiam ingressar novamente com o intuito de receber indenização de forma individual.

A manutenção viável dos danos morais coletivos no sistema jurídico brasileira, se visualizado como pena civil, está condicionada a expressa previsão legal em respeito ao princípio da legalidade previsto no Art. 5º, XXXIX da CF/88, conforme expressa Humberto Theodoro Junior (2021, p.106) “nenhuma autoridade tem, pois, o poder de criar pena, senão o legislador, nem de ampliar as penas legalmente instituídas ou de aplicá-las a situações diversas”, sendo protegida a dignidade da pessoa humana contra arbitrariedades injustificadas que se fundam ou possam se fundar em limbos lógico-argumentativos ou legais.

Mesmo assim, a tutela dos direitos e interesses difusos e coletivos não poderia deixar de ser objeto de proteção no ordenamento. Incube ao legislador delimitar melhor os

pressupostos essenciais do danos morais coletivos, além da própria jurisprudência dos tribunais conciliarem as funções punitivas e compensatória conforme a legalidade e a coerência lógica dos pressupostos da indenização no âmbito da responsabilidade civil, para que a proteção essencial aos interesses coletivos seja efetivada no plano concreto, assim como também no plano lógico-argumentativo dos danos na responsabilidade civil.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os apontamentos realizados através da pesquisa buscaram demonstrar como a indenização civil se comporta no chamado dano moral coletivo. O ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu a proteção aos direitos coletivos e instituiu instrumentos normativos aptos a sua proteção, como a ação civil pública, que garante o direito a indenização em razão dos danos morais coletivos.

Com a previsão dessa espécie de dano, coube tanto a doutrina, quanto a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aperfeiçoar o instituto. Verificou-se que a própria análise dos danos morais coletivos está desarraigada do sentido subjetivo e/ou individual atrelado aos danos morais propriamente ditos, se estabelecendo como o instituto coletivo com o fim de resguardar princípios, direitos e interesses transindividuais que ultrapassam a pessoa do indivíduo.

Assim também, compreendeu-se que seria necessária uma verificação diferenciada quanto a indenização neste instituto de proteção coletiva, na medida em que ainda atrai para si algumas interpretações vinculadas aos danos morais propriamente ditos quando verificados frente no caso concreto, todavia não se confundindo os institutos.

Nessa linha, com a compreensão respeito da evolução da respeitabilidade civil e dos danos morais coletivos, tornou-se possível visualizar que a indenização exerce funções diferentes quando posta a frente dos danos materiais, morais e do próprio dano moral coletivo. Nos danos materiais, exerce umas das principais funções estudadas pela responsabilidade civil, qual seja a restitutória, onde no momento em que é constatado os elementos da responsabilidade (nexo de causalidade, conduta, dano), passa-se a quantificação apta e destinada à restauração o bem material violado.

Nos danos morais, conforme demonstrado, a doutrina e a jurisprudência do STJ constataram pela impossibilidade da função restauradora, pois impossível a quantificação ou tarifação de um sentimento. Subsiste, pois, a busca pela compensação a dor “psíquica” através da indenização, expressa pela doutrina de maneira extremamente arraigada ao subjetivismo, já dando atenção a uma possível função punitiva.

Surge, então, os danos morais coletivos com sua natureza coletiva peculiar. Aqui também se considera que a indenização não se presta a simples restauração ao *status quo ante*. Verificou-se então a finalidade compensatória ainda serve de fundamento para a quantificação indenizatória a arbítrio do Juiz, pois também o instituto carrega consigo impossibilidade de tarifação.

Mas compreendeu-se que a própria compensação, que antes se destinava ao sujeito, agora tem como fim o âmbito social. Aspecto argumentativo que se agarra ao nada, a um elemento extremamente abstrato. Uma resposta para essa questão seria que os mais de 1 (um) milhão de reais a serem pagos pelo Laboratório Schering do Brasil, fixados a título de danos morais coletivos, deveriam ser revestidos a fundos sociais de proteção a direitos difusos e coletivos, algo que não me parece demonstrar e justificar efetivamente a função compensatória.

Ainda, diz a lei que somente a lei cria crime e institui pena. Dito isto, demonstrou-se que até mesmo em respeito aos direitos humanos, a responsabilidade civil atual não cuida precipuamente de punir os ofensores, mas reparar ou compensar a vítima dos danos. Na história, a própria responsabilidade se misturava com o direito penal, demonstrado pelo “olho por olho e dente por dente”, com a repressão direcionamento especialmente ao autor dos danos, algo que não se verifica atualmente.

Todavia, concluiu-se pela função punitiva no dano moral coletivo. Com a estipulação do quantum indenizatório, ocorre uma diminuição patrimonial significativa do autor dos danos, se direcionando, nos danos morais coletivos, a efetivação da função compensatória, algo que conseqüentemente serviria também e de maneira subsidiária e assessoria como desestímulo punitivo. Mas, não se concretizando logicamente a compensação, a diminuição patrimonial funcionará somente como punição ao ofensor, que pode possuir um caráter pedagógico ou preventivo, mas que não se coaduna com as finalidades da Constituição Federal de 1988. Assim, cumprindo-se tanto a hipótese, quanto o objetivo da pesquisa.

Como sugestão de pesquisa, se indica o estudo mais aprofundados das funções da indenização civil de modo adaptá-la aos novos danos. Também a busca por uma efetiva proteção aos direitos coletivos, sem o desencadear de um possível enriquecimento sem causa do Estado e também de modo garantir a segurança jurídica e englobar os pressupostos constitucionais que iluminam todo o ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Regula a Ação Civil Pública. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1985.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1990.

BRASIL. **Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009**. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2009.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3º Turma). **Recurso Especial Nº 866.636 – SP (2006/0104394-9)**. Recorrente: SCHERING DO BRASIL QUÍMICA E FARMACÊUTICA LTDA. Relator(a): Min. Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 29 de novembro de 2006. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=3575153&tipo=0&nreg=&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 144.0721/GO (2014/0050110-0)**. Recursos especiais. Relator(a): Min. Maria Isabel Gallotti. Quarta Turma. Data do julgamento: 11 de outubro de 2016. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/404619754>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Interno em Recurso Extraordinário 455.846/RJ**. Relator(a): Min. Celso de Mello, Data do Julgamento: 11 de outubro de 2004. Disponível: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo364.htm>>. Acesso em: 20 de nov. 2022.

BRASIL. Superior tribunal de justiça (1º turma). **Resp: 598.281 MG 2003/0178629-9**. Recurso especial improvido. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Luiz Fux. 02 de maio de 2006. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/7158334/inteiro-teor-12878879>>. Acesso em: 27 nov. 2022.

BESSA, Leonardo Roscoe. DANO MORAL COLETIVO. **Instituto o Direito Por um Planeta Verde**. São Paulo, v. 3, n. 1, p. 200-240, maio/jun. 2007. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20140212143226_5200.pdf#page=200. Acesso em: 30 out. 2022.

BASSAN, Marcela Alcazas. **As funções da indenização por danos morais e a prevenção de danos futuros**. Dissertação (mestrado). Orientador: Rui Geraldo Camargo Viana Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-24112009-133257/en.php>>. Acesso em: 20 de nov. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro**. São Paulo: Conjur, 2005. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30881-33349-1-PB.pdf>. Acesso em: 30 out. 2022.

BONNA, Alexandre Pereira. **Dano moral**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

CAVALLIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019a.

CAVALLIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019b.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva. 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, v. III: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2020.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2010

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação civil pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual: legislação do Ministério Público**. São Paulo: LTr, 2001.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: volume II: obrigações**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MADRUGA, Bruno Camargo; JUNIOR, Gilberto Sousa da Costa; BRAVO, Nathália; MAIER, Andrei; ALVES, Luciano Silva. Aplicação dos princípios constitucionais civis sobre a responsabilidade civil. **Revista JusNavigandi**. Teresina, n. 5102, Jun. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58449/aplicacao-dos-principios-constitucionais-civis-sobre-a-responsabilidade-civil>>. Acesso em: 20 out. 2022.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 9, jul/dez de 2014. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/295>. Acesso em: 30 out 2022.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

NETO, Alexandre Penzo Betti. As Inovações Jurisprudenciais Advindas do Dano Moral Coletivo: uma análise sobre sua aplicação no direito brasileiro. **Revista Atuação**. Santa Catarina, v. 15 n. 33, p. 101-126, Jul/Dez. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PINTO JÚNIOR, Amaury Rodrigues. **A função social dissuasória da indenização por dano moral coletivo e sua incompatibilidade com a responsabilidade civil objetiva**. 2014. Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/27250>. Acesso em: 17 mar 2022.

SILVA, Carina Grossi da. **Aspectos Gerais Sobre a Reparação do Dano Moral Coletivo no Brasil**. 2014. n. 2, p. 1453-1469. Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2014. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/02/2014_02_01453_01469.pdf . Acesso em: 30 out. 2022.

SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. **A perspectiva histórica da responsabilidade civil**. São Paulo, Editora Atlas, 2010. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/rc1>. Acesso em: 08 out. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TARTUCE, Flávio. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual, volume único**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

TEPEDINO, Gustavo. TERRA, Aline de Miranda Valverde. GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

VENTURI, Elton; VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. O dano moral em suas dimensões coletiva e acidentalmente coletiva. **Revista RJLB**. v. 1, n. 6, p. 433-472. 2020. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/6/2020_06_0433_0472.pdf. Acesso em: 30 out. 2022.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2019.