UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

LADY ANE DE PAULA SANTOS DELLA ROCCA

# Dano social: estudo da viabilidade de construção de um conceito do instituto a partir das decisões judiciais

Ribeirão Preto

2017

LADY ANE DE PAULA SANTOS DELLA ROCCA

# Dano social: estudo da viabilidade de construção de um conceito do instituto a partir das decisões judiciais

Versão Original

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências.

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

Orientador: Prof. Dr. Camilo Zufelato

Ribeirão Preto

2017

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

DD357dd

DELLA ROCCA, Lady Ane de Paula Santos
Dano social: estudo da viabilidade de construção de um conceito do instituto a partir das decisões judiciais / Lady Ane de Paula Santos DELLA ROCCA; orientador Prof. Dr. Camilo Zufelato. -- Ribeirão Preto, 2017.
204 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2017.

1. DANO SOCIAL. 2. RESPONSABILIDADE CIVIL. 3. DEVER DE MOTIVAÇÃO. 4. AÇÕES COLETIVAS. 5. DANO MORAL COLETIVO. I. Zufelato, Prof. Dr. Camilo , orient. II. Título

**FOLHA DE APROVAÇÃO**

Nome: DELLA ROCCA, Lady Ane de Paula Santos
Título: Dano social: estudo da viabilidade de construção de um conceito do instituto a partir das decisões judiciais

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências - Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao meu amado, dedicado e paciente marido Carlos Roberto Santos Della Rocca, pelo incentivo e apoio incondicional em todos os momentos da minha vida, e por acreditar em mim, muitas vezes mais do que eu mesma.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar e acima de tudo, a Deus, inteligência suprema e causa primeira de todas as coisas, que, em sua infinita bondade, me concedeu a oportunidade e os recursos necessários para me dedicar ao projeto do mestrado.

Ao meu estimado orientador, Professor Dr. Camilo Zufelato, pela confiança, disponibilidade, generosidade, bem como por fomentar constantemente em mim a inquietude imprescindível para o êxito desta pesquisa, levando a me envolver cada dia mais com uma temática tão instigante. O seu direcionamento teórico e a orientação precisa em todos os passos da elaboração deste trabalho contribuíram, sobremaneira, não somente para a conclusão dele, mas também para o meu crescimento pessoal e intelectual.

Aos demais professores e funcionários do programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, especialmente ao querido Professor. Dr. Jair Aparecido Cardoso, com quem compartilho o entusiasmo pelas problemáticas do Direito do Trabalho, por toda confiança em mim depositada desde o princípio, pelo incentivo constante e pelas conversas que somente contribuíram para o meu aprendizado e aguçaram o meu interesse pelo tema objeto da pesquisa.

Aos meus amados pais Aparecido e Marilsa, por todo amor, dedicação e esforço em me propiciar, desde os meus primeiros dias de vida, as condições necessárias para que eu pudesse alçar voo e alcançar os meus sonhos, tornando-me a pessoa que sou hoje.

Ao meu amado marido Carlos, parceiro de todos os momentos desta e, quiçá, de outras vidas, por todo o amor, paciência e incentivo diários, sem os quais eu não teria passado das primeiras linhas deste trabalho. Compartilho com você mais essa vitória, que é nossa. Amor e gratidão eternos.

Aos amigos e familiares que compreenderam a minha ausência e torceram pelo êxito deste projeto, emanando boas vibrações que certamente foram salutares para mim.

Finalmente, aos queridos amigos da Vara do Trabalho de Pirassununga, cujo companheirismo profissional transmutou-se em lealdade fraterna e estimado apoio à elaboração deste trabalho.

“A esperança tem duas filhas lindas, a indignação e a coragem; a indignação nos ensina a não aceitar as coisas como estão; a coragem, a mudá-las”.

(Santo Agostinho)

## RESUMO

DELLA ROCCA, Lady Ane de Paula Santos. **Dano social**: estudo da viabilidade de construção de um conceito do instituto a partir das decisões judiciais. 2017. 204 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017.

O presente estudo, a partir da constatação de que ainda existe grande indefinição acerca do que consiste a figura do dano social, tem como objetivo investigar a possibilidade de se extrair critérios da jurisprudência que permitam a construção de um conceito uniforme que possa ser indistintamente aplicado a todas as situações fáticas, e que seja capaz de assegurar, no plano prático, maior previsibilidade e uniformidade das decisões judiciais. Para tanto, faz-se uma breve análise das modernas tendências da responsabilidade civil, especialmente da expansão dos danos indenizáveis, com o intuito de demonstrar que o reconhecimento do dano social (ou qualquer outra denominação que se atribua ao mesmo fenômeno) é decorrência do atual estágio evolutivo de uma sociedade em que o aumento do potencial lesivo e o abandono do paradigma liberal individual-patrimonialista conduziu à coletivização dos direitos, cuja violação passou a ser objeto de reparação. Além disso, busca-se compreender como os temas do dano social e do dano moral coletivo, que muitas vezes são tratados como sinônimos pela jurisprudência, têm sido tratados pela doutrina, sem deixar de analisar, ainda, os principais aspectos dos instrumentos coletivos de reparação civil, com destaque para os princípios e para as modernas tendências apontadas no âmbito das ações coletivas. Sob o ponto de vista processual, parte-se da premissa de que a motivação se constitui instrumento para a efetividade de direito, pois assegura o controle da racionalidade e da legitimação das decisões judiciais. Desse modo, considerando que é na fundamentação que o julgador, a partir do substrato fático, realizará o enquadramento jurídico da questão, passa-se à análise da motivação das decisões judiciais dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais do Trabalho selecionados, chegando-se à conclusão de que, não obstante, ontologicamente, o dano social e o dano moral coletivo perante a jurisprudência possuam os mesmos elementos caracterizadores, a fragilidade dos argumentos, aliada à ausência de aprofundamento teórico nas decisões judiciais, que se utilizam, na maior parte das vezes, dos mesmos referenciais teóricos e de termos abertos e indeterminados para designar o instituto, ao qual se sugere a denominação de "dano extrapatrimonial coletivo", inviabilizam a extração de critérios objetivos para a seleção dos danos merecedores de tutela, exigindo um aprimoramento teórico das fundamentações neste particular.



**Palavras-chave**: Responsabilidade civil. Motivação. Ações Coletivas. Dano Social.

## ABSTRACT

DELLA ROCCA, Lady Ane de Paula Santos. **Social damages:** study of the feasibility of building a concept of the institute based on judicial decisions. 2017. 204 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017.

The present study, based on the observation that there is still a great amount of uncertainty of what constitutes the social damage, aims to investigate the possibility of extracting criteria from jurisprudence that allow the construction of a uniform concept that can be applied indistinctly to all factual situations, and to ensure, on a practical level, greater predictability and uniformity of judicial decisions. In order to do so, a brief analysis of the modern tendencies of civil liability, especially of the expansion of the indemnifiable damages, with the intention of demonstrating that the recognition of the social damage (or any denomination that is attributed to the same phenomenon) is due to the stage evolution of a society in which the increase of the harmful potential and the abandonment of the liberal individual-patrimonialist paradigm led to the collectivization of rights, whose violation became subject to redress. In addition, it seeks to understand how the themes of social damage and collective moral damage, which are often treated as synonyms by jurisprudence, have been treated by the doctrine, while still analyzing the main aspects of collective reparation instruments, highlighting the principles and the modern trends pointed out in the scope of collective actions. From the procedural point of view, it is based on the premise that motivation constitutes an instrument for the effectiveness of law, since it ensures the control of the rationality and legitimacy of judicial decisions. Thus, considering that it is in the grounds that the judge, based on the factual substrate, will carry out the legal framework of the issue, we proceed to analyze the motivation of the judicial decisions of the Courts of Justice and Selected Regional Labor Courts, coming to however, ontologically the social damage and collective moral damage to the jurisprudence have the same characterizing elements, the fragility of the arguments, allied to the lack of theoretical deepening in the judicial decisions, that are used, in most cases, the same theoretical references and open and indeterminate terms to designate the institute, for which is suggested the denomination of "collective off-balance damage", make it impossible to extract objective criteria for the selection of damages worthy of guardianship, requiring a theoretical improvement of the grounds in this particular.



**Keywords**: Civil liability. Motivation. Class actions. Social damages.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|---|---|
| **ABNT** | Associação Brasileira de Normas Técnicas |
| **CC** | Código Civil |
| **CDC** | Código de Defesa do Consumidor |
| **CF** | Constituição Federal |
| **CPC** | Código de Processo Civil |
| **LACP** | Lei de Ação Civil Pública |

**SUMÁRIO**

**INTRODUÇÃO** ..... 11
**METODOLOGIA** ..... 15
**1. CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL E A EXPANSÃO DOS DANOS INDENIZÁVEIS** ..... 20
**1.1 Responsabilidade jurídica e responsabilidade moral** ..... 20
**1.2 Breve histórico evolutivo da responsabilidade civil** ..... 23
**1.3 Natureza e funções da responsabilidade civil** ..... 26
**1.4 Pressupostos ou filtros tradicionais da responsabilidade civil** ..... 27
**1.5 Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva** ..... 38
**1.6 As novas tendências da responsabilidade civil** ..... 40
*1.6.1 Erosão dos filtros tradicionais de reparação (culpa e nexo de causalidade)* ..... 43
*1.6.2 Expansão dos danos indenizáveis* ..... 55
*1.6.3 Maximização ou alargamento das funções da responsabilidade civil* ..... 68
**1.7 Critérios para seleção dos interesses merecedores de tutela** ..... 81
**1.8 Dano social e dano moral coletivo** ..... 88
1.8.1 Dano moral coletivo ..... 89
1.8.2 Dano Social ..... 94
**2. REPARAÇÃO CIVIL DOS DANOS DIFUSOS E COLETIVOS** ..... 98
**2.1 O abandono do paradigma individualista e seus reflexos no processo civil** ..... 98
**2.3 Princípios da tutela jurisdicional coletiva** ..... 104
*2.3.1 Princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional coletiva* ..... 105
*2.3.3 Princípio do devido processo social* ..... 107
*2.3.4 Princípio da absoluta instrumentalidade da tutela coletiva* ..... 108
*2.3.5 Princípio da interpretação pragmática* ..... 109
*2.3.6 Princípio da não-taxatividade da ação coletiva* ..... 111
**2.4 Meio adequado para tutela do dano social: ação individual x ação coletiva** ..... 111
**2.5 Poderes do juiz na ação coletiva. Tendências atuais** ..... 113
**3. A IMPORTÂNCIA DA MOTIVAÇÃO ADEQUADA PARA A EFETIVIDADE DO DIREITO** ..... 122
**3.1 Jurisdição e função criativa do Juiz** ..... 122
**3.2 O dever de motivar as decisões judiciais** ..... 127

**3.3 Motivação e segurança jurídica** ..... 134
**3.4 Motivação como instrumento de controle da racionalidade e legitimação das decisões judiciais** ..... 141
**3.5 Conceitos indeterminados e cláusulas gerais** ..... 151
**3.6 Requisitos mínimos da motivação** ..... 155
**3.7 A importância da motivação para a formulação de um conceito de dano social** ..... 161
**4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL** ..... 163
**4.1 Considerações iniciais** ..... 163
**4.2 Mineração dos textos** ..... 164
4.2.1 Análise descritiva ..... 164
4.2.2 Análise da rede de expressões ..... 165
4.2.3 Modelagem tópica ..... 169
**4.3 O conceito de dano social na jurisprudência. Análise textual** ..... 169
4.3.1 Tribunais de Justiça (TJ-SP, TJ-RJ, TJ-RS e TJ-SC) ..... 169
4.3.2 Tribunais Regionais do Trabalho (TRT-4 e TRT-15) ..... 171
4.3.3 Considerações preliminares ..... 173
**4.4 Conceito de dano moral coletivo na jurisprudência** ..... 174
4.4.1 Tribunais de Justiça (TJ-SP, TJ-RJ, TJ-RS e TJ-SC) ..... 174
4.4.2 Tribunais Regionais do Trabalho (TRT 4 e TRT 15) ..... 176
4.4.3 Considerações preliminares ..... 177
**4.5 Quadro comparativo (dano social)** ..... 178
**4.6 Quadro comparativo (dano moral coletivo)** ..... 179
**4.7 Considerações sobre a análise textual** ..... 179
**BIBLIOGRAFIA** ..... 187
**ANEXOS** ..... 204

## INTRODUÇÃO

A massificação das relações sociais e a evolução científica e tecnológica contribuíram para a progressão continuada do potencial lesivo da sociedade contemporânea, o que culminou na expansão dos danos indenizáveis, com a extensão da obrigação de indenizar aos danos extrapatrimoniais e de natureza coletiva e difusa, bem como na ampliação do rol dos sujeitos lesantes e lesados.

Tais consequências, por sua vez, são apontadas como algumas das modernas tendências da responsabilidade civil, instituto historicamente concebido à luz do ideário liberal individualista e de cunho eminentemente patrimonial e que, sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, voltou-se também à proteção dos direitos de natureza extrapatrimonial e atinentes a toda a coletividade, sendo-lhe, pois, atribuída uma função social.

Na esteira da expansão qualitativa e quantitativa dos danos indenizáveis, exsurge a figura do "dano social", cuja existência como uma categoria autônoma de dano indenizável, na atualidade, tem sido defendida com fundamento na interpretação sistemática do ordenamento jurídico, especialmente dos textos normativos que compõem o microssistema de tutela coletiva, não obstante os seus contornos, materiais e processuais, ainda não se encontrem suficientemente delimitados pela doutrina e pela jurisprudência.

À míngua de uma lei que defina o instituto e diante da indefinição jurisprudencial em torno do tema, o presente trabalho propõe-se a analisar a possibilidade de se extrair da fundamentação das decisões judiciais critérios que, além de considerarem o dano social (ou qualquer outra expressão equivalente usada pela jurisprudência) como uma nova modalidade de dano indenizável, permitam a formulação de um conceito do instituto e, por consequência, assegurem maior uniformidade na apreciação da questão.

Para tanto, parte-se do pressuposto de que a motivação constitui instrumento de controle da racionalidade e legitimação das decisões judiciais, de modo que a exposição adequada dos seus fundamentos, especialmente quanto à seleção dos interesses que devem ser objeto de tutela pelo ordenamento jurídico, é condição indispensável à efetividade do direito.

O interesse pelo objeto desta pesquisa surgiu da constatação de que a doutrina e a jurisprudência ainda são vacilantes quanto à caracterização do dano social como uma categoria autônoma de dano reparável, sendo que, não raras vezes, as expressões "dano social" e "dano moral coletivo" são utilizadas indistintamente para designar o mesmo fenômeno.

Observa-se, contudo, que, a despeito da inexistência de consenso quanto ao enquadramento de certas situações à categoria de dano social, a análise dos julgados sobre o assunto indica a existência de certa uniformidade quanto a alguns elementos inerentes a essência do instituto, de modo que, frequentemente, as mesmas decisões paradigmas são utilizadas ora para fundamentar as condenações, ora para afastá-las, sem, contudo, uma prévia análise da respectiva *ratio decidendi.*

No âmbito doutrinário, as primeiras reflexões sobre o dano social foram introduzidas no Brasil pelo professor Antonio Junqueira de Azevedo, titular do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito de São Paulo da USP, que, através do trabalho intitulado "*Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social"*, caracterizou o instituto como sendo aquele que *"não é lesivo somente ao patrimônio material ou moral da vítima, mas sim, atinge a toda a sociedade, num rebaixamento imediato do nível de vida da população"*[1].

Nessa mesma obra, Azevedo também sustenta o reconhecimento das funções punitiva e dissuasória da indenização por danos sociais, que deve, além de punir o ofensor que agiu com dolo ou culpa grave, ser capaz de desestimulá-lo de cometer novamente o ato lesivo.

A tese em epígrafe, ao propor uma nova espécie de dano indenizável, cujo lesado é toda a sociedade, representa uma evolução da visão clássica bipartida de dano, a qual admitia a existência de somente dois tipos de danos reparáveis, isto é, os danos materiais (patrimoniais) e os danos morais (extrapatrimoniais).

Nesse particular, aliás, cabe destacar o entendimento consubstanciado na Súmula n. 387 do Superior Tribunal de Justiça, que, ao admitir a cumulação das indenizações por danos morais e estéticos advindos do mesmo fato, já reconhecia a possibilidade de condenação por três espécies distintas de danos (materiais, morais e estéticos).

Ademais, vale ressaltar que, na V Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CJF), em novembro de 2011, foi aprovado o Enunciado n. 456, o qual foi claro ao reconhecer a possibilidade de reparação autônoma do dano social ao dispor que "a expressão 'dano' no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas".

[1] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). *O Código Civil e sua interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 380.

No âmbito legislativo, destaca-se o Projeto de Lei nº 3.880/2012, ainda em trâmite perante a Câmara dos Deputados, que visa alterar a redação dos artigos 186 e 944 do Código Civil de 2002 para reconhecer, expressamente, a existência do dano social como uma categoria autônoma de dano indenizável, bem como a função punitiva e pedagógica da respectiva indenização.[2]

Registre-se, por fim, que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao julgar recurso repetitivo, reforçou a possibilidade de condenação por danos sociais, restringindo-a, todavia, às demandas coletivas, conforme ementa de acordão publicada no Informativo de Jurisprudência nº 552, referente ao período de 04/02/2014 a 17/12/2014.[3]

Os estudos do professor Antonio Junqueira de Azevedo, apesar de terem contribuído para o desenvolvimento do tema em nosso país, trazem um conceito ainda bastante incipiente de dano social, deixando de especificar quais seriam os elementos indispensáveis para a sua caracterização, o que, aliado à ausência de previsão legal específica, contribui para a falta de consenso nos tribunais.

A relevância desta pesquisa reside, portanto, na necessidade de conceder-se um tratamento mais uniforme ao dano social, que permita o correto enquadramento das situações fáticas submetidas ao Poder Judiciário e assegure, consequentemente, a razoável previsibilidade das decisões, requisito indispensável à garantia da segurança jurídica e à efetividade processual.

O presente trabalho encontra-se estruturado em quatro capítulos.

No primeiro, cujo objeto é a responsabilidade civil, após distinguir-se esta última da responsabilidade moral, é traçado um breve histórico evolutivo do instituto, a fim de se verificarem as modernas tendências apontadas pela doutrina. Nesse ponto, após a abordagem de alguns aspectos basilares da responsabilidade civil, tais como as funções e pressupostos clássicos, são analisadas as principais tendências do instituto relacionadas ao objeto da presente pesquisa, com ênfase da expansão dos danos indenizáveis. Finalmente, analisa-se alguns critérios sugeridos pela doutrinada para seleção dos danos merecedores de tutela, encerrando-se com a abordagem dos institutos do dano moral coletivo e do dano social.

---

[2] Segue o texto do Projeto apresentado pelo Deputado Domingos Neto:
Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente material, moral ou social, comete ato ilícito.
Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano em todos os seus aspectos, seja ele moral, material, estético ou social. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização ou aumentá-la com o intuito de atingir a **função punitiva** e pedagógica da indenização. [grifo nosso]

[3] STJ. 2ª Seção. Rcl 12.062-GO, Rel. Ministro Raul Araújo, julgado em 12/11/2014.

O segundo capítulo versa sobre o aspecto processual da reparação civil dos danos difusos e coletivos. Nele, após a conceituação das espécies das categorias de direitos metaindividuais, são abordados alguns princípios que regem o processo coletivo, bem como algumas tendências atuais que se relacionam ao objeto de estudo, com enfoque especial na ampliação dos poderes do juiz. Além disso, são abordados alguns aspectos conceituais acerca do dano social e dano moral coletivo já apontados pela doutrina e pela jurisprudência.

No terceiro capítulo, tendo em vista as premissas já fixadas acima, busca-se demonstrar a importância de uma motivação adequada para a efetividade do direito, bem como o seu papel de instrumento de controle da racionalidade e legitimação das decisões. Nesse contexto, é analisada a relação entre motivação e segurança jurídica, bem como o papel criativo do juiz, especialmente diante dos conceitos indeterminados e cláusulas gerais, bastante comuns na seara da responsabilidade civil. Além disso, são abordados alguns aspectos da teoria da argumentação, a fim de indicar-se alguns requisitos mínimos indispensáveis à motivação adequada. Por fim, procura-se salientar que é na fundamentação que o julgador, ao fixar os aspectos fáticos da controvérsia, exporá os elementos ou critérios que possibilitarão, a descrição e caracterização do dano social (ou qualquer outra expressão equivalente utilizada na jurisprudência), e que permitirão a racionalização do instituto pretendida neste trabalho.

Por derradeiro, o quarto capítulo é destinado à análise jurisprudencial propriamente dita, na tentativa de identificação de elementos comuns que permitam a extração de critérios para identificação do objeto de estudo, a partir da metodologia indicada no capítulo que segue.

## METODOLOGIA

A presente pesquisa se pauta numa perspectiva principiológica e de hermenêutica constitucional, decorrente do neoconstitucionalismo, a qual se caracteriza o reconhecimento da força normativa da constituição e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional[4], caracterizada pela valoração dos princípios e dos postulados de justiça como elementos normativos, bem como pela busca, no próprio ordenamento jurídico existente, de instrumentos válidos e legítimos que colaborem para efetivação dos direitos fundamentais, os quais, além de servirem para iluminar a compreensão do Juiz sobre o direito material, também lhe conferem a missão de protegê-los, outorgando-lhe o dever de extrair das regras processuais existentes a potencialidade necessária para lhes dar efetividade.

Como marco teórico indicamos a teoria formulada por Antônio Junqueira de Azevedo, que considera o dano social como sendo uma categoria autônoma de dano reparável e o define como sendo aquele que provoca negativa repercussão social, acarretando o rebaixamento moral ou a perda de qualidade de vida em razão de comportamentos socialmente reprováveis.[5]

Trata-se de uma pesquisa qualitativa uma vez que se propõe a compreender o fenômeno do dano social (ou qualquer outra expressão equivalente usada pela jurisprudência), através da obtenção de dados descritivos extraídos documentalmente e sem o emprego de medição numérica ou estatística.

O método de abordagem será o indutivo, ou seja, propõe-se a obter conclusões gerais a partir de levantamento de dados individuais, ou seja, parte-se do específico para o geral.

Trata-se de pesquisa dogmática elaborada a partir de estudos empíricos, uma vez que buscamos, através de uma revisão bibliográfica e jurisprudencial, delinear os elementos que caracterizam o instituto do dano social/dano moral coletivo dentro do contexto brasileiro.

Este trabalho foi realizado em, basicamente, três etapas, quais sejam: pesquisa exploratória, recorte objetivo e recorte institucional.

Na primeira etapa, realizamos uma pesquisa exploratória com objetivo familiarização com o campo de discussões no qual se insere o problema a ser tratado. Nesta fase, foi realizada

---

[4] Cf. BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./maio de 2007. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2016.

[5] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). *O Código Civil e sua interdisciplinaridade.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 380.

a revisão bibliográfica e uma leitura exploratória de alguns julgados selecionados aleatoriamente visando identificar os elementos narrativos textuais em torno do tema, os dissensos argumentativos mais importantes no campo teórico e os conceitos, princípios ou institutos jurídicos sobre ele.

Superada a pesquisa exploratória, passou-se para o recorte objetivo, oportunidade em que foi identificado o problema relevante a ser investigado, qual seja, a indefinição jurisprudencial acerca da caracterização do dano social e a necessidade de se formular um conceito ou de se extraírem critérios que, delimitando os contornos do instituto, assegurem maior uniformidade e previsibilidade às decisões judiciais.

Por fim, na etapa do recorte institucional, a partir de critérios de pertinência temática e relevância decisória, foi feita a escolha dos órgãos jurisdicionais objeto de pesquisa. Neste momento, tendo em vista o tempo destinado à pesquisa e a vastidão de material a ser pesquisado, optamos por limitar à investigação aos acórdãos de quatro tribunais estaduais, a saber, Tribunal de Justiça de São Paulo, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e Tribunal de Justiça de Santa Catarina, sendo os três primeiros de grande porte, bem como, de dois Tribunais Regionais do Trabalho, a saber, TRT da 4ª Região (Rio Grande do Sul) e TRT da 15ª Região (São Paulo-interior).

Tratando-se de tema relativamente recente e considerando que o objetivo principal do presente trabalho é sistematiza-lo, optamos por, num primeiro momento, não fixar um marco temporal.

Como filtros de pesquisa, utilizou-se como palavras-chave as expressões “dano social” e “dano moral coletivo”. O objetivo foi identificar quais foram os principais argumentos utilizados pelos tribunais nas decisões em que foram abordados os dois temas mencionados. Além disso, objetivou-se verificar quais foram os conceitos articulados em torno dessas expressões.

Em razão do elevado número de resultados obtidos através dos filtros acima mencionados e do tempo destinado à conclusão da pesquisa, optou-se pela contratação de serviço especializado para extração do inteiro teor das decisões judiciais e mineração dos respectivos dados[6], o que se deu por meio informatizado, conforme procedimento a seguir descrito.

Exceto com relação ao TRT da 15ª Região, cujas decisões, restritas aos processos eletrônicos, foram fornecidas pelo serviço de processamento de dados daquele tribunal, nos

[6] Foram contratados os serviços do profissional José de Jesus Filho, Analista de dados Jurídicos.

demais tribunais, utilizou-se a técnica de *web-scraping*, ou raspagem de dados, para extrair tanto os metadados, quanto o inteiro teor dos acórdãos. Para tanto, foram criados *netbots*, ou seja, rotinas de programação que simulam a ação humana na busca e tabulação dos dados dos tribunais. Isso permitiu a extração de um número elevado de decisões. As informações obtidas foram organizadas em tabelas para posterior análise.

No caso as decisões dos Tribunais Estaduais, optou-se por manter apenas os recursos cíveis, especialmente apelações. No caso dos Tribunais Regionais do Trabalho, foram mantidos somente os recursos ordinários.

Como resultado, obteve-se a seguinte amostra de pesquisa:

Tabela 1 – Amostra de pesquisa – Filtro: Dano Moral Coletivo

| **TRIBUNAIS DE JUSTIÇA** | **AMOSTRA (nº de acórdãos)** |
|---|---|
| TJ do Rio Grande do Sul | 672 |
| TJ de São Paulo | 611 |
| TJ do Rio de Janeiro | 666 |
| TJ de Santa Catarina | 259 |
| **TOTAL TJs** | **2.208** |

| **TRIBUNAIS REGIONAIS DO TRABALHO** | **AMOSTRA (nº de acórdãos)** |
|---|---|
| TRT 4ª Região (Rio Grande do Sul) | 192 |
| TRT 15º Região (São Paulo-interior) | 374 |
| **TOTAL TRTs** | **566** |
| | |
| **TOTAL GERAL** | **2.774** |

Tabela 2 – Amostra de pesquisa – Filtro: Dano Social

| TRIBUNAIS DE JUSTIÇA | AMOSTRA (nº de acórdãos) |
|---|---|
| TJ do Rio Grande do Sul | 609 |
| TJ de São Paulo | 317 |
| TJ do Rio de Janeiro | 143 |
| TJ de Santa Catarina | 63 |
| **TOTAL TJs** | **1.132** |

| TRIBUNAIS REGIONAIS DO TRABALHO | AMOSTRA (nº de acórdãos) |
|---|---|
| TRT 4ª Região (Rio Grande do Sul) | 285 |
| TRT 15º Região (São Paulo-interior) | 206 |
| **TOTAL TRTs** | **491** |
| **TOTAL GERAL** | **1.623** |

Tabela - amostra total (Amostra 1 + Amostra 2).

| TRIBUNAIS DE JUSTIÇA | AMOSTRA (nº de acórdãos) |
|---|---|
| TJ do Rio Grande do Sul | 1.281 |
| TJ de São Paulo | 928 |
| TJ do Rio de Janeiro | 809 |
| TJ de Santa Catarina | 322 |
| **TOTAL TJs** | **3.340** |

| TRIBUNAIS REGIONAIS DO TRABALHO | AMOSTRA (nº de acórdãos) |
|---|---|
| TRT 4ª Região (Rio Grande do Sul) | 477 |
| TRT 15º Região (São Paulo-interior) | 580 |
| **TOTAL TRTs** | **1.057** |
| **TOTAL GERAL** | **4.397** |

Os metadados, ou seja, número do processo, classe processual, matéria, órgão julgador, relator, ementa, e comarca de origem aparecem nas páginas dos tribunais em formato html. Para extraí-los são utilizados protocolos de requisição http. Os inteiros teores aparecem em html,

*Word* ou pdf. Eles são baixados da mesma forma e em seguida convertidos em formato txt para então serem incluídos em tabelas.

A partir do procedimento acima, foram geradas, para cada tribunal, duas tabelas, utilizando-se em ambas o sistema de filtragem pré e pós-texto.

Na primeira tabela, gerada para verificação da frequência de repetição de expressões, conceitos e argumentos em torno do tema objeto deste trabalho, utilizou-se como parâmetro as expressões "dano social" e "dano moral coletivo", a fim de que fossem filtradas as 50 (cinquenta) palavras que, na íntegra dos acórdãos, apareciam antes (pré-texto) e após (pós-texto) a expressão mencionada.

Na segunda tabela, gerada para verificação da frequência em que era utilizado o conceito trazido por Antonio Junqueira de Azevedo, utilizou-se como parâmetro a expressão "Junqueira de Azevedo", também filtrando as 50 (cinquenta) palavras que, da mesma forma da tabela anterior, apareciam antes (pré-texto) e após (pós-texto) a expressão mencionada.

Finalmente, após a geração das tabelas acima descritas, passou-se à análise qualitativa individualizada de cada uma delas, alcançando-se os resultados indicados no capítulo 4.

# 1. CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL E A EXPANSÃO DOS DANOS INDENIZÁVEIS

## 1.1 Responsabilidade jurídica e responsabilidade moral

Etimologicamente, o vocábulo "responsabilidade" encontra-se associado à obrigação de responder por seus atos ou de outros, uma vez que tem sua origem no verbo *respondere*, cuja raiz latina (*spondeo*), no direito romano, indicava a vinculação solene do devedor nos contratos verbais.[7]

Trata-se, pois, de instituto indispensável à convivência humana em sociedade, haja vista que, ao apregoar a ideia de contraprestação, expondo o responsável pela violação de determinada norma às consequências não desejadas decorrentes de sua conduta lesiva, promove a restauração do equilíbrio e harmonia por ele violados, assegurando, por consequência, a paz social.[8]

Sob esse aspecto, a depender da natureza da norma violada, é possível distinguir a responsabilidade jurídica da responsabilidade moral, não obstante, sob o ponto de vista ontológico, muitas vezes ambas se confundam, uma vez que, não raras vezes, o reconhecimento da primeira é decorrência da existência da segunda, haja vista a inegável influência dos preceitos morais no âmbito legislativo.[9]

Partindo-se de uma concepção mais elementar, costuma-se dizer que o campo da moral é mais amplo do que o do direito, uma vez que enquanto se cogita de responsabilidade jurídica somente em caso de prejuízo, a responsabilidade moral independe de exteriorização, pois repousa na consciência individual.[10]

Contudo, ao traçar um paralelo entre direito e moral, sobretudo quando se analisa a questão da responsabilidade, é imprescindível distinguir-se dois aspectos da moral, quais sejam: a "moral natural" e a "moral positiva".

Concebe-se como "moral natural" aquela que se refere à concepção de bem extraída diretamente da natureza e que, por não resultar de uma convenção humana, não sofre variações

---

[7] Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 7: Responsabilidade Civil. 22. ed. rev. atual e ampl. de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 33.
[8] Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Vol. 4: Responsabilidade Civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 19.
[9] Somente para exemplificar tal influência, pode-se mencionar o dever de assistência material dos filhos perante os pais necessitados, o qual, além de se constituir um dever moral, também encontra amparo no direito positivo (artigos 1694 a 1699 do Código Civil e artigos 11 e 12 da Lei n. 10.741/2003 - Estatuto do Idoso).
[10] Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 7: Responsabilidade Civil. 22. ed. rev. atual e ampl. de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 23.

no tempo e no espaço. Tal aspecto da moral, por sua vez, serve de critério para a "moral positiva", a qual possui três esferas distintas, denominadas por Heinrich Henkek como: a) Moral autônoma; b) Ética superior dos sistemas religiosos, e c) Moral social.[11]

A primeira delas diz respeito à noção de bem particular a cada consciência, que faz com que o homem atue como legislador para a sua própria conduta, elegendo, com base em sua experiência pessoal, o dever-ser a que se obriga.

Já a segunda relaciona-se às noções fundamentais sobre o bem que são transmitidas pela religião e que são acatadas, por vontade própria, pelos seguidores de determinado segmento religioso.

A terceira, por sua vez, diz respeito ao aspecto que mais interessa ao objeto do presente trabalho e se constitui no conjunto predominante de princípios e critérios que, em cada sociedade e em cada época, orienta a conduta dos indivíduos.

Tais princípios, que compõem a Moral Social, a despeito de não serem dotados de coercibilidade, o que é característico de todos os preceitos de ordem moral, quando violados, assumem um notório caráter intimidativo e desestimulante, haja vista o sentimento de reprovação e repulsa que são capazes de gerar no corpo social caso não sejam observados.

É o que ocorre, por exemplo, quando alguém causa danos a outro indivíduo ou à coletividade, perturbando a paz social. Nesse caso, independente da responsabilidade jurídica (civil ou penal) que se possa atribuir ao sujeito lesante, a ofensa ao preceito moral de que ninguém é permitido prejudicar outrem também ensejará a reação da sociedade, a qual certamente irá obrigá-lo a recompor o *status quo ante*, a pagar uma indenização ou a cumprir uma pena, com o objetivo de impedir que ele volte a praticar o ato causador de desequilíbrio social e de evitar que outras pessoas ajam como ele.

Verifica-se, portanto, que a moral direciona os atos da vida em sociedade, enquanto o direito, que se assenta nos ideais de bem e justiça, impõe a medida objetiva ao agir do indivíduo e da comunidade, constituindo-se um marco referencial do justo na sociedade, de modo que, embora responsabilidade jurídica e moral sejam distintas, não há que se olvidar da relação que ambas guardam entre si, ainda que nem todos os preceitos morais sejam objeto de positivação.[12]

---

[11] Citado no rodapé por NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 33. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Dorense, 2011, p. 36.

[12] Nader adverte que há assuntos de alçada exclusiva da moral e cita como exemplo a atitude de gratidão a um benfeitor (cf. *Introdução ao Estudo do Direito*. 33. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Dorense, 2011, p. 43).

Nesses termos, Pontes de Miranda pondera que a responsabilidade tem "fundamento moral porque supõe, para a imputação, que o homem tenha de agir como ser que tem de adaptar-se à vida social e há de concorrer para crescente adaptação".[13]

Ao que parece, a moral coletiva também se prestou como fundamento, ainda que de forma implícita, para o desenvolvimento da teoria do dano social proposta por Antonio Junqueira de Azevedo, o qual, ao sustentar a existência de uma nova categoria de dano indenizável, capaz de atingir a toda sociedade, "num rebaixamento imediato do nível de vida da população" [14], elegeu como exemplos algumas condutas que notoriamente atentam contra os princípios morais que regem a sociedade e que, dadas às graves consequências que podem trazer no plano coletivo, justificariam o dever de indenizar, tal como é o caso do pedestre que joga papel no chão, do passageiro que atende ao celular no avião, da pessoa que fuma próximo ao posto de combustíveis, do pai que solta o balão com o seu filho[15].

Tal correlação, aliás, é perfeitamente justificada, uma vez que o direito, por não exercer o monopólio do controle social, compartilhando este papel com outros instrumentos como a moral e a religião, não raras vezes absorve questões afetas ao plano da consciência, conferindo-lhe a coercibilidade necessária para o seu efetivo cumprimento.

Sob o ponto de vista jurídico, o instituto da responsabilidade jurídica pode ser comparado a um porto, no qual diversos segmentos do direito se ancoram, daí resultando diversos tipos de responsabilidade, tal como a civil, a penal, a comercial, a trabalhista, a tributária etc.[16]

A despeito disso, de um modo geral, convencionou-se classificá-lo, quanto a sua natureza, em duas espécies principais, a saber, responsabilidade penal, na qual há a infração de uma norma de direito público e o interesse lesado é da sociedade, e responsabilidade civil, na qual o interesse lesado é privado.

No que tange à responsabilidade civil, que, em apertada síntese, pode ser definida como a obrigação de reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, cumpre, ainda, distinguir responsabilidade e obrigação.

Por obrigação entende-se o vínculo jurídico que confere ao credor o direito de exigir do devedor o cumprimento de determinada prestação, o que deve ocorrer de forma livre e

---

[13] *Tratado de direito privado* – Parte especial. Tomo LIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1996, p. 211.
[14] A teoria mencionada será aprofundada oportunamente neste trabalho.
[15] Cf. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social, p. 370-374. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). *O Código Civil e sua interdisciplinaridade.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 376.
[16] Cf. GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 220.

espontânea, enquanto que a responsabilidade somente surge com o inadimplemento, constituindo-se, pois, na consequência jurídica patrimonial do descumprimento da obrigação. Dessa forma, é possível dizer que a obrigação é um dever jurídico originário, enquanto a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, que decorre da violação do primeiro. Dito de outro modo, tratam-se daquilo que a doutrina alemã discriminou como sendo os dois momentos da relação obrigacional, ou seja, o débito (*Schuld*) e a responsabilidade (*Haftung*).[17]

Por fim, é importante notar que a responsabilidade civil, como um instrumento de reação da sociedade e da vítima contra o autor da conduta danosa, além de encontrar fundamento jurídico nas normas de direito positivo, também possui fundamento filosófico nos ideais de solidariedade e cooperação.

Isso porque a sua conotação não é assistencialista, ou seja, não tem como objetivo a promoção da redistribuição de riqueza, mas sim a manutenção da paz social com vistas ao progresso humano, ensejando a harmonia perdida com a desordem provocada pelo dano injusto.[18]

Tal finalidade, aliás, deverá orientar a interpretação e aplicação do instituto, que, por ser altamente dinâmico, demanda a releitura constante de seus pressupostos, o que deve ser feito à luz da realidade social que ora se apresenta, a fim de que se possa conferir a devida proteção aos valores primordiais do ordenamento, sem, contudo, se prescindir da necessária segurança jurídica.

## 1.2 Breve histórico evolutivo da responsabilidade civil

A limitação de recursos, aliada à necessidade de convivência em sociedade de pessoas diferentes sob os aspectos físico, religioso, econômico e cultural, torna inevitável o surgimento de conflitos, os quais, muitas vezes, resultam em danos de alguma natureza, demandando algum tipo de reação por parte daquele que se sente lesado em face daquele que julga ser seu agressor.

Tal dinâmica, que é inerente ao convívio em uma sociedade organizada, existe, ainda que de forma rudimentar, desde os primórdios da humanidade, quando o ideário de conduta moral equivalia ao resguardo incondicional da intangibilidade de cada membro do grupo,

[17] Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Vol. 4: Responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.21-22.
[18] Cf. GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 223.

mesmo que, para tanto, fosse necessário conviver com o medo e a violência.[19] Nesse período, o dano provocava a reação imediata e instintiva do ofendido, autorizando a vingança coletiva ou individual, através do mecanismo da autotutela, de modo que a reparação equivalia à penalização do ofensor.[20]

Ultrapassada essa fase mais primitiva, sucede o chamado "período da composição", em que são reconhecidas as vantagens da compensação econômica e a vingança é substituída pela composição a critério da vítima, não se considerando para tanto, ainda, a culpa do agressor.

Finalmente, em um estágio mais avançado, passa-se a vedar a "justiça pelas próprias mãos" e a composição, antes voluntária, passa a ser obrigatória e tarifada. Trata-se da época do Código de UR-Nammu, do Código de Manu e da Lei das XII Tábuas.[21]

O grande marco na evolução histórica da responsabilidade civil, no entanto, se dá com a edição da *Lex Aquilia de danno* (Lei Aquília)[22], do Direito Romano, que veio a cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse os ônus da reparação, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade.[23]

Referida lei estabeleceu as bases da responsabilidade extracontratual, dando origem à denominação "responsabilidade aquiliana", e criou uma forma pecuniária de indenização do prejuízo[24], sendo expressão dos deveres éticos citados no Digesto pelo jurista romano Ulpiano, segundo o qual se constituem preceitos do direito viver honestamente (*honeste vivere*), não ofender ninguém (*neminem laedere*) e dar a cada um o que lhe pertence (*suum cuique tribuere*).[25]

Alvino Lima, ao tratar sobre o desenvolvimento das noções de responsabilidade civil na Antiguidade, sintetiza-o da seguinte forma:

---

[19] Cf. NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do direito privado. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (orgs.). *Doutrinas essenciais*: responsansabilidade civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 25.

[20] Cf. GONÇALVES, *Direito Civil Brasileiro*. Vol. 4: Responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25.

[21] Idem.

[22] Por volta de 286 a.C.

[23] Cf. DINIZ, Maria Helena. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 7: Responsabilidade Civil. 22. ed. rev. atual e ampl. de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 11.

[24] Ao tratar sobre a *Lex Aquilia*, Stolze e Pamplona Filho escrevem que "Constituída de três partes, sem haver revogado totalmente a legislação anterior, sua grande virtude é propugnar pela substituição das multas fixas por uma pena proporcional ao dano causado. Se seu primeiro capítulo regulava o caso da morte dos escravos ou dos quadrúpedes que pastam em rebanho; e o segundo, o dano causado por um credor acessório ao principal, que abate a dívida com prejuízo do primeiro; sua terceira parte se tornou a mais importante para a compreensão da evolução da responsabilidade civil". (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 2012. p.56)

[25] Cf. MOURA, Paulo Cesar Cursinho de. *Manual de Direito Romano*: instituições de direito privado. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.7.

> Partimos, como diz Ihering, do período em que o sentimento de paixão predomina no direito; a reação violenta perde de vista a culpabilidade, para alcançar tão somente a satisfação do dano e infligir um castigo ao autor do ato lesivo. Pena e reparação se confundem; responsabilidade penal e civil não se distinguem. A evolução operou-se, consequentemente, no sentido de se introduzir o elemento subjetivo da culpa e diferençar a responsabilidade civil da penal. E muito embora não tivesse conseguido o direito romano libertar-se inteiramente da ideia da pena, no fixar a responsabilidade aquiliana, a verdade é que a ideia de delito privado, engendrando uma ação penal, viu o domínio da sua aplicação diminuir, à vista da admissão, cada vez mais crescente, de obrigações delituais, criando uma ação mista ou simplesmente reipersecutória. A função da pena transformou-se, tendo por fim indenizar, como nas ações reipersecutórias, embora o modo de calcular a pena ainda fosse inspirado na função primitiva da vingança; o caráter penal da ação da lei Aquília, no direito clássico, não passa de uma sobrevivência.[26]

Analisando o percurso evolutivo brevemente delineado nas linhas acima, é possível observar que a inserção da culpa como elemento básico da responsabilidade e a substituição da concepção de pena pela ideia de reparação do dano sofrido, foram incorporadas no Código Civil de Napoleão[27], considerado o grande monumento legislativo da idade moderna, o qual, por sua vez, influenciou diversas legislações do mundo, inclusive o Código Civil brasileiro de 1916.[28]

Todavia, com o advento da era industrial, que culminou, dentre outros aspectos, na mecanização do trabalho, no incremento da circulação de bens e serviços e na concentração populacional nas cidades, houve um aumento significativo do número e da gravidade dos riscos a que as pessoas estavam submetidas, o que conduziu à percepção de que a teoria clássica da culpa já não se mostrava suficiente para satisfazer todas as necessidades, pois permitia que inúmeros situações geradoras de danos, em que não era possível ou se revelava demasiadamente difícil a comprovação do elemento subjetivo, ficassem sem reparação.

Dessa forma, verificou-se, sobretudo a partir da segunda metade do século XIX, o desenvolvimento de novas teorias que propugnavam pela reparação do dano decorrente, exclusivamente, pelo fato ou em virtude do risco criado, as quais passaram a ser amparadas nas

---

[26] *Culpa e Risco*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 21.

[27] Segundo José Jairo Gomes, o Código Napoleônico representou a via legislativa pela qual a noção de culpa se consolidou, haja vista a disposição contida no art. 1.382, segundo o qual "*Tour fait quelconque de l´homme, qui cause à autrui um dommage, oblige celui, par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*", ou seja, "toda pessoa que, por culpa sua, causar dano a outrem é obrigada a repará-lo". (GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 228.)

[28] Cf. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil.* Vol.3: Responsabilidade Civil. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 57.

legislações mais modernas, sem desprezo total a teoria tradicional da culpa, tal como pode ser observado, na história mais recente, no Código Civil Brasileiro de 2002, por exemplo.[29]

### 1.3 Natureza e funções da responsabilidade civil

Conforme já analisado, a teoria da responsabilidade civil encontra suas raízes no princípio fundamental do *neminem laedere*, o qual repousa na ideia de que a ninguém se deve lesar. Desse modo, produzindo-se injustamente um dano na esfera alheia, surge imediatamente a necessidade de reparação, uma vez que se trata de medida imprescindível à manutenção da paz e do equilíbrio social.

Isso deve-se também ao fato de que o homem, ao escolher as vias pelas quais atua na sociedade, assume os ônus correspondentes, apresentando-se a noção de responsabilidade como corolário de sua condição de ser inteligente e livre.[30]

O Direito Civil clássico, em matéria de responsabilidade civil, focava somente na conduta do agente ofensor, de modo que, se não houvesse culpa, não havia responsabilidade. Prestigiava-se, portanto, a função sancionadora da responsabilidade, em desprestígio à figura da vítima, que podia ficar sem a reparação.

Mais à frente, o Direito Civil inverteu o polo de atenção para concentrar-se na pessoa da vítima, o que culminou na inversão do fundamento da responsabilidade e na substituição da premissa de que "não há responsabilidade sem culpa", de matriz liberal, pela ideia de que "a vítima não pode ficar sem ressarcimento".[31]

Assim, considerando que tanto a responsabilidade civil quanto a responsabilidade penal decorrem, como regra[32], da prática de um ato ilícito, cuja consequência lógico-jurídica é uma sanção, e tendo em vista que a necessidade de reparação é consequência imediata do dano, passou-se a atribui natureza dúplice à responsabilidade civil, isto é, sanção e reparação.[33]

---

[29] Cf. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil.* Vol.3: Responsabilidade Civil. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 58.

[30] Cf. BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 16.

[31] Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. Constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. Direito, Estado e Sociedade, v. 9, n. 29, p. 233-258, jul./dez. 2006, p. 238.

[32] Ressalve-se a possibilidade de a responsabilidade civil decorrer, também, de uma imposição legal, seja em atividades lícitas, seja em função do risco da atividade exercida.

[33] Cf. MELO, Raimundo Simão de. *Ações Acidentárias na Justiça do Trabalho*. 2.ed. São Paulo: Livraria dos Tribunais, 2012, p. 33.

Seguindo essa esteira, atualmente, são reconhecidas três funções da responsabilidade civil, quais sejam: compensação do dano à vítima; punição do ofensor; e desmotivação social da conduta lesiva.[34]

A função compensatória[35] diz respeito à própria essência da responsabilidade, ou seja, a necessidade de restituição das coisas ao *status quo ante*, sendo que, no caso de impossibilidade, deve ser exigido o pagamento de um *quantum* indenizatório, em importância equivalente ao valor do bem material lesionado ou compensatório do direito não redutível pecuniariamente.

De outro lado, é possível dizer que as funções punitivas e de desmotivação social encontram-se diretamente ligadas, já que ambas possuem escopo socioeducativo, pois, ao se impor ao ofensor uma prestação em decorrência do dano provocado, não só se pretende persuadi-lo a não mais lesionar, como se busca tornar público que condutas do mesmo jaez não serão toleradas, o que repercute, via indireta, em toda a sociedade, que se vê desestimulada de agir da mesma maneira.

### 1.4 Pressupostos ou filtros tradicionais da responsabilidade civil

A despeito da inexistência de consenso acerca dos requisitos essenciais da responsabilidade civil[36], a teoria clássica aponta três pressupostos, quais sejam: a conduta humana (positiva ou negativa); o dano ou prejuízo e o nexo de causalidade.

---

[34] Cf. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Vol.3: Responsabilidade Civil. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67.

[35] Nesse contexto, a expressão "compensação" está sendo empregada em seu sentido genérico, para abranger os danos materiais e extrapatrimoniais. Cumpre ressaltar, contudo, que alguns autores defendem que a função "compensatória" seria restrita aos danos de natureza extrapatrimonial. Nesse sentido, Yussef Said Cahali: "Em síntese: no dano patrimonial, busca-se a reposição em espécie ou em dinheiro pelo valor equivalente, de modo a poder-se indenizar plenamente ofendido, reconduzindo o seu patrimônio ao estado em que se encontraria se não tivesse ocorrido o fato danoso; com a reposição do equivalente pecuniário, opera-se o ressarcimento do dano patrimonial. Diversamente, a sanção do dano moral não se resolve numa indenização propriamente, já que a indenização significa eliminação do prejuízo e das suas conseqüências, 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." (*Dano Moral*. 3 ed. rev., ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 44.)

[36] Maria Helena Diniz cita como exemplos Marty e Raynaud, que apontam como pressupostos da responsabilidade civil o "fato danoso", o "prejuízo" e o "liame entre eles" com a "estrutura comum" da responsabilidade; Savatier, que indica a culpa e a imputabilidade, e Trabucchi, que exige o fato danoso, o dano e a antijuridicidade ou culpabilidade. (*Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 7: Responsabilidade Civil. 22. ed. rev. atual e ampl. de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 36.)

Alguns autores, no entanto, apoiados, sobretudo, na redação do art. 186 do Código Civil Brasileiro[37], incluem a culpa como requisito essencial[38], o que é objeto de discordância por parte daqueles que sustentam que somente poderiam ser considerados pressupostos aqueles elementos dotados de generalidade, o que não seria o caso da culpa, cuja demonstração seria dispensada nos casos de responsabilidade objetiva, caracterizando-a, portanto, como um elemento meramente acidental.[39]

A **conduta humana**, como primeiro elemento da responsabilidade civil, corresponde à ação ou omissão guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo.[40] Busca-se, portanto, afastar-se as hipóteses em que a ação não é controlável pela vontade à qual se imputa o fato, tal como os atos praticados sob coação absoluta; em estado de inconsciência, ou por provocação de fatos invencíveis, tais como os fenômenos da natureza.[41]

O núcleo fundamental da conduta humana é a voluntariedade, sendo esta última, portanto, imprescindível para a configuração da responsabilidade. A conduta voluntária, por sua vez, não traduz necessariamente a intenção de causar o dano, mas sim a consciência daquilo que está fazendo, o que ocorre não somente nas hipóteses de responsabilidade subjetiva (quando se exige culpa), como nos casos de responsabilidade objetiva. Por consciência deve-se compreender o conhecimento dos atos materiais praticados, não se exigindo, necessariamente, a consciência subjetiva da ilicitude do ato.[42]

A responsabilidade poderá originar-se de uma ação lícita ou ilícita[43] e, no ordenamento jurídico pátrio, poderá decorrer de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente, e ainda de danos causados por coisas ou animais que lhe pertençam.[44] Em tais casos, ainda que se alegue a inexistência de uma conduta voluntária, a responsabilização é imposta por norma legal e decorre de omissões ligadas a deveres jurídicos de custódia ou vigilância.

---

[37] Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito

[38] Carlos Roberto Gonçalves, por exemplo, indica quatro elementos essenciais a responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e dano experimentado pela vítima. (*Direito Civil Brasileiro*. Vol. 4: Responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 52.)

[39] Cf. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil.* Vol.3: Responsabilidade Civil. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 74.

[40] Cf. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil.* Vol.3: Responsabilidade Civil. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 78.

[41] Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 7: Responsabilidade Civil. 22. ed. rev. atual e ampl. de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 39.

[42] Cf. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil.* Vol.3: Responsabilidade Civil. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.79.

[43] Ainda que parte da doutrina aponte a ilicitude como aspecto necessário da ação humana voluntária, cumpre ressaltar que nem sempre ela acompanha a ação humana causadora do dano reparável. Martinho Garcez Neto cita como exemplos a indenização devida por expropriação ou o ato praticado em estado de necessidade. (*Responsabilidade Civil no Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 142.)

[44] Arts. 932, 936, 937 e 938 do Código Civil.

O **dano** ou prejuízo constitui-se outro elemento essencial da responsabilidade civil, contratual[45] ou extracontratual, objetiva ou subjetiva, sem o qual não se pode sequer cogitar no surgimento do dever de reparar.

Em seu conceito clássico, o dano era sempre associado à ideia de diminuição de patrimônio[46], concepção que, na doutrina moderna, tem sido substituída pela diminuição ou subtração de um "bem jurídico", de forma a abranger não somente o patrimônio, mas também outros direitos e interesses de natureza extrapatrimonial, tal como os direitos da personalidade, que também são objeto de proteção. [47]

Nessa toada, o dano pode ser definido como a lesão a um interesse jurídico tutelado, patrimonial ou não, causado por ação ou omissão do sujeito infrator.[48] Em outras palavras, trata-se da lesão de um interesse juridicamente protegido, podendo consistir na perda ou danificação de uma coisa, ou na ofensa à integridade física, moral ou psíquica de uma pessoa.[49]

Indenizar significa reparar integralmente o dano causado à vítima, restaurando-se, o *statu quo ante*, isto é, o estado anterior à lesão, o que, por não se mostrar sempre possível, geralmente acaba se convertendo no pagamento de uma indenização em pecúnia, a título de compensação.[50]

Por outro lado, ainda que tenha ocorrido a violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa ou dolo por parte do infrator, não há sequer como se cogitar em dever de indenizar se a conduta (ação ou omissão) não gerar dano. Este, por sua vez, para que seja considerado reparável ou indenizável[51], deve, ainda, preencher certos requisitos, dentre os

---

[45] Mesmo na responsabilidade contratual, o comportamento daquele que deixa de cumprir a obrigação convencionada traz consigo a presunção de dano. Aliás, ressalta Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, que a própria estipulação de uma cláusula penal para o caso de inadimplemento constitui-se uma forma de pré-tarifar as perdas e danos. (Cf. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Ddireito Civil*. Vol.3: Responsabilidade Civil. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 103.)

[46] Destaque-se, nesse sentido, a chamada "teoria da diferença" (*differenztheorie*) que concebia o dano (D) como a diferença entre a situação patrimonial antes (P1) e depois de sua existência (P2), expresso na fórmula P1 – p2 = D. Cf. SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 4.

[47] Gramaticalmente, o vocábulo "dano" tem as seguintes acepções: "DANO. [Do lat., damnu.] S. m. 1. Mal ou ofensa pessoal; prejuízo moral: Grande dano lhe fizeram as calúnias. 2. Prejuízo material causado a alguém pela deterioração ou inutilização de bens seus. 3. Estrago, deterioração, danificação: Com o fogo, o prédio sofreu enormes danos. Dano emergente. Jur. Prejuízo efetivo, concreto, provado. [Cf. lucro cessante.] Dano infecto. Jur. Prejuízo possível, eventual, iminente" (Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, 2. ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 519)

[48] Cf. GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Vol.3: Responsabilidade Civil. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 88.

[49] Cf. BAPTISTA, Silvio Neves. *Teoria Geral do Dano*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 48.

[50] Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Vol. 4: Responsabilidade Civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 358.

[51] Alguns autores distinguem as expressões "ressarcimento", "reparação" e "indenização". Para eles, ressarcimento seria o pagamento de todo o prejuízo material sofrido, abrangendo o dano emergente e os lucros cessantes; reparação seria a compensação pelo dano moral, com vista a minimizar a dor sofrida pela vítima, e indenização seria reservada para os casos de compensação de ato ilícito do Estado. (cf. GONÇALVES. Carlos Roberto. *Direito*

quais, a despeito de outros atributos que possam ser indicados pela doutrina[52], três podem ser considerados essenciais, quais sejam: a) a violação de um interesse jurídico, patrimonial ou moral; b) a efetividade ou certeza; c) subsistência.

Em primeiro lugar, todo dano pressupõe a violação a interesses juridicamente tutelados de outrem, sejam eles econômicos ou não. Neste particular, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, incisos V e X[53], acompanhada pelo art. 186 do Código Civil, reconhecem a reparabilidade do dano moral, independentemente do dano patrimonial.

De outro lado, o dano não poderá ser hipotético ou abstrato, sendo indispensável que seja certo e efetivo, ainda que se trate de bens ou interesses personalíssimos, os quais, embora não possuam um critério preciso para a sua mensuração econômica, são dotados de certeza quanto a sua existência.

A certeza do dano, tampouco, confunde-se com a sua atualidade, uma vez que ele poderá ser atual ou futuro, ou seja, potencial[54], desde que seja consequência certa, inevitável e previsível de determinada ação.[55] Destarte, a atualidade ou futuridade do dano diz respeito à determinação do seu conteúdo e ao instante em que se efetivou, e não a sua existência, de modo que dano atual "é aquele que já se efetivou no momento em que é fixada a indenização", enquanto dano futuro "é aquele que existe em potência, cuja realização é previsível".[56]

Por fim, para que haja o dever de reparação, exige-se o requisito da subsistência, segundo o qual o dano deve subsistir no momento de sua exigibilidade em juízo, isto é, não há como se falar em indenização se o dano já foi reparado espontaneamente pelo responsável.[57]

---

*Civil Brasileiro*. Vol. 4: Responsabilidade Civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 360.) De todas, a expressão "dano indenizável" é a que costuma ser mais utilizada, haja vista que foi empregada pela própria Constituição Federal como gênero do qual o ressarcimento e a reparação são espécies (art. 5º, V e X).

[52] Maria Helena Diniz, por exemplo, menciona a legitimidade do postulante, o nexo de causalidade e a ausência de causas excludentes de responsabilidade (cf. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 7: Responsabilidade Civil. 22. ed. rev. atual e ampl. de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 63-65).

[53] "V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...)
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

[54] Cite-se, como exemplo, o chamado "dano pela perda de uma chance", o qual ocorre nos casos em que a vítima "vê frustrada, por ato de terceiro, uma expectativa séria e provável, no sentido de obter um benefício ou de evitar uma perda ou ameaça" (SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 11). Nesses casos, ensina Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona que "não poderíamos excluir a reparabilidade do dano, desde que a investigação do nexo de causalidade aliada à comprovação da efetividade do prejuízo conduzissem à necessidade de restituição do *status quo ante* por meio da obrigação de indenizar". (*Novo Curso de Direito Civil.* Vol.3: Responsabilidade Civil. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 91.)

[55] Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 7: Responsabilidade Civil. 22. ed. rev. atual e ampl. de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 64.

[56] SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 10.

[57] Cf. GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil.* Vol.3: Responsabilidade Civil. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 91.

No entanto, cumpre observar que subsistirá o dever de indenizar caso o dano tenha sido reparado às expensas da vítima ou de um terceiro, caso em que este último ficará sub-rogado no direito do prejudicado.[58]

Quanto à classificação, após a superação da controvérsia acerca da admissibilidade do dano moral no campo da responsabilidade civil, o que se deu, especialmente, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988[59], a doutrina tradicional passou distinguir duas espécies de danos, ou seja, os danos patrimoniais (ou materiais) e os danos extrapatrimoniais (ou morais)[60]. Sem embargo disso, Xisto Tiago de Medeiros Neto sugere uma classificação mais detalhada, dividindo as espécies de dano de acordo com os efeitos da lesão (dano permanente e danos continuado), a natureza do interesse lesado (dano patrimonial e dano moral), a parte vítima da lesão (individual e coletivo), bem como o fato gerador (dano direto e dano indireto ou por ricochete).[61]

Contudo, considerando que os limites do presente estudo não permitem um aprofundamento de todos os critérios acima mencionados, a abordagem limitar-se-á à análise das duas espécies principais de danos indicadas pela doutrina, isto é, dos danos patrimoniais e morais, sendo que os demais aspectos serão analisados quando tratarmos das características do instituto objeto de pesquisa.

O dano material ou patrimonial consiste naquele que repercute sobre o patrimônio da vítima, compreendendo-se este último como uma universalidade jurídica constituída pelo conjunto de bens de uma pessoa, sendo, portanto, um dos atributos da personalidade e, como tal, intangível.[62]

Trata-se, pois, da lesão concreta a um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens que lhe pertencem, sendo suscetível, portanto, de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável.[63]

---

[58] Art. 934 do CC – "Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz".

[59] Antes da Constituição de 1988, que albergou o instituto em seu art. 5º, incisos V e X, o ordenamento jurídico brasileiro não previa a possibilidade de postulação de indenização por danos morais. Cite-se, como exemplo, trecho de decisão do Supremo Tribunal federal: "Dano Moral: Não é indenizável ante o nosso direito positivo" (2ª T. RE n. 29447, Rel. Min. Afrânio Costa, julg. 25.11.1958).

[60] É o caso, por exemplo, de Carlos Roberto Gonçalves, Maria Helena Diniz, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho.

[61] Cf. MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 34-35

[62] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 7: Responsabilidade Civil. 22. ed. rev. atual e ampl. de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 66.

[63] Cf. idem.

Os danos materiais compreendem o dano emergente (o que efetivamente se perdeu) e os lucros cessantes (o que razoavelmente se deixou de lucrar em consequência do ato ilícito ou do inadimplemento da obrigação)[64], sendo que a sua reparação poderá operar-se pela restauração do *statu quo ante* alterado pela lesão ou, quando isso não for possível, pela indenização pecuniária.

O dano moral, de outra ponta, é aquele que viola o direito geral de personalidade, atingindo interesse imaterial.[65] Dito de outro modo, nas palavras de Xisto Tiago de Medeiros Neto, trata-se

> [...] da lesão injusta e relevante ocasionada a determinados interesses não-materiais, sem equipolência econômica, porém concebidos e assimilados pelo ordenamento como valores e bens jurídicos protegidos, integrantes do leque de projeção interna (como a intimidade, a liberdade, a privacidade, o bem-estar, o equilíbrio psíquico e a paz) ou externa (como o nome, a reputação e a consideração social) inerente à personalidade do ser humano (abrangendo todas as áreas de extensão e tutela à personalidade do ser humano (abrangendo todas as áreas de extensão e tutela da sua dignidade), podendo também alcançar os valores e bens extrapatrimoniais reconhecidos à pessoa jurídica ou a uma coletividade de pessoas.[66]

Segundo alguns doutrinadores, é possível, ainda, distinguir duas espécies de dano moral, isto é, o dano moral direto, que decorre da violação a direitos inerentes à personalidade do indivíduo, tal como a vida, a intimidade, a imagem etc.; e o dano moral indireto, assim concebido como aquele que deriva de um fato lesivo a um interesse patrimonial, tal como, por exemplo, a perda de uma coisa de elevado valor afetivo.[67]

Modernamente, encontra-se superada a antiga concepção de que o dano moral se encontra indissociavelmente ligado à noção de dor, angústia, sofrimento, reprovação social ou qualquer outra consequência negativa[68], passando ele a ser compreendido objetivamente e diretamente da observação do fato que o causa, ou seja, "a responsabilidade do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto".[69]

---

[64] Art. 402. 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.
[65] Cf. DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 143.
[66] MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 56.
[67] Cf. FERRARI, Irany; MARTINS, Melchíades Rodrigues. *Dano Moral*: Múltiplos aspectos nas relações de trabalho. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2011, p. 23.
[68] Nas palavras de Maria Helena Diniz, "O direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente" (*Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 7: Responsabilidade Civil. 22. ed. rev. atual e ampl. de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 90).
[69] STJ, REsp 331.517-GO, 4ª T., DJ 25.3.2002.

Isso porque a percepção dos efeitos danosos acima mencionados emana da própria violação a interesses e valores extrapatrimoniais ligados diretamente à dignidade da pessoa humana, constituindo uma *praesumptiones hominis* (presunção do homem), de modo que, na esfera moral, a lesão revela-se como um *damnun in re ipsa*, ou seja, decorre do próprio fato da violação[70], o que, por sua vez, tem o condão de facilitar a ação da vítima na busca pela compensação, evitando que o dano moral fique sem reparação em razão de fatores instrumentais.[71]

Nesse contexto, Paulo Eduardo V. Oliveira sugere a utilização da denominação "dano pessoal", ao invés de "dano moral", haja vista que a primeira teria "uma extensão" muito maior que a segunda, que se circunscreveria somente aquilo que atenta contra o comportamento moral, isto é, a vida honesta pautada nos ditames morais, revelando-se, portanto, como uma definição mais lógica e ontologicamente perfeita ao objeto da lesão, qual seja, a pessoa humana.[72]

Cumpre ressaltar, ainda, que, além da reparação por dano material e moral, reconhece-se a possibilidade de indenização pelo chamado "dano estético"[73], o qual, segundo corrente majoritária, não se caracterizaria como um terceiro gênero de dano, mas sim como uma espécie de dano moral.[74]

A possibilidade de reparação do dano estético, a propósito, já era existia antes mesmo do reconhecimento expresso do dano moral pelo ordenamento jurídico pátrio, haja vista a previsão contida no §1º do art. 1.538 do Código Civil de 1916, que estabelecia que o valor da

---

[70] Cf. MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 62.

[71] Cf. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 108.

[72] Cf. OLIVEIRA, Paulo Eduardo V. *O dano pessoal no Direito do Trabalho*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 266-267.

[73] O Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula 387, publicada em 01.09.09, reconheceu a autonomia jurídica do dano estético, entendendo que é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e moral. Todavia, como o STJ não explicitou qual seria a natureza jurídica do dano estético, passou-se a discutir se ele deveria ser considerado uma expressão do dano à imagem ou um terceiro gênero de dano.

[74] Yussef Said Cahali afirma que o dano estético se confunde com o dano moral, pois "todo dano estético, na sua amplitude conceitual, representa um dano moral, devendo como tal ser indenizado." (*Dano moral*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 256). Rui Stoco, por seu turno, compartilha do mesmo entendimento, asseverando que "O dano à estética pessoal é espécie do gênero dano moral" (*Tratado de Responsabilidade Civil*: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial. 5. ed. rev., atual. e ampl. do livro Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 1356.)

indenização seria duplicado se do ferimento resultasse aleijão ou deformidade.[75] Atualmente, decorre da interpretação da parte final do art. 949 do Código Civil de 2002.[76]

Em linhas gerais, o dano estético caracteriza-se como a lesão que compromete a harmonia física da pessoa, em qualquer um dos seus aspectos. Trata-se, nas palavras de Maria Helena Diniz, de

> [...]toda alteração morfológica do indivíduo, que, além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeiamento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa. P. ex.: mutilações (ausência de membros - orelhas, nariz, braços ou pernas etc.); cicatrizes, mesmo acobertáveis pela barba ou cabeleira ou pela maquilagem; perda de cabelos, das sobrancelhas, dos cílios, dos dentes, da voz, dos olhos (RJTJSP, 39:75); feridas nauseabundas ou repulsivas etc., em conseqüência do evento lesivo.[77]

Além da diferença quanto à esfera jurídica atingida, os danos patrimoniais (materiais) e extrapatrimoniais (morais) distinguem-se quanto à forma de reparação. Isso porque, como o dano patrimonial atinge um bem material mensurável economicamente, a sua reparação pode ser feita através da restituição do referido bem ao estado em que se encontrava antes do fato danoso ou, quando isso não for possível, através do pagamento de uma indenização pecuniária equivalente ao valor do prejuízo. O mesmo não ocorre, contudo, com o dano extrapatrimonial[78], que, por atingir aspectos imateriais ligados à dignidade humana, não permite a chamada "reposição natural"[79], isto é, a restituição ao *statu quo ante*, de modo que a sua reparação, via

---

[75] Art. 1.538. No caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, indenizará o ofensor ao ofendido as despesas do tratamento e os lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa no grão médio da pena criminal correspondente.
§ 1º Esta soma será duplicada, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade.

[76] Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

[77] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 7: Responsabilidade Civil. 22. ed. rev. atual e ampl. de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 80.

[78] Apesar do significado avanço na matéria, parte da doutrina aponta algumas objeções à reparação do dano moral, tais como: efemeridade do dano moral; escândalo da discussão, em juízo, sobre sentimentos íntimos de afeição e decoro; incerteza de um verdadeiro direito violado e de um dano real; dificuldade de descobrir-se a existência do dano; impossibilidade de uma rigorosa avaliação pecuniária do dano moral; indeterminação do número de lesados; imoralidade da compensação da dor com o dinheiro; perigo da inevitabilidade da interferência do arbítrio judicial na avaliação do montante compensador do prejuízo; enriquecimento sem causa; e impossibilidade jurídica de se admitir tal reparação. (Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 7: Responsabilidade Civil. 22. ed. rev. atual e ampl. de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 92-97.)

[79] Nomenclatura utilizada por Orlando Gomes para designar a reparação consistente na restituição do bem ao estado que se encontrava antes do fato danoso, o que, apesar de mais adequado, nem sempre é possível. (*Obrigações*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 51)

de regra[80], somente é possível através do pagamento de uma soma pecuniária, arbitrada judicialmente, com o objetivo de possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória do dano sofrido, atenuando, em parte, as consequências da lesão.[81]

Por fim, aponta-se como terceiro requisito essencial da responsabilidade civil, o chamado **nexo de causalidade** ou nexo causal, o qual, em linhas gerais, se constitui no vínculo entre os dois outros requisitos já analisados, ou seja, a conduta humana e o dano.

Trata-se de pressuposto indispensável à existência do dever de indenizar que, no ordenamento pátrio, encontra-se respaldo no art. 186 do Código Civil, segundo o qual se atribuiu a obrigação de reparar o dano àquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem.[82]

O nexo de causalidade, todavia, não se confunde com imputabilidade, uma vez que, enquanto o primeiro diz respeito a elementos objetivos e externos consistentes na conduta causadora do dano, o segundo refere-se ao elemento subjetivo, concernente somente ao sujeito, ligando-se, portanto, à culpa.[83] Desse modo, ensina Serpa Lopes, que se mostra perfeitamente possível a imputabilidade sem o nexo causal, trazendo como exemplo o caso em que A ministra veneno a B e este último, antes mesmo da bebida produzir efeito, vem a falecer em razão de um colapso cardíaco.

Dentre as teorias que buscam explicar o nexo de causalidade, destacam-se a teoria da equivalência de condições; a teoria da causalidade adequada; e a teoria da causalidade direta ou imediata.

Em apertada síntese, a primeira delas (equivalência das condições) considera que, em havendo culpa, todas as "condições" de um dano são "equivalentes", ou seja, "todos os elementos que, 'de uma certa maneira concorreram para a sua realização, consideram-se como 'causas'". A segunda teoria (causalidade adequada), por sua vez, sustenta que não se poderia considerar causa "toda e qualquer condição que haja contribuído para a efetivação do resultado", conforme sustentado pela teoria da equivalência, mas sim, segundo um juízo de

---

[80] Alguns autores, como, por exemplo, Anderson Schreiber, sustentam que deve ser prestigiada a reparação não pecuniária dos danos extrapatrimoniais (cf. *Novos Paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 195-199). O tema será melhor abordado neste trabalho no tópico sobre as novas tendências da responsabilidade civil.

[81] Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 7: Responsabilidade Civil. 22. ed. rev. atual e ampl. de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 39.

[81] Cf. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Vol.3: Responsabilidade Civil. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 102.

[82] Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[83] SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil* – Fontes Acontratuais das Obrigações e Responsabilidade Civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, p. 219.

probabilidade, apenas o antecedente abstratamente idôneo à produção do efeito danoso, ou seja, apenas aquela causa que for mais apropriada para produzir o evento. Já a terceira (causalidade direta ou imediata), também conhecida como "teoria da interrupção do nexo causal", "teoria da causalidade necessária", ou, ainda, como "teoria dos danos diretos e imediatos"[84], considera que somente pode ser considerada causa o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata. [85]

Ainda que exista certa imprecisão doutrinária e jurisprudencial acerca de qual das teorias acima teria adotada pelo Código Civil Brasileiro, majoritariamente, tende-se apontar a teoria da causalidade adequada[86], o que se deve, sobretudo, à própria redação do art. 403 do diploma civil de 2002, que dispõe que "Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual" (g.n).

Todavia, por se reconhecer que a teoria mencionada nem sempre seria capaz de resolver todas as dificuldades de ordem prática, tem se cogitado a possibilidade de aplicação da chamada "teoria da imputação objetiva do resultado", já difundida no âmbito penal[87], à seara da responsabilidade civil. Tal teoria, nos dizeres de Luiz Flávio Gomes, poderia ser resumida à seguinte premissa: "só pode ser responsabilizado penalmente por um fato (leia-se: a um sujeito só pode ser imputado o fato), se ele criou ou incrementou um risco proibido relevante e, ademais, se o resultado jurídico decorreu desse risco". [88]

Assim, transladando-se tal raciocínio para o campo da responsabilidade civil, seria possível dizer que, se alguém criar ou incrementar uma situação de risco não permitido,

---

[84] Expressão utilizada por Carlos Roberto Gonçalves (*Civil Brasileiro*. Vol. 4: Responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 352).

[85] Cf. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil.* Vol.3: Responsabilidade Civil. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.151-158.

[86] Cite-se, por exemplo, Carlos Roberto Gonçalves (*Direito Civil Brasileiro*. Vol. 4: Responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 353) e Sérgio Cavalieri Filho (*Programa de Responsabilidade Civil*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 53).

[87] "O que a teoria da imputação objetiva do resultado faz é enfatizar a diferença entre causalidade natural (fática, empírica) e causalidade jurídica, destacando que o elemento de figuras jurídicas como o crime ou o ato ilícito civil é uma causalidade jurídica, não uma causalidade natural. Assim, mesmo que o mundo dos fatos revele aos olhos uma relação de causa e efeito, somente haverá nexo causal com eficácia jurídica se essa relação de causa e efeito passar pelo filtro da causalidade jurídica e for incorporada ao mundo do direito como tal. Se isso não ocorrer, aquele evento, por mais naturalmente causal que seja, por mais atestada que possa ser por físicos, químicos, matemáticos etc., não será considerado causa em termos jurídicos". (ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de; ABREU, Ilana Flávia Barbosa Vilar de. Responsabilidade civil e teoria da imputação objetiva do resultado. *Revista Parahyba Judiciária da Justiça Federal*, vol. 9, n. 9, 2015, p. 8.)

[88] GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal — Parte Geral*. Vol. 2 (não publicado) apud GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil.* Vol.3: Responsabilidade Civil. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 164.

responderá pelo resultado jurídico causado, a exemplo do que ocorre quando alguém dá causa a um acidente de veículo, por estar embriagado (criação do risco proibido), ou quando se nega a prestar auxílio a alguém que se afoga, podendo fazê-lo, caracterizando a omissão de socorro (incremento do risco).[89]

Não se poderia cogitar em imputação objetiva, entretanto, nas situações de risco normal, nas intervenções médicas, nas lesões esportivas, quando o risco é tolerado ou quando o risco criado é insignificante.[90]

Referida teoria, segundo os próprios penalistas, não se prestaria, contudo, para explicar o nexo de causalidade, servindo, muito mais, como um mecanismo científico limitador deste último, ou, em outras palavras, como um filtro para identificar as situações em que o resultado não poderia ser atribuído ao agente, o que, no caso da responsabilidade civil, aproxima-se mais de uma excludente. Para melhor ilustrar tal assertiva, poder-se-ia comparar o nexo de causalidade e a teoria da imputação objetiva a duas peneiras, sendo a primeira com espaços grandes e a segunda com orifícios menores. Dentro dessa dinâmica, a despeito de muitos fatos passarem pela peneira da responsabilidade, nem todos seriam capazes de ultrapassarem o filtro da imputação objetiva.[91]

A doutrina ainda aponta outros fatos que, por romperem o nexo de causalidade, teriam o condão de excluir a responsabilidade civil, tais como a culpa exclusiva da vítima, o estado de necessidade, a legítima defesa, o fato de terceiro, o caso fortuito ou força maior e a cláusula de não indenizar.[92]

Por derradeiro, cabe ressaltar que nem sempre o dano decorre de uma única causa, sendo possível que outra anterior, concomitante ou superveniente àquela que deflagrou a cadeia causal, contribua para ele, o que se convencionou denominar de "concausa". Questiona-se, nesses casos, se tal concausa teria ou não o condão de romper o nexo de causalidade original, excluindo, por consequência, a responsabilidade do agente.

A resposta, no entanto, reside em identificar se a segunda causa é absolutamente ou relativamente independente da primeira. Isso porque, se for absolutamente independente e dela

---

[89] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil.* Vol.3: Responsabilidade Civil. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.164.

[90] Regras básicas da teoria trazidas por Luiz Flávio Gomes (*Direito Penal — Parte Geral*. Vol. 2. [não publicado] apud GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil.* Vol.3: Responsabilidade Civil. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 165.)

[91] GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal — Parte Geral*. Vol. 2 (não publicado) apud GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil.* Vol.3: Responsabilidade Civil. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 165-166.)

[92] Maria Helena Diniz indica também como excludentes do nexo causal a culpa concorrente e a culpa comum da vítima e do ofensor. (*Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 7: Responsabilidade Civil. 22. ed. rev. atual e ampl. de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 111-112.)

decorrer o dano, o nexo originário estará completamente rompido, excluindo-se, por consequência, a responsabilidade do agente. Se, por outro lado, tratando de causa relativamente independente, ela já existia quando da conduta do agente (preexistente) ou for com ela concomitante, o nexo de causalidade mantém-se intacto, subsistindo o dever de indenizar. Contudo, se se tratar de concausa superveniente, insta indagar se ela concorreu para o agravamento do resultado danoso, hipótese em que o nexo permanece íntegro, ou, por si só, deu causa a ele, uma vez que, nesta última hipótese, restará rompido o nexo causal e, portanto, afastada a responsabilidade.

## 1.5 Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva

Nos primeiros tempos, como decorrência da sua evolução histórica, a responsabilidade civil estava associada diretamente à noção de culpa (*lato sensu*)[93], a qual se apresentava como fundamento único do dever de reparar o dano, inserindo-se, ao lado da conduta humana, do dano e do nexo de causalidade, já analisados, como mais um pressuposto da responsabilidade.

No contexto do individualismo do regime liberal, prestigiava-se somente a responsabilidade civil subjetiva, isto é, aquela decorrente de dano causado em razão de um ato culposo ou doloso, conforme regra prevista no art. 159 do Código Civil de 1916, segundo a qual *"*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

O diploma civil de 2002, por sua vez, manteve a regra geral acima mencionada, aperfeiçoando-a, em seu art. 186, quanto à fixação do dever jurídico de reparação do dano causado, ainda que exclusivamente moral, quando houver violação de direito por ação ou omissão voluntária (dolo), negligência ou imprudência (culpa *lato sensu*).

A evolução da sociedade, o crescimento da população e a multiplicação das situações de risco, aliados à constatação de que nem sempre era viável a demonstração da culpa do agente agressor, deixando a vítima sem a devida reparação, contribuíram para a formulação de um novo alicerce para a responsabilidade civil, fazendo surgir, ao lado da responsabilidade subjetiva, a ideia de responsabilidade independente do elemento subjetivo, ou seja, a responsabilidade objetiva. Esta, por seu turno, representou um avanço considerável no sentido de priorizar o enfoque mais nas consequências danosas verificadas nas esferas patrimonial ou

[93] Em sentido amplo, a culpa abrange tanto o dolo, identificado na intenção de produzir determinado resultado ilícito e lesivo, quanto a culpa *stricto sensu*, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência.

extrapatrimonial da vítima, do que na órbita da vontade do autor do dano[94], deixando, pois, a culpa de figurar como requisito essencial da responsabilidade civil.

Passou-se, então, a se exigir para a reparação, em certos casos, tão-somente a comprovação do dano e do nexo de causalidade entre este último e a conduta omissiva ou comissiva do agente ofensor, com fulcro no princípio *ubi emolumentum, ibi jus*, isto é, a pessoa que se aproveitar dos riscos ocasionados deverá arcar com as suas consequências.[95]

Cumpre observar que, a despeito da evolução mencionada, a culpa, como regra, continua sendo o fundamento da responsabilidade civil. Entretanto, ao lado da responsabilidade subjetiva, o Código Civil Brasileiro de 2002 consagrou expressamente a teoria do risco, admitindo também a responsabilidade objetiva, conforme se infere da leitura do art. 927, que assim dispõe:

> Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Desse modo, passou-se a admitir a responsabilidade, sem indagação de culpa, em duas hipóteses: a) nos casos especificados em lei; b) quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Enquanto a primeira hipótese não trouxe grandes questionamentos, haja vista a existência de leis especiais que já reconheciam a responsabilidade objetiva[96], a segunda situação, por envolver um conceito jurídico indeterminado, suscitou várias indagações acerca do que poderia ser enquadrado como "atividade de risco".

Atento a essa questão, Carlos Roberto Gonçalves, àquela época, já advertia que "a admissão da responsabilidade sem culpa pelo exercício de atividade que, por sua natureza, representa risco para os direitos de outrem, da forma genérica como está no texto, possibilitará ao Judiciário uma ampliação dos casos de dano indenizável".[97]

---

[94] Cf. MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 40-41.

[95] Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 7: Responsabilidade Civil. 22. ed. rev. atual e ampl. de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 12.

[96] Cite-se, como exemplo, o Código Brasileiro de Aeronáutica (Decreto-lei n. 483/38, alterado pela Lei n. 7.565/86); a lei que regulamenta as atividades nucleares (Lei n. 6.453/77); o decreto que regula a responsabilidade civil nas estradas de ferro (Decreto legislativo n. 2.681/12); a lei que trata dos danos causados ao meio ambiente (Le n. 6.938/81), a legislação sobre acidentes de trabalho (Leis ns. 5.316/67 e 6.367/76) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90).

[97] *Direito Civil Brasileiro*. Vol. 4: Responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25.

Sobre o tema, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho sustentam que o exercício da atividade de risco pressupõe a busca de um determinado proveito, em geral de natureza econômica, que surge como decorrência da própria atividade potencialmente danosa (risco-proveito). Assim, para tais autores, a responsabilização deverá ser objetiva quando o dano decorrer de atividade em que ele era potencialmente esperado, em função da probabilidade estatística de sua ocorrência.[98]

A responsabilidade objetiva, portanto, ao equalizar melhor os fatores proveito e risco, impondo aos agentes que se beneficiam da atividade causadora de risco o ônus decorrente, revela-se como uma teoria social que considera o homem como parte de uma coletividade e tem como fundamentos, dentre outros, a multiplicação dos eventos danos na vida contemporânea, especialmente após a Revolução Industrial; os princípios da equidade, da justiça social e da socialização do Direito; bem como a necessidade de reequilíbrio dos patrimônios afetados pelo evento danoso, o que justifica a sua função social.[99]

Em arremate, diante de tudo que foi exposto, para melhor elucidar o papel coadjuvante assumido pela responsabilidade objetiva, a qual não se presume e não substitui a responsabilidade subjetiva, ficando circunscrita aos seus próprios limites, vale transcrever elucidativa lição de Caio Mario da Silva Pereira:

> [...] a regra geral, que deve presidir à responsabilidade civil, é a sua fundamentação na ideia de culpa; mas, sendo insuficiente esta para atender às imposições do progresso, cumpre ao legislador fixar especialmente os casos em que deverá ocorrer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção. Não será sempre que a reparação do dano se abstrairá do conceito de culpa, porém quando o autorizar a ordem jurídica positiva. É neste sentido que os sistemas modernos se encaminham, como, por exemplo, o italiano, reconhecendo em casos particulares e em matéria especial a responsabilidade objetiva, mas conservando o princípio tradicional da imputabilidade do fato lesivo. Insurgir-se contra a ideia tradicional da culpa é criar uma dogmática desafinada de todos os sistemas jurídicos. Ficar somente com ela é entravar o progresso.[100]

## 1.6 As novas tendências da responsabilidade civil

[98] Cf. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil.* Vol.3: Responsabilidade Civil. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 218.
[99] Cf. MELO, Raimundo Simão de. *Ações Acidentárias na Justiça do Trabalho*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 49.
[100] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Vol. 4: Responsabilidade civil. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 50-51.

Por se tratar de um instituto essencialmente dinâmico e flexível, isto é, que acompanha a evolução social e é obrigado a se adaptar de acordo com as necessidades impostas pelas constantes transformações tecnológicas, econômicas e culturais, a responsabilidade civil e seus pressupostos demandam interpretação e aprimoramento contínuo, a fim de que possam atender satisfatoriamente às finalidades para as quais foram criados e, sobretudo, restabelecer adequadamente o equilíbrio social.

Tal característica, por sua vez, atribui à responsabilidade civil a posição de um dos temas mais palpitantes e problemáticos da atualidade jurídica, o que conduz à múltiplos dissídios doutrinários e jurisprudenciais quanto à definição de seu alcance, à enunciação de seus pressupostos e outras particularidades, tornando-o um dos problemas jurídicos mais árduos, complexos e de difícil sistematização.[101]

Todavia, as constantes transformações do instituto da responsabilidade advindas da elevada dinamicidade social nem sempre são acompanhadas do indispensável esclarecimento teórico-científico pela doutrina, circunstância que obriga que os tribunais, premidos pela necessidade dar uma resposta às demandas sociais, assumam um papel que incumbe à dogmática, o que resulta em decisões dotadas de alto nível de discricionariedade e que, não raras vezes, não guardam coerência entre si, resultando em soluções díspares para casos da mesma natureza.[102]

Tal circunstância, além de propiciar, no panorama contemporâneo, uma "verdadeira loteria do dano"[103], haja vista a aleatoriedade e imprevisibilidade das decisões, o que vai de encontro com o princípio da segurança jurídica[104], resulta na crise do diálogo entre doutrina e jurisprudência, o qual, nas palavras de Anderson Schreiber, pode ser comparado a *"*uma babel de idiomas desconexos, em que não se chega a qualquer resposta por total desacordo sobre as perguntas".[105]

Se de um lado a evolução tecnológica, o crescimento populacional e o refinamento das relações subjetivas pelo mercado propiciaram o aumento das contingências individuais e a consequente majoração do potencial lesivo da sociedade, de outra parte o reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais e a consagração da tutela dos interesses existenciais e coletivos ampliaram consideravelmente o espectro dos interesses lesados, de

---

[101] Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 7: Responsabilidade Civil. 22. ed. rev. atual e ampl. de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 03-04.
[102] Veja-se, como exemplo, o dissenso na jurisprudência acerca do reconhecimento do dano moral coletivo.
[103] Expressão utilizada por Patrick Selim Atiyah (cf. *The damages lottery*. Oxford: Hart Publishing, 1997).
[104] Tema já abordado no capítulo 3.
[105] *Novos Paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 03.

modo que, segundo Maria Helena Diniz, é possível dizer que o instituto da responsabilidade civil passou por uma evolução pluridimensional, ou seja, quanto a sua história, aos seus fundamentos, sua extensão ou área de incidência (número de fatos e pessoas que ensejam a responsabilidade), bem como quanto a sua densidade ou profundidade da indenização.[106]

Verifica-se, pois, um verdadeiro choque entre as velhas estruturas e as novas funções do instituto da responsabilidade civil, cuja conotação inicialmente individualista e exclusivamente patrimonial vem sendo distendida com o escopo de atender um propósito mais solidarista e consentâneo com a axiologia constitucional.[107]

O deslocamento do foco da responsabilidade civil da punição do ofensor para a reparação da vítima exige, necessariamente, a releitura dos conceitos clássicos, o que, no âmbito do judicial, não raras vezes, conduz perda da importância da culpa e do nexo de causalidade como óbices ao ressarcimento dos danos sofridos, culminando no fenômeno denominado "erosão dos filtros da reparação."[108] Como consequência, observa-se o crescimento continuado das demandas indenizatórias submetidas ao Poder Judiciário, como resultado da expansão quantitativa e qualitativa dos danos indenizáveis.

Sob outro prisma, fala-se que a responsabilidade civil passa por uma verdadeira revolução em face de três aspectos fundamentais: (I) ampliação dos danos suscetíveis de reparação; (II) objetivação da responsabilidade; e (III) coletivização da responsabilidade.[109]

Silmara Juny Chinellato aponta, ainda, um quarto aspecto, qual seja, o alargamento do rol dos titulares ativos e passivos, lesantes e lesados, uma vez que,

> [...] entre os que causam dano a outrem, autor do dano ou lesante, incluem-se a pessoa jurídica e os 'entes não personalizados', da mesma forma que entre 'os titulares do direito à indenização, os lesados ou vítimas', incluem-se, além da pessoa natural nascida, o nascituro - conceito que abrange o embrião pré-implantatório -, a pessoa jurídica e os mortos.[110]

---

[106] Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 7: Responsabilidade Civil. 22. ed. rev. atual e ampl. de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 10.
[107] Cf. SHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.07.
[108] Expressão utilizada por Anderson Schreiber (cf. *Novos Paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015).
[109] Cf. MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.48.
[110] CHINELLATO, Silmara Juny. Tendências da responsabilidade civil no direito contemporâneo: reflexos no Código de 2002. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Novo Código Civil*: questões controvertidas – responsabilidade civil. São Paulo: Método, 2006. v. 5, p. 590.

Tal revolução, por seu turno, revela-se como uma proposta de solução à chamada "crise da responsabilidade civil"[111], a qual atinge desde a nomenclatura até as funções e as formas de aplicação do instituto.[112] Pondera Giselda Hironaka:

> Por que crise? Porque, como apontam os autores dedicados ao tema da responsabilidade, não é apenas o conceito de responsabilidade aquiliana que se encontra desgastado, contemporaneamente, mas também a ideia de justificação do dever de indenizar com base exclusivamente na ambiência do direito.[113]

Daí decorre a complexidade e necessidade de estudo das novas nuances da responsabilidade civil, o qual, discorre Serpa Lopes, constitui-se

> [...]um dos mais árduos e complexos problemas jurídicos é inegavelmente o da responsabilidade civil. Nele se refletem as atividades humanas, individuais e contratuais. Estudá-lo, importa em imergir no exame atento da própria atividade humana, o que vai além do campo convencional para atingir um outro mais vasto, cuja pesquisa exige um apelo às análises psicológicas e a considerações deduzidas do espírito do autor do ato. Por vezes é necessário, como o acentuou Demogue, penetrar no estado de espírito da própria vítima. Se, de um lado, o progresso revolucionário da máquina, o desenvolvimento prodigioso da energia elétrica, os engenhos atômicos estarrecem e maravilham, de outro lado geram constantes e enormes perigos à vida humana, à sua integridade, o que põe em agitação o problema da responsabilidade, pois, a cada atentado sofrido pelo homem, seja em relação à sua pessoa física, seja ao seu patrimônio, corresponde um quebra do equilíbrio patrimonial, cuja inalterabilidade a ordem jurídica tem o dever de manter.[114]

Nessa esteira, dentre as modernas tendências da responsabilidade civil apontadas pela doutrina, cumpre analisar alguns aspectos que guardam relação direta com o objeto da presente pesquisa, tais como: a) erosão dos filtros tradicionais de reparação; b) expansão dos danos indenizáveis[115]; e c) maximização ou alargamento das funções da responsabilidade civil.

### *1.6.1 Erosão dos filtros tradicionais de reparação (culpa e nexo de causalidade)*

---

[111] Fala-se em "crise" porque se está diante de uma nova estruturação do instituto, visando adequá-lo às novas realidades e necessidades sociais.

[112] Quanto à nomenclatura, discute-se se, diante da objetivação e do deslocamento do foco do instituto para a reparação do dano, não seria mais adequado falar-se em "direito dos danos", ao invés de "responsabilidade civil". Quanto à função, discute-se a possibilidade de se reconhecer, ao lado da função reparatória, as funções punitiva e preventiva. Por fim, sob o enfoque da forma de aplicação, apregoa-se a despatrimonialização do instituto, através da utilização de meios não pecuniários de reparação.

[113] *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.69

[114] *Curso de direito civil*. 6.ed. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 63

[115] Anderson Schreiber utiliza a expressão "danos ressarcíveis" (*Paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, passim), enquanto que Ney Maranhão designa o mesmo fenômeno de "redimensionamento ontológico do dano" (*Responsabilidade civil contemporânea*: influência constitucional e novos paradigmas. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/responsabilidade-civil-contempor%C3%A2nea-influ%C3%AAncia-constitucional-e-novos-paradigmas).

A despeito da divergência quanto ao elemento subjetivo[116], em linhas gerais, o sistema da responsabilidade civil encontra-se alicerçado em três pressupostos ou requisitos essenciais, quais sejam: o dano, a culpa e o nexo de causalidade. Tais pressupostos, além de imprescindíveis ao reconhecimento do dever de reparar, funcionam como verdadeiras barreiras de contenção dos pedidos indenizatórios e, por promoverem a seleção das demandas que merecem ser submetidas ao crivo do Poder Judiciário, podem ser denominadas como "filtros da responsabilidade civil" ou "filtros de reparação".[117]

Sem embargo, dentro do panorama evolutivo já delineado, evidencia-se, na atualidade, a gradual perda da importância dos pressupostos tradicionais de imputação da responsabilidade[118], haja vista que, progressivamente, o Poder Judiciário, no afã de prestigiar a reparação da vítima[119], tem devotado cada vez menos atenção à prova da culpa e do nexo de causalidade. Tal fenômeno, denominado por Anderson Schreiber como "erosão dos filtros tradicionais de reparação"[120], longe de se caracterizar como uma heresia ou desprestígio dos fundamentos da doutrina clássica, é resultado de uma "revolução gradual, silenciosa, marginal até, inspirada pelo elevado propósito de atribuir efetividade ao projeto constitucional, solidário por essência"[121], que também se encontra atrelada ao reconhecimento do dano como um efeito colateral, inevitável e inerente à própria convivência em sociedade.

No que tange à culpa, tida pela doutrina clássica, de cunho eminentemente patrimonialista e individualista, como elemento nuclear da responsabilidade civil, verifica-se que, aos poucos, ela tem assumido uma posição cada vez mais coadjuvante. É o que se verifica, por exemplo, no Código Civil Brasileiro de 2002, que, conforme já analisado, a par de ter

---

[116] Conforme já abordado neste trabalho, a doutrina majoritária não considera a culpa como requisito essencial da responsabilidade civil, por se tratar de um elemento acidental, presente somente na responsabilidade subjetiva.

[117] SHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 11.

[118] "Os pressupostos não são mais claros nem seguros. O tempo presente, saído de uma formatação antropocêntrica exacerbada faz do sujeito um ser multifacetado pelo consumo que almeja, também, atender desejos paradoxais, como incolumidade a qualquer preço e plenitude de responsabilidade, especialmente aquela que se projeta para fora de sua própria esfera, recaindo sobre o Outro e mesmo sobre o Estado, em sentido amplo*"* (FACHIN, Luiz Edson. *Responsabilidade civil contemporânea no Brasil*: notas para uma aproximação. Disponível em: https://www.fachinadvogados.com.br/artigos/FACHIN%20Responsabilidade.pdf).

[119] O deslocamento do foco da responsabilidade civil para a vítima também representa uma moderna tendência. Nesse sentido, ensina segundo Maria Celina Bodin de Moraes que "ressarcíveis não são os danos causados, mas sim os danos sofridos, e o olhar do Direito volta-se totalmente para a proteção da vítima*". (*Deveres parentais e responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 31, 2005, p. 55)

[120] SHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 11.

[121] SHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 07.

consagrado a responsabilidade subjetiva no caput do art. 927, previu, no parágrafo 1º, a possibilidade de responsabilização independente de culpa.[122]

Ademais, releva notar que a Constituição de 1988, além de ter previsto expressamente algumas hipóteses específicas de responsabilidade objetiva, tal como se observa, por exemplo, no art. 21, XXIII, alínea "d"[123] e art. 37, §6º[124], ao consagrar os princípios da solidariedade social e da justiça distributiva (art. 3º, incisos II e III), promoveu a mudança do paradigma individualista-liberal, sobre o qual se sustentava o Código Civil de 1916, para o chamado modelo solidarista[125], inaugurando uma nova tábua axiológica mais sensível ao reconhecimento da responsabilidade objetiva, na medida que reconhece que toda a sociedade deve arcar com a reparação daqueles que experimentam os danos derivados das atividades que a todos aproveitam. Ao tratar sobre a referida mudança, assevera Gustavo Tepedino que

> [...] os princípios da solidariedade social e da justiça distributiva, capitulados no art. 3º, incisos I e III, da Constituição, segundo os quais se constituem objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, não podem deixar de moldar os novos contornos da responsabilidade civil. Do ponto de vista legislativo e interpretativo, retiram da esfera meramente individual e subjetiva o dever de repartição dos riscos da atividade econômica e da autonomia privada, cada vez mais exacerbados na era da tecnologia. Impõem, como linha de tendência, o caminho da intensificação dos critérios objetivos de reparação [...].[126]

Tal movimento é reflexo do deslocamento do foco da responsabilidade civil, que antes concentrava-se na figura do ofensor e, na atualidade, passa a gravitar em torno da necessidade

---

[122] Tamanha é a valorização da responsabilidade objetiva na contemporaneidade que, de acordo com os dispositivos do Código Civil de 2002, é possível afirmar que, comparativamente, a responsabilidade subjetiva é que se torna residual, tantas são as hipóteses de responsabilidade independente de culpa. Cite-se, por exemplo, as previsões relativas à responsabilidade o empresário (art. 931), do transportador (art. 734), a responsabilidade pelo fato dos animais (art. 936), a responsabilidade decorrente de ruína (art. 937) etc.

[123] *"(...) d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa (...)"*

[124] *"(...)§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".*

[125] Nas palavras de Carlos Edson do Rêgo Monteiro Filho, "[a] promulgação da Constituição de 1988 operou vigorosa transformação do direito civil, a impor a releitura de todas as suas instituições. A nova carta ensejou tanto a revogação das disposições normativas incompatíveis com o seu texto e seu espírito, quanto a modificação interpretativa de todas as remanescentes. Rompeu com as bases e valores que até então prevaleciam, de cunho liberal, notadamente o individualismo e o patrimonialismo, e inaugurou nova ordem jurídica, calcada em valores existenciais, não patrimoniais, sobretudo no pluralismo e no solidarismo" (Rumos Cruzados do Direito Civil Pós-1988 e do Constitucionalismo de Hoje. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo*: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional – Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008, p. 263.)

[126] A evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas Controvérsias na Atividade Estatal. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 191-216.

de socorrer a vítima[127], prestigiando a reparação do dano, o que, por sua vez, relaciona-se à tentativa de superação das dificuldades probatórias encontradas por esta última.[128]

O progressivo desprestígio do elemento subjetivo, de outra parte, culminou na alteração da própria noção jurídica de culpa, que, tradicionalmente, estava atrelada a uma concepção psicológica, ou seja, relacionava-se ao estado de ânimo do agente e à reprovação moral. Segundo essa linha de pensamento, concebia-se a culpa ora como um *stato d´animo* (estado de ânimo) do agente que se pretende responsável[129], ora como "a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais da sua atitude"[130].

Contudo, a noção tradicional de culpa, vinculada aos impulsos anímicos do sujeito, ao caráter moral e à previsibilidade dos resultados da conduta, não obstante tenha assegurado uma justificativa ética-filosófica ao dever de indenizar, constituía um obstáculo concreto à reparação dos danos, uma vez que ao enfatizar o comportamento reprovável do ofensor, impunha-se à vítima o ônus da sua comprovação, o que, muitas vezes, se mostrava extremamente difícil ou, até mesmo, impossível, razão pela qual se costumava atribuir à prova da culpa a alcunha de *probatio diabolica* ou prova diabólica[131].

A dificuldade de demonstração mencionada, que atendia à visão racional-burguesa, de cunho eminentemente individualista-liberal e que rejeitava a limitação da autonomia privada, relegando a vítima a sua própria sorte, não mais se coadunava com os modernos ideários da sociedade, o que fez com que a noção psicológica de culpa fosse, paulatinamente, substituída pela culpa normativamente definida.[132]

Dentro dessa nova realidade, a culpa perde o seu viés psicológico para ganhar uma conotação normativa, uma vez que o elemento volitivo, as aptidões e a capacidade pessoal do

---

[127] Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. III. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 362.
[128] "A vítima tem a sua disposição todos os meios de prova, pois não há, em relação à matéria, limitação alguma. Se, porém, fosse obrigada a provar, sempre e sempre, a culpa do responsável, raramente seria bem-sucedida na sua pretensão de obter ressarcimento." (AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. Atual. Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 110).
[129] Cf. CHIRONI, G. P. *La Colpa nel Diritto Civile Odierno: Colpa Extra-Contrattuale*, Turim: Fratelli Bocca Editori, 1903, p. 103 apud SCHREIBER, Anderson *Novos Paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 14.
[130] AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. Atual. Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 149.
[131] Cf. SHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 17.
[132] Ibidem, p. 35.

agente perdem importância, para ceder espaço a um padrão objetivo e abstrato de conduta, que uma vez violado, enseja a responsabilidade civil.

Nessa esteira, a ideia de previsibilidade também perde relevo, haja vista que, para que haja a culpa, basta que não seja adotada a conduta normativamente esperada, sendo irrelevante, pois, aferir se o agente previu ou não o resultado, ou ainda, se tinha condições para tanto.

A culpa, outrossim, passou a ser entendida como o "erro de conduta", o qual deve ser compreendido em abstrato, isto é, sem a análise das condições pessoais e anímicas do agente, mas com base em um modelo geral de comportamento. Nesse contexto, não mais subsiste o critério do "bom pai de família" (*bonus pater familias*) ou do "homem médio", incumbindo, pois, ao magistrado, em cada caso concreto, fixar modelos ou padrões de conduta a serem aplicados a partir das circunstâncias fáticas e da condição socioeconômica do autor do dano. Tal recurso, além de conferir a dinamicidade indispensável ao instituto da responsabilidade civil, assegura a efetividade das decisões, tendo sido denominado por Anderson Schreiber de "fragmentação dos modelos de conduta"[133].

Referido modelo, sem abandonar o método *in abstracto* ou retornar a um exame de imputabilidade moral, procura dar ênfase às circunstâncias concretas e à especialidade das situações submetidas à avaliação pelo Poder Judiciário, desenhando modelos múltiplos e menos generalizados de comportamento, que não levam em consideração características individuais do sujeito, mas sim fatores atinentes a sua formação socioeconômica.

Dessa forma, o julgador, ao invés de se valer de um modelo único de *bonus pater familias*, excessivamente genérico e irreal, se utiliza de parâmetros ou *standards* específicos de conduta, podendo, para tanto, se valer de diretrizes de condutas emitidas por associações profissionais, bem como recorrer a assistência de órgãos, entidades e técnicos que tenham conhecimento específico sobre o tipo de comportamento que se avalia[134].

Nessa tarefa, a noção de boa-fé objetiva, que possui tríplice função[135], constitui-se um necessário estímulo à construção jurisprudencial e doutrinária de parâmetros ou *standards* de comportamento que possam ser exigidos no convívio social, uma vez que aqueles comportamentos que são vedados pela boa-fé, tal como o *venire contra factum proprium*, ou

---

[133] *Novos Paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 41.

[134] Anderson Schreiber cita, como exemplo, a CVM (Comissão de Valores Mobiliários). (cf. *Novos Paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 42.)

[135] Atribui-se à boa-fé objetiva as seguintes funções: a) função de cânone interpretativo dos negócios jurídicos; b) função criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal; c) função restritiva do exercício de direitos (cf. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Vol. 4: contratos-teoria Geral. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 88).

seja, a vedação de comportamento contraditório à legítima confiança despertada em outrem, exercem o papel de *standards* negativos de conduta.[136]

Conclui Anderson Schreiber que

> [...] o método de verificação da culpa perde, então, em abstração e generalidade, mas ganha em objetividade, estimulando o efeito dissuasivo, sem as deficiências de um standard unívoco, que, correspondendo simplesmente à moralidade judiciária, acaba por projetar um homem médio desconhecido para a média dos homens.[137]

Ao fenômeno caracterizado pelo progressivo aumento do número de hipóteses legais de responsabilidade objetiva e pelo reconhecimento da concepção normativa de culpa, a doutrina tem atribuído a denominação de objetivação da responsabilidade civil[138], o qual se constitui, inegavelmente, uma das principais tendências da responsabilidade civil contemporânea.

A objetivação, ao promover a redução ou eliminação do peso da culpa nas ações de ressarcimento, atenua, consideravelmente, a sua força de contenção, promovendo, por conseguinte, a erosão do elemento culpa como filtro de reparação, o que, em contrapartida, resulta no aumento do fluxo de ações de indenização.

Adverte, contudo, Anderson Schreiber que a preocupação com o afastamento da conotação ética da responsabilidade, tem contribuído para o surgimento de um movimento chamado por ele de "contraofensiva da culpa"[139], cujos adeptos propõem a recuperação do caráter sancionatório ou punitivo, em prol de um efeito dissuasivo sobre as condutas culposas, invocando, por exemplo, o emprego da culpa na quantificação da indenização por dano moral, a redução equitativa da indenização em face da desproporcionalidade entre a culpa e o dano, prevista no art. 944 do Código Civil, etc.

---

[136] Cf. SHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 48.

[137] SHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 43.

[138] "Trata-se de processo amplo [objetivação da responsabilidade civil], que não se limita apenas ao crescimento paulatino das hipóteses legais de responsabilidade objetiva, indicando, também, mais recentemente, a formulação, no âmbito da responsabilidade subjetiva, da concepção normativa de culpa. Vale dizer, a valoração do ato ilícito verifica-se não a partir de elementos intencionais do agente, e sim com base em padrões de comportamento considerados razoáveis para o fato concreto – standards de conduta" **(**TEPEDINO, Gustavo. Nexo de causalidade: conceito, teorias e aplicação na jurisprudência brasileira, p. 106-119. In: RODRIGUES JR., Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; VITAL DA ROCHA, Maria (Coord.) Responsabilidade civil contemporânea. São Paulo: Atlas, 2011, p. 107)

[139] "Seria tolice acreditar, todavia, que a responsabilidade civil caminha segundo uma tendência evolutiva única. Ao mesmo tempo em que a prática jurisprudencial e a atuação legislativa vêm retirando da culpa parte de sua importância secular, um número não inexpressivo de autores se insurge em prol do que já foi denominado 'une contre-offensive de la culpabilité'. Tal ofensiva parte, sobretudo, daqueles que, preocupados com o excessivo afastamento da concepção ética da responsabilidade civil, vêm propor a recuperação do seu caráter sancionatório ou punitivo, em prol de um efeito dissuasivo sobre as condutas culposas." (*Novos paradigmas da responsabilidade civil*: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.49).

Verifica-se, portanto, que não obstante a perda da importância da culpa, também chamada de "ocaso científico da culpa"[140] constitua uma tendência moderna e inevitável da responsabilidade civil, não se pode afirmar que ela, necessariamente, alcançará o seu ápice com o total desaparecimento da culpa do âmbito da reparação[141], haja vista que, ainda que reste superado o entendimento de que ela se constituiria o único fundamento da responsabilidade, a aferição da culpabilidade do agente continua exercendo um relevante papel, conforme se extrai, por exemplo, da redação dos artigos 186[142] e 944, parágrafo único, do Código Civil[143].

De outra parte, o nexo de causalidade, que também se constitui um filtro de reparação, igualmente foi objeto de relativização em razão do deslocamento do eixo gravitacional da responsabilidade civil para a vítima e do advento da responsabilidade objetiva.

Conforme já analisado anteriormente, várias teorias foram desenvolvidas para tentar explicar o nexo causal, destacando-se as seguintes: (i) teoria da equivalência das condições; (ii) teoria da causalidade adequada; (iii) teoria da causalidade eficiente; e (iv) teoria da causa direta e imediata.

Em apertada síntese, para os defensores da teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*), qualquer evento capaz de contribuir para a produção do dano deve ser considerado causa do dano para fins da responsabilização, o que, por sua vez, foi objeto de críticas, especialmente no que diz respeito ao alargamento em demasia do raio do dever de reparação, imputando-o a uma miríade de agentes e eventos que muitas vezes apenas remotamente se relacionam com o dano.

---

[140] MARANHÃO, Ney Stany Morais. *Responsabilidade civil contemporânea*: influência constitucional e novos paradigmas. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/responsabilidade-civil-contempor%C3%A2nea-influ%C3%AAncia-constitucional-e-novos-paradigmas

[141] Nas palavras de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka "A ampliação do campo de abrangência da responsabilidade acabou, então, por provocar certo declínio da culpa enquanto elemento imprescindível à sua configuração; no entanto, não desapareceu completamente a culpa, e nem desaparecerá, já que a evolução não equivale à substituição de um sistema por outro. Esta advertência já houvera sido considerada por Savatier que previu que 'se uma responsabilidade fundada no risco se justifica plenamente em nosso direito moderno é preciso não lhe atribuir nem função única, nem mesmo o primeiro lugar' (PEREIRA: 1996, p. 271). Culpa e risco, anunciou o renomado jurista, devem deixar de ser considerados como fundamentos da responsabilidade civil, para ocuparem o lugar que efetivamente ocupam, isto é, a posição de fontes da responsabilidade civil, sem importar se uma delas tem primazia sobre a outra, sem a preocupação de que uma aniquila a outra, mas importando saber que, embora tão mais freqüentes os casos de responsabilidade subjetiva, embasada na culpa, persistem existindo os casos em que se registrará a insuficiência desta fonte, quando, então, abrir-se-á a oportunidade da reparação do dano pelo viés da nova fonte, a do risco. Convivem, portanto, as duas teorias, e conviverão provavelmente por longo tempo" (Responsabilidade pressuposta evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 31, n. 1, p. 33-59. Disponível em: https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/12029/7983. Acesso em: 20 nov. 2016.

[142] Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[143] Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.
Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

Já a teoria da causalidade adequada somente se considera como causadora do dano a condição por si só apta a produzi-lo, o que também foi criticado sob a alegação da excessiva dilatação do campo de liberdade conferido ao juiz na análise de cada caso.

A teoria da causalidade eficiente, por seu turno, sustenta que as condições que concorrem para um certo resultado não são equivalentes, porquanto sempre haverá de existir um fator que, na circunstância concreta, efetivamente desponta como a verdadeira causa do evento. Assim, o juízo alusivo à causalidade não se daria em abstrato, mas em concreto. A crítica que se faz, contudo, diz respeito à inexistência de critérios mais ou menos objetivos que permitissem a seleção, no caso concreto, da causa mais eficiente.

Por fim, destaca-se a teoria da causalidade direta ou imediata, também chamada de causalidade necessária, segundo a qual a causa jurídica será apenas o evento que se vincula diretamente ao dano, sem interferência de outra condição sucessiva. Referida teoria, como já visto, foi acolhida pelo Código Civil brasileiro de 1916 e, posteriormente, confirmada pelo Código Civil de 2002, em seu art. 403, não tendo ficado indene de críticas, sobretudo em razão do seu caráter excessivamente restritivo, o que poderia conduzir a resultados injustos.

Inexiste consenso doutrinário e jurisprudencial acerca de qual teoria seria mais adequada na atualidade, sendo que a observação das decisões judiciais revela que os tribunais têm empregado ora uma teoria, ora outra, o que conduz à inexistência de um padrão de julgamento neste particular. A par disso, não raras vezes, as cortes se utilizam de mais de uma teoria para o mesmo caso ou não empregam as denominações sem o respectivo rigor técnico, na tentativa de justificar um juízo antecedente de responsabilização e assegurar, na prática, alguma compensação à vítima do dano.

Nesse contexto, fala-se, ainda, em uma nova espécie de responsabilidade, denominada "responsabilidade objetiva agravada", que, além de dispensar o elemento culpa, prescinde também do nexo de causalidade, exigindo unicamente que o dano possa ser considerado risco próprio da atividade em causa.[144] Trata-se, pois, de um segundo momento de uma evolução que teve início com o fenômeno da objetivação e que tem como escopo primordial evitar que qualquer dano fique sem reparação.

Além disso, também com respaldo na socialização dos riscos[145], observa-se, na jurisprudência atual, uma gradual relativização da força das excludentes de causalidade, assim

[144] Cf. NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 761, 1999, p. 37.

[145] A socialização, como decorrência do novo paradigma introduzido pela Constituição federal de 1988, supõe a progressiva imersão do indivíduo no corpo social, de modo que o risco se coletiviza, socializando-se a

concebidas como as circunstâncias fático-jurídicas que tem o condão de romper o nexo causal, eximindo o agente da responsabilidade, e que têm sofrido a redução do seu papel.

É o que se dá, por exemplo, através do reconhecimento da "teoria do fortuito interno" ou "do risco do empreendimento", desenvolvida no âmbito das relações de consumo, para evitar a exclusão da responsabilização nos casos em que o evento danoso, embora imprevisível e irresistível, decorre da própria atividade desenvolvida[146]. Nessas hipóteses, como o risco encontra-se ligado à atividade potencialmente lesiva do sujeito responsável, o fortuito interno não é suficiente para o afastamento do nexo de causalidade entre esta última e o dano, mesmo quando este for imprevisível e irresistível[147]. Dentro dessa linha de raciocínio, somente o fortuito externo, isto é, aquele alheio à organização do negócio, é que poderá ser considerado, de fato, uma excludente de causalidade.

A mencionada relativização abrange, ademais, as excludentes de culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiro, permitindo que certos comportamentos da vítima ou de terceiros, ainda que incompatíveis com *standards* específicos de diligência, "sejam considerados inclusos no risco do responsável ou imputáveis a sua esfera por alguma outra razão, a exemplo do que ocorre com o fortuito interno"[148], com a finalidade de assegurar à vítima alguma espécie de reparação.[149]

---

responsabilidade. (Cf. GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 235.)

[146] "(...) INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - MOTORISTA DE ÔNIBUS - PERDA TOTAL DO OLHO ESQUERDO - EMPRESA DE TRANSPORTE (...) Nessa senda, se o empregador coloca o seu empregado em atividade cujo risco é notoriamente conhecido, não pode, quando da ocorrência do infortúnio, esquivar-se de sua responsabilidade pelas lesões experimentadas pelo trabalhador. Do contrário, estar-se-ia negando o postulado da solidariedade elencado no art. 3º, I, da Carta Magna, pois é manifestamente injusto que aquele que tira proveito do trabalho alheio não repare os danos sofridos pelo empregado, enquanto inserido no empreendimento empresarial. Presentes, portanto, o dano e o nexo causal com atividade de risco, imputa-se ao empregador (criador de tal situação) a responsabilidade pelos danos morais suportados pelo empregado. (...) **Sucede que eventos como os que vitimaram o obreiro (imprudência dos motoristas que trafegam nas vias públicas) afiguram-se plenamente previsíveis para qualquer cidadão brasileiro, constituindo, infelizmente, parte do cotidiano de nosso País. Assim, por se tratar de fortuito interno (inerente à atividade desenvolvida pela reclamada), ele não se presta a afastar a responsabilidade da ré.** (E-RR - 39300-88.2006.5.17.0121, Relator Ministro Vieira de Mello Filho, DEJT 26/09/2014)." [g.n.]

[147] Ressalte-se que a noção de fortuito interno somente se aplica aos casos de responsabilidade objetiva, uma vez que, na seara da responsabilidade subjetiva, a mera imprevisibilidade já é suficiente para descaracterizar o ilícito.

[148] SHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 70.

[149] Anderson Schreiber (*Novos Paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 71) cita como exemplo o "caso do escorrega", julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2001, em que um jovem, durante a madrugada, subiu em um escorrega localizado em um hotel fazenda onde estava hospedado e mergulhou do alto dele dentro da piscina, que, por não ser suficientemente profunda, permitiu que o referido jovem chocasse a cabeça com o solo, o que lhe provocou sérios danos físicos. Neste caso, não foi acolhida a excludente de culpa exclusiva da vítima, sob o argumento de que o fato do jovem se encontrar no âmbito da previsibilidade e prevenção do estabelecimento hoteleiro, que não providenciou iluminação adequada no local e, tampouco, qualquer comunicação acerca da profundidade da piscina, atrairia a responsabilidade do hotel e da agência de turismo que o indicara. (Recurso Especial 287.849/SP, j. 17.4.2001, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr.)

Por fim, ainda no que se refere à erosão do nexo de causalidade como filtro de reparação, destacam-se as teorias da responsabilidade pelo resultado mais grave (*thin skull rule*) e da causalidade alternativa[150].

Os defensores da primeira teoria sustentam que o agente que pratica a conduta deve ser responsabilizado também pelo resultado mais grave, ainda que oriundo de condições particulares da vítima, o que representa, aliás, mais um recurso empregado para a extensão do dever de reparar. Entende-se que "as condições pessoais de saúde da vítima, bem como as suas predisposições patológicas, embora agravantes do resultado, em nada diminuem a responsabilidade do agente", respondendo o agente pelo resultado mais grave, independentemente de ter conhecimento da concausa antecedente que agravou o dano. É o caso, por exemplo, da agressão física ou moral que resulta em morte por ser a vítima cardíaca.[151]

De outro lado, a teoria da causalidade alternativa não se propõe a eleger um critério de aferição da causalidade, mas a dar uma resposta certas situações em que não seja possível identificar o grupo de cuja atuação adveio o dano. Schreiber cita como exemplo o caso do acidente de caça, em que um disparo atinge a vítima, sem que se possa identificar de qual arma ele partiu. Para tal hipótese, a teoria em exame sugere a responsabilidade solidária de todo o grupo envolvido na geração do dano.

A despeito da teoria da causalidade alternativa ter sido expressamente adotada em alguns ordenamentos jurídicos, tal como o alemão[152], ela não possui previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, embora a jurisprudência pátria, com fundamento no art. 1.529 do Código Civil de 1916[153], já permitisse a responsabilização do condomínio como um todo, no caso de danos provenientes da queda ou lançamento de objetos de qualquer uma de suas unidades.[154]

---

[150] Expressão utilizada por Clóvis do Couto e Silva. Outros autores utilizam a expressão "responsabilidade coletiva" para designar o mesmo fenômeno. Vasco Della Giustina, por sua vez, prefere a denominação "responsabilidade civil dos grupos". (cf. MORAES, Renato Duarte Franco. *A causalidade alternativa e a responsabilidade civil dos múltiplos ofensores*. 218f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 13-14).

[151] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 59

[152] "De acordo com § 830 do Código Civil alemão – BGB (1896) -, se várias pessoas causaram um prejuízo por meio de um ato ilícito praticado em comum, cada uma delas é responsável pelo dano. A segunda parte do dispositivo impõe idêntica solução quando não for possível descobrir, dentre os vários participantes, quem, com seu ato, causou o dano." (CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 273.)

[153] Art. 1.529. Aquele que habitar uma casa, ou parte dela responde, pelo dano proveniente das coisas, que dela caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

[154] Cite-se, como exemplo, a decisão proferida no Recurso Especial 64.682/RJ, julg. 10.11.1998, Rel. Min. Bueno de Souza.

A jurisprudência, igualmente, tem invocado a teoria da causalidade alternativa em outras situações em que inexiste norma legal que a legitime, a fim de garantir à vítima a reparação do dano sofrido. Para ilustrar isso, transcreve-se ementa de decisão do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul proferida em um caso envolvendo acidente automobilístico:

> Causalidade alternativa. Mesmo que não se saiba quem foi o autor do dano, se há vários indivíduos que poderiam ser, todos estão obrigados a indenizar solidariamente. Culpa. À vítima, a quem não se pode atribuir qualquer culpa pelo acidente, não se pode exigir que descreva e prove minuciosamente a culpa de cada um dos motoristas. Teoria da causalidade alternativa.[155]

Releva notar que a hipótese ora tratada não se confunde com aquela prevista no art. 942 do Código Civil Brasileiro, uma vez que, neste último caso, a responsabilidade solidária decorre da atuação conjunta de mais de um agente (coautoria), enquanto que, na causalidade alternativa, não é possível determinar quem causou o dano.

Ainda dentro do tema da erosão dos filtros tradicionais, cabe trazer à baila a teoria proposta por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, que, na esteira da construção de um sistema de responsabilidade civil pautado não apenas na reparação, mas também na prevenção da ocorrência de danos e que, portanto, não mais se sustentaria somente nos tradicionais pilares da antijuridicidade, da culpabilidade e do nexo de causalidade, propõe um novo critério de responsabilização chamado de "responsabilidade pressuposta"[156].

Referido critério, que segundo a autora integraria um "sistema aperfeiçoado de responsabilidade civil", não visa, obviamente, evitar todo o perigo, o que, ela reconhece, seria algo impraticável, mas sim diminuir o dano, através da redução do custo social que ele representa, seja por meio da adoção de medidas de prevenção, ou seja porque alguém responderá por ela por força de uma responsabilidade pressuposta, fundada num "critério-padrão de imputação".

Com inspiração no direito suíço, propõe-se o reconhecimento de uma espécie de cláusula geral de responsabilidade sem culpa, derivada de uma *mise en danger* bem definida.

Assim, partindo-se da premissa de que a responsabilidade civil já seria pressuposta pelo ordenamento, de modo que o dever de indenizar exsurgiria, automaticamente, da prática de um

---

[155] TARS, Apelação Cível 195.116.827, Quinta Câmara Cível, Rel. Rui Portanova, j. 23.11.1995.

[156] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 31, n. 1, p. 33-59. Disponível em: https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/12029/7983. Acesso em: 20 nov. 2016. p. 35.

ato danoso, defende-se que o dever de reparar decorreria da injusta exposição ao risco (*mise en danger*[157]) decorrente de qualquer atividade desenvolvida pelo agente.

Ao conceber a responsabilidade pressuposta como uma *mise em danger otimizada*, Hironaka enumera aqueles que ela considera como sendo os seus principais traços:

> 1) **risco caracterizado** (fator qualitativo): é a potencialidade, contida na atividade, de se realizar um dano de grave intensidade, *potencialidade* essa que não pode ser inteiramente eliminada, não obstante toda a diligência que tenha sido razoavelmente levada a cabo, nesse sentido; 2) **atividade especificamente perigosa** (fator quantitativo): subdivide-se em: a) **probabilidade elevada**: corresponde ao caráter inevitável do risco (não da ocorrência danosa em si, mas do risco da ocorrência). A impossibilidade de evitar a ocorrência nefasta acentua a periculosidade, fazendo-a superior a qualquer hipótese que pudesse ter sido evitada pela diligência razoável; b) **intensidade elevada**: corresponde ao elevado índice de ocorrências danosas advindas de uma certa atividade (as sub-espécies deste segundo elemento podem, ou não, aparecerem juntas; não obrigatoriamente).
> Portanto, e a partir desta súmula do que se idealiza quanto a uma *mise en danger*, provavelmente seria possível retratar o critério buscado para lhe conferir o status de uma *règle de valeur*, da seguinte maneira: 1) este critério deve descrever a potencialidade perigosa das atividades que podem ensejar a responsabilização pelo viés da *mise en danger*; 2) não deve ser taxativo ou enumerativo, para não fechar as portas para futuros danos, ainda não conhecidos; 3) não deve ser tão elástico que acabe por suportar (ou por deixar entrar) variáveis que não se encaixem na verdadeira potencialidade perigosa de uma atividade; 4) estabelecido o nexo causal (dano x atividade perigosa), o executor da atividade é considerado o responsável pela reparação (*tout court*); 5) essa responsabilidade civil deve ter como finalidade exclusivamente a reparação da vítima, sem qualquer abertura à exoneração dos responsáveis, à face de provas liberatórias (assemelhadas às contra-provas, nas presunções *juris tantum*); 6) não deve admitir excludente de responsabilidade; 7) pode, eventualmente, admitir o regresso (ação de regresso), mas que se dará pelas provas que o demandado possa fazer nessa outra ação, e que demonstrariam a culpa de outrem, contra o qual regressaria.[158]

A despeito de representarem um passo inevitável na trilha evolutiva da responsabilidade, as diversas nuances da erosão do nexo de causalidade como filtro de reparação constituem, todavia, uma via de mão dupla. Se de um lado, asseguram a reparação da vítima, propiciando que todos os danos sejam reparados, evidenciando o caráter social da responsabilidade civil, de outro lado, por se apoiarem em uma ampla margem de

---

[157] *Mise en danger*: o verbo *mettre*, no francês, significa pôr, colocar. Seu particípio passado é *mis-mise*, no entanto, quando vem acompanhado de um complemento, passa a ter um sentido de expressão idiomática, indicando uma ação. Ex. *mise en scène* = encenar uma peça de teatro, significando a organização material do espetáculo, o script dos atores, a decoração, enfim, uma situação fática nova. Vale dizer, significa uma ação rápida que passa a uma situação ou estado novo. É o ato de pôr, porém, mudando de posição, em relação à anterior. **Portanto, *mise en danger* pode ser traduzido como uma ação de pôr em perigo ou em risco (*danger*), como indicativo de perigo ou de atenção.** (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 31, n. 1, p. 33-59, p. 51). [g.n.]

[158] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 31, n. 1, p. 33-59. Disponível em: https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/12029/7983. Acesso em: 20 nov. 2016. p. 56-57.

discricionariedade dos julgadores na aferição da causalidade jurídica, contribuem para a proliferação de decisões díspares e incoerentes entre si, gerando insegurança jurídica, o que, aliás, constitui um estímulo às chamadas "demandas frívolas"[159], fomentando a criticada "loteria do dano", que se constitui sustentáculo para o desenvolvimento da *blame culture*[160] ou vitimização social.

### *1.6.2 Expansão dos danos indenizáveis*

Ainda que se possa flexibilizar a culpa e o nexo de causalidade, é certo que o mesmo não ocorre com o dano, o qual é imprescindível para que haja responsabilidade, tanto subjetiva, quanto objetiva. E não é por outro motivo que ele ocupa papel de destaque no âmbito da responsabilidade civil, a qual se volta, essencialmente, à restauração do equilíbrio e paz social atingidos com o evento danoso, o que se dá através da imposição do dever de indenizar.

G. Ripert assevera que "o direito progride à medida que as leis impedem o dano ao próximo e garantem a cada um o que lhe e devido"[161], o que revela a necessidade de que a caracterização do dano progrida e acompanhe a evolução social, uma vez que o dano, além de produto da referida evolução, também exerce influência direta sobre ela, já que as suas novas nuances exigem respostas diferenciadas do poder público e dos órgãos judiciais, servindo de estímulo à alteração da legislação, bem como às mudanças de interpretação e à releitura de institutos clássicos.

Isso porque, nas palavras de Antônio Junqueira de Azevedo, o sistema jurídico, como um sistema complexo formado por diversos elementos, como a normas, as instituições, os operadores do direito, a doutrina e a jurisprudência, é de 2ª ordem, ou seja, existe em função de um sistema maior, de 1ª ordem, que é o social e por ele é retroalimentado. Nessa linha de pensamento, a doutrina influencia a jurisprudência, pois o juiz aplica aquilo que aprendeu, e as decisões judiciais, por mais consentâneas com dinâmica social, acabam influenciando a doutrina.[162]

---

[159] Expressão utilizada por Anderson Schreiber para designar as demandas desarrazoadas, despidas de fundamento ou bom senso. (*Novos Paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 08).

[160] Escreve Patrick Atiyah que "the legal system is helping to create a blame culture in which people have a strong financial incentive to blame other for loss ou death or injury" ("O sistema legal está ajudando a criar uma cultura de culpa em que as pessoas têm um forte incentivo financeiro para culpar outros por perda ou morte ou lesão") (*The damages lottery*. Oxford: Hart Publishing, 1997, p. 138, tradução nossa)

[161] Georges Ripert (em conferência proferida na Universidade de Pádua) apud STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 127.

[162] Cf. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito como sistema complexo e de segunda ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver

Em linhas gerais, a importância que atualmente é atribuída ao dano deve-se à quatro acontecimentos, em particular: a Revolução Industrial, o incremento das atividades perigosas, a socialização dos danos e o advento da responsabilidade objetiva.[163]

A Revolução Industrial provocou o aumento significativo da mecanização e a evolução dos mecanismos ligados ao processo produtivo, o que influenciou no crescimento do potencial lesivo da sociedade e, consequentemente, da elevação do número de danos. As atividades perigosas, por sua vez, afastaram a crença de que o dano seria tão-somente o produto de uma fatalidade, ensejando a busca por um culpado que pudesse ser responsabilizado. A multiplicação do perigo e dos riscos conduziram a uma espécie de despersonalização do agente, culminando na socialização dos danos e no consequente aumento dos seguros de responsabilidade civil. Finalmente, o advento da responsabilidade objetiva, ao prescindir da comprovação de culpa, elegeu o dano como elemento central da responsabilização, tendo a autora Maria Maita Naveira Zarra chegado, inclusive, a sugerir a alteração da denominação "responsabilidade civil" para "direito de danos"[164].

Nos tempos mais recentes, a erosão dos filtros tradicionais de reparação, isto é, a perda da importância da culpa e do nexo de causalidade como obstáculos ao ressarcimento dos danos, ao deslocar o foco da responsabilidade civil para a vítima, contribuiu, sobremaneira, para a expansão dos danos indenizáveis, o se deu sob os aspectos quantitativo e qualitativo.

Sob o ponto de vista quantitativo, verifica-se um crescente aumento do número de demandas indenizatórias submetidas ao Poder Judiciário[165], o que, em parte[166], decorre da maior aceitabilidade dos pedidos desta natureza, propiciada pelo afrouxamento dos pressupostos

---

direito de indenização na responsabilidade civil. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul./set. 2013. Disponível em: http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Azevedo-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf. Acesso em: 07. Jun. 2017, p. 3.

[163] Cf. FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. *Dano-evento e dano-prejuízo*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 24.

[164] NAVEIRA ZARRA, Maria Maita. *El ressarcimento del daño em la responsabilidade civil extracontractual*. Madrid: ER, 2006, p. 35 apud FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. *Dano-evento e dano-prejuízo*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 26.

[165] Prova disso são as estatísticas divulgadas pelo Dados do Superior Tribunal de Justiça, as quais mostram que, "em cinco anos, o número de ações por danos morais que chegam por mês à Corte cresceu quase sete vezes: eram 145 ações em 2001 contra 974 este ano — até o início de julho de 2005, desaguaram no Tribunal 5.844 pedidos de indenização por danos morais. Quando são comparados os números atuais com os de 12 anos atrás, o crescimento é de quase 500 vezes. Em 1993, o STJ recebeu apenas 28 pedidos de indenização — ou 2 processos a cada 30 dias" (Explode o volume de ações por danos morais no país, reportagem de Maria Fernanda Erdelyi, Disponível em: http://www.conjur.com.br/2005-jul-21/explode_volume_acoes_danos_morais_pais)

[166] Anderson Schreiber também atribui o progressivo crescimento das ações indenizatórias ao efetivo acesso ao Poder Judiciário pela população, antes marginalizada, o que foi propiciado pela criação dos Juizados Especiais, pela gratuidade de acesso às cortes, o empenho da Defensoria Pública, o crescente recurso a ações coletivas e outros novos instrumentos de ordem processual. (*Novos Paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 85.)

tradicionais, os quais, como já visto, serviam anteriormente como verdadeiros filtros de reparação.

No que tange ao aspecto qualitativo, a expansão dos danos, dentre outros fatores, relaciona-se diretamente ao valor que historicamente é dado à pessoa e às suas relações com os demais bens da vida.[167] Assim, sob a perspectiva do Estado Liberal, de índole essencialmente individualista e patrimonialista, reconhecia-se somente os danos de natureza individual e patrimonial, cuja aferição se dava unicamente pela análise da diferença entre a situação patrimonial anterior e posterior ao evento danoso.

Com a evolução da sociedade, a constitucionalização do direito civil e o deslocamento da pessoa humana para o epicentro do ordenamento jurídico, a dignidade humana passou a ser compreendida como vetor interpretativo fundamental e as atenções voltaram-se também à dimensão existencial do indivíduo, o que culminou no reconhecimento da necessidade de tutela dos interesses extrapatrimoniais, relacionados aos direitos da personalidade.

Seguindo essa marcha evolutiva, o desenvolvimento industrial e científico fez com que as relações sociais se amplificassem, o que conduziu à necessidade de reconhecer-se o homem em sua dimensão coletiva e despertou a necessidade de tutela dos interesses de natureza coletiva, exigindo que fosse repensada a estrutura individualista das ações de reparação, levando ao reconhecimento dos danos de natureza transindividual[168], o que, por consequência, revelou a insuficiência da dicotomia dano moral-dano patrimonial.

Diante disso, é possível afirmar que o fenômeno da expansão dos danos indenizáveis desenvolveu-se, essencialmente, em duas vertentes: a primeira, através do reconhecimento da necessidade de tutela dos interesses existenciais, do que resulta a admissão da indenização por danos morais; e a outra, por meio do reconhecimento dos interesses metaindividuais ou transindividuais como dignos de proteção e, consequentemente, de ressarcimento em caso de violação.[169]

Ao tratar sobre o tema, Fernando Noronha bem sintetiza a evolução acima delineada:

> Em tempos ainda recentes, os danos suscetíveis de reparação eram quase que somente os patrimoniais e individuais. A necessidade sentida pela sociedade de não deixar dano nenhum sem reparação é que mudou as coisas. Em primeiro lugar, gerou um avassalador movimento em prol da reparação dos danos extrapatrimoniais (ou morais,

[167] Cf. MARTINS COSTA, Judith. Os danos à pessoa no Direito brasileiro e a natureza da sua reparação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 789, jul.2001, p. 21.
[168] Nos termos do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, os danos de natureza transindividual podem ser classificados em danos morais coletivos, difusos e a interesses individuais homogêneos, os quais serão objeto de estudo no capítulo próprio.
[169] Cf. SHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 85.

> em sentido amplo), que, por contraposição aos danos que acarretam prejuízo econômico, atingem valores somente de ordem corporal (danos puramente corporais) ou espiritual e moral (danos anímicos, ou morais em sentido estrito). (...) Em segundo lugar, conduziu ao reconhecimento da necessidade de tutelar também os danos transindividuais (também chamados de supraindividuais ou metaindividuais), que são os que resultam da violação dos chamados interesses difusos e coletivos, definidos pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), art. 81, parágrafo único, I e II. Trata-se de danos que dizem respeito a bens do interesse da generalidade das pessoas que integram uma comunidade, destacando-se, dentre eles, os prejuízos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens ou direitos da coletividade.[170]

Seguindo essa linha, verifica-se, na atualidade, um amplo desenvolvimento das ações coletivas[171], as quais, não apenas superam a dificuldade de acesso individual à Justiça, como também "asseguram a plena compreensão da demanda e uma decisão coerente (porque unitária) para todas as vítimas, poupando esforços e custos desnecessários às partes e ao poder público"[172].

Nessa mesma esteira, exsurge o chamado "dano moral coletivo" e, mais recentemente, o denominado "dano social", cujo reconhecimento ainda enfrenta obstáculos advindos da visão tradicionalmente individualista do dano, os quais, para serem superados, exigem uma nova construção dogmática do instituto, o que será objeto de análise neste trabalho, oportunamente.

A despeito de se tratar de um fenômeno inerente ao próprio estágio evolutivo em que a sociedade se encontra, a expansão dos danos indenizáveis tem sido objeto de críticas por alguns doutrinadores. Pamplona Filho e Andrade Júnior[173], por exemplo, designaram o fenômeno de "A torre de babel das novas adjetivações do dano", em alusão à passagem bíblica[174] que remete a uma torre que teria sido construída com o objetivo de alcançar os céus, mas cuja obra foi interrompida por Deus que confundiu as línguas a fim de que as pessoas não conseguissem se entender. Sustentam os referidos autores que as adjetivações casuísticas de dano, elaboradas a partir da fragmentação da dignidade da pessoa humana, geram uma profusão de "novos danos", que, de forma atécnica, não conduz ao aumento da proteção, mas, pelo contrário, oportunizam a irressarcibilidade.

Schreiber, por sua vez, ao tratar sobre aquilo que ele denomina de "avalanche de novos danos", adverte que, se, por um lado, isso revela maior sensibilidade dos tribunais à tutela de aspectos existenciais da personalidade, de outra parte, a falta de técnica e a desmedida

---

[170] *Direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 542.
[171] O assunto será melhor desenvolvido no capítulo próprio.
[172] SHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 88.
[173] PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos Vilas Boas. A torre de babel das novas adjetivações do dano. *Revista Direito UNIFACS*, n. 176, 2015. Disponível em: http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3477/2491, Acesso em: 13 Abr. 2017.
[174] Gênesis 11:1-9.

discricionariedade judicial na apreciação da questão, fazem surgir, em toda parte, "um certo temor", o que atenta diretamente contra a segurança jurídica.[175] O mesmo autor, após traçar um breve comparativo entre a experiência brasileira e a experiência italiana no que se refere à figura do dano indenizável, conclui que ambas convergem em torno de um único problema, qual seja, o da seleção dos interesses merecedores de tutela.

Sobre o mesmo aspecto, Maria Celina Bodin de Moraes, afirma que, na Itália,

> [...] o verdadeiro problema em tema de danos à pessoa não é (ou não é mais) hoje aquele da classificação e da 'resposta acobertadora' a oferecer ao magmático aflorar de espécies sempre novas de prejuízos emergentes da praxe: é, ao contrário, aquele de selecionar e conter tais danos, no escopo de não desperdiçar em um interminável acúmulo de *trivial actions* a tutela ressarcitória da pessoa humana, que deve, isto sim, concentrar-se em assegurar a plena satisfação às pretensões legítimas de sujeitos seriamente lesados em interesses privilegiados pela escala de valores delineada pelo sistema.[176]

De fato, a ausência de um conceito legal de dano no ordenamento jurídico brasileiro, que adota um sistema misto para a definição do instituto[177], cujo reconhecimento ora decorre de previsão em lei, ora deve ser extraído, através da hermenêutica jurídica, da cláusula geral de não causar danos (*alterum non laedere*)[178], contribui para a sensação de insegurança acima descrita, por não garantir a previsibilidade dos danos que merecem ser reparados.

Daí a necessidade de se verificar a possibilidade de se estabelecer certos parâmetros ou critérios objetivos que orientem o julgador na seleção dos mencionados interesses merecedores de tutela, a fim de que o reconhecimento de novos danos não fique à mercê somente da criatividade do intérprete e da flexibilidade da jurisprudência, uma vez que a admissibilidade

---

[175] Cf. SHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 96.

[176] *Danos à pessoa humana*: uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 188.

[177] Fala-se em sistema misto a partir da classificação apresentada por Miguel Federico Lorenzo, através da qual os danos são classificados em três sistemas. O primeiro sistema tipifica o que será considerado como dano, sendo para a contemporaneidade um sistema insuficiente, por não permitir uma margem de interpretação capaz de adequar a legislação à realidade, o que é imprescindível. O segundo está baseado em uma cláusula geral sobre o tema, impondo a interpretação para a definição do que será considerado como lesão reparável ou não, é o exemplo do sistema francês. E no terceiro modelo, mencionado como sendo o sistema brasileiro, o dano é definido através de um método eclético entre os dois anteriores, ou seja, há uma cláusula geral que permite a interpretação para adequar a legislação à realidade, mas ao mesmo tempo, também há alguns danos previstos expressamente na legislação. (cf. El daño injusto en la responsabilidad civil: alterum non laedere. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p.31-68 apud GONDIN, Glenda Conçalves. *Responsabilidade civil sem dano:* da lógica reparatória à lógica inibitória. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 112)

[178] "Existe, para todos uma obrigação genérica de não prejudicar, exposto no princípio do *alterum non laedere*. De forma correlata e como se fosse o outro lado da moeda, existe um direito, também genérico, de ser ressarcido, que assiste a toda pessoa que invoque e prove que foi afetada em seus sentimentos. Esse princípio sofre mitigação quando se trata de ressarcimento de dano moral. Simples desconforto não justifica indenização." (SANTOS, Antonio Jeová dos. *Dano moral indenizável*. São Paulo: Lejus, 1997. p.34)

de novos pleitos indenizatórios, de forma atécnica e sem uma fundamentação adequada, conduz, inevitavelmente à banalização do instituto[179]. Isso, aliás, também se faz necessário para se evitar que novas situações de risco ou novos meios lesivos, que já se enquadram nas modalidades tradicionais, sejam confundidos com "novas espécies de danos".

Corroborando a assertiva acima, Schreiber escreve que o "o desafio que, hoje, se impõe aos juristas brasileiros é justamente o de definir os métodos de aferição deste merecimento de tutela, reconhecendo a importância da discricionariedade judicial na tarefa, mas sem deixá-la exclusivamente ao arbítrio dos tribunais".[180]

Ainda no que diz respeito ao elemento dano, seguindo uma tendência mais vanguardista, destaca-se a moderna corrente que defende a possibilidade de responsabilidade sem dano, com fundamento na função preventiva da responsabilidade.

Para melhor compreensão dos fundamentos da referida vertente, faz-se necessário tratar, ainda que brevemente, das figuras do dano-evento e dano prejuízo, as quais são resultado da constatação de que a noção jurídica e a noção comum de dano não se confundem.

Isso se deve ao fato de que, não obstante o dano seja um fenômeno unitário, ele pode ser analisado sob dois diferentes ângulos, os quais, nas lições de Antonio Junqueira de Azevedo, constituem, na realidade, dois momentos distintos de sua ocorrência[181]. Tratam-se das noções de dano-evento e de dano-prejuízo, cujos primeiros esboços podem ser extraídos da histórica decisão nº 184 , de 14 de julho de 1986, do Tribunal Constitucional Italiano (*Corte Costituzionale*) [182], a qual ao admitir o direito de ressarcimento à pessoa diante da ocorrência

---

[179] Sobre a questão da banalização do dano moral nas demandas judiciais, transcreve-se trecho de sentença proferida na Comarca de Tubarão, no Estado de Santa Catarina, nos autos da Ação Ordinária nº 075.99.009820-0, em 11.7.2002, que versa sobre o caso de uma adolescente que ajuizou demanda indenizatória pelo fato de ter sido barrada na entrada de um baile de gala por não estar devidamente trajada: *"No Brasil, morre por subnutrição uma criança a cada dois minutos, mais ou menos. A população de nosso planeta já ultrapassou seis bilhões de pessoas e um terço deste contingente passava fome, diariamente. A miséria se alastra, os problemas sociais são gigantescos e causam a criminalidade e a violência generalizada. Vivemos em um mundo de exclusão, no qual a brutalidade supera com larga margem os valores humanos. O Poder Judiciário é incapaz de proporcionar um mínimo de Justiça Social e de paz a sociedade. E agora tenho de julgar um conflito surgido em decorrência de um vestido. Que valor humano importante é este, capaz de gerar uma demanda jurídica?"* (TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*: direito das obrigações e responsabilidade civil. 7 ed., v. 2, São Paulo: Método, 2012, p. 400-401).

[180] SHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 109.

[181] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito como sistema complexo e de segunda ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul./set. 2013. Disponível em: http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Azevedo-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf. Acesso em: 07 Jun. 2017, p. 11.

[182] Armando Braga assevera que "a decisão do Tribunal Constitucional italiano nº184, de 14 de julho de 1986, constituindo um verdadeiro marco histórico na reparação do dano corporal na Itália e na Europa, viria a distinguir os três componentes do dano pessoal, superando o anacrônico princípio da reparação limitada ao dano patrimonial. A trilogia considerada refere-se ao dano-evento (dano biológico), consistente no compromisso do "bem saúde", constitucionalmente protegido, que se identifica com a diminuição psico-física provocada pelo facto ilícito, e que

de um dano à sua saúde (dano biológico), independentemente da prova da existência de um prejuízo patrimonial para o ofendido, bem como da prova de que o dano se originasse de um crime (como se exige, na Itália, para o dano moral[183]), reconheceu a existência de um terceiro gênero de dano, chamado de "dano biológico".[184] Dentre outros fundamentos, referida decisão observou que a distinção entre o chamado dano biológico e o dano moral subjetivo reside na própria estrutura do fato gerador, o que, por sua vez, se relaciona diretamente às figuras acima mencionadas, como se verá adiante.[185]

Compreende-se como dano-evento a lesão ao direito subjetivo ou ao interesse protegido por uma norma, enquanto que o dano-lesão consiste na consequência dessa lesão.

Em outras palavras, o dano-evento é um dano imediato, que, na concepção de Junqueira de Azevedo, constitui o 1º momento do dano, enquanto o dano-prejuízo é um dano mediato, isto é, integra o 2º momento do dano, o que não significa, entretanto, que necessariamente existirá um lapso entre os dois momentos, já que a ocorrência de um e de outro poderá se dar de forma simultânea. Por essa razão, fala-se que o dano-evento e o dano-prejuízo seriam ligados por um nexo de correlação, o qual, diferentemente do nexo de causalidade, não pressupõe a ligação de um resultado a um fato basilar, uma vez que, por ambos serem resultados da mesma conduta e, por serem baseados em um mesmo fato, são correlatos.[186]

Junqueira de Azevedo ensina que

> [...] o dano-evento pode ser na pessoa e o dano prejuízo, ser patrimonial, se, por exemplo, por causa de lesão à integridade física, se passarem muitos dias

---

é dano primário e sempre autonomamente reparável; ao dano-conseqüência, que é secundário e eventual (dano patrimonial ressarcível quando ocorra); por fim, ao dano moral (também secundário e eventual), consistente, segundo a expressão do Tribunal Constitucional italiano, na mera 'transitória perturbação subjectiva'". (A reparação do dano corporal na responsabilidade civil extracontratual. Coimbra: Almedina, 2005, p. 41 citado por FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. *Dano-evento e dano-prejuízo*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 44).

[183] No direito italiano, o dano moral somente é passível de indenização nos exíguos casos previstos pela lei, ou se originado de um crime, de uma conduta típica penal (art. 2.059 do Código Civil italiano,[183] combinado com o art. 185 do Código Penal italiano)

*Art. 2.059 Codice Civile*: "*Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge.*" [O dano não patrimonial deve ser ressarcido apenas nos casos determinados pela lei].(tradução nossa)

*Art. 185 Codice Penale*: "*Ogni reato obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili* (*2.043 c.c.*). *Ogni reato, che abbia cagionato um danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui*." [Todo crime obriga à restituição, de acordo com as leis civis (2.043 CC). Todo crime, que tenha causado um dano patrimonial ou não patrimonial, obriga ao ressarcimento o culpado e as pessoas que, segundo as leis civis, devem responder pelos atos daquele]. (tradução nossa)

[184]ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano existencial* – a tutela da dignidade da pessoa humana. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/doutrinas/DANO%20EXISTENCIAL.doc>. Acesso em: 14 jul. 2017, p. 20.

[185] FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. *Dano-evento e dano-prejuízo*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 44.

[186] FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. *Dano-evento e dano-prejuízo*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 205.

> não trabalhados; ou o dano-evento ser no patrimônio e o dano-prejuízo ser não patrimonial, se, *verbi gratia*, se trata de destruição de objeto com alto valor de afeição; ou, ainda, o dano-evento ser em terceiro (vítima) e o dano-prejuízo ser do pai ou do filho da vítima. Percebe-se que, na linguagem normal, pode se dizer que constituem "lesão", ou "dano", tanto os primeiros fatos dos exemplos dados – lesão ou dano ao bem protegido – quanto os segundos – lesão ou dano como prejuízo patrimonial ou não patrimonial[187].

Pautada nesse raciocínio, a corrente que sustenta a responsabilidade sem dano propõe um novo olhar para a responsabilidade civil, elaborado a partir do novo viés valorativo inaugurado pela Constituição Federal de 1988, e que, segundo os seus defensores, permitiria defender a suficiência do dano-evento como pressuposto da responsabilidade civil.

Nessa linha, somente é possível falar em responsabilidade civil a partir da ocorrência do dano-evento, isto é, responsabilidade sem o dano-prejuízo, caso se conceba a responsabilidade civil em sentido amplo e com o objetivo de desestimular condutas censuráveis e violadoras de direito[188], ou seja, fora de uma perspectiva eminentemente reparatória, como apregoa a visão clássica[189]. Em outras palavras, a reparação do dano já não mais constituiria o objeto primordial da responsabilidade civil, pois ela agora se destinaria também a evitá-lo. Distingue-se, pois, dano e prejuízo, ou, em outras palavras, lesão fática (relativa ao que ocorreu, mas não lesou direitos subjetivos)[190] e lesão jurídica (referente a repercussão aos direitos subjetivos).

Para os defensores da referida vertente, a responsabilidade sem dano "abrange todas as situações fáticas ocorridas que possam ser consideradas relevantes e ameacem o direito de outrem, ainda que não tenha ocorrido a efetiva lesão jurídica e seja meramente uma ameaça. É uma ação prévia, antes que o direito seja atingido. Por isso, uma responsabilidade preventiva ou "sem dano" como aqui denominado".[191]

Glenda Gonçalves Dondim justifica a escolha da nomenclatura "sem dano" sob o argumento de que, para essa corrente, o dano efetivo somente restaria caracterizado quando o

---

[187] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito como sistema complexo e de segunda ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul./set. 2013, p. 11. Disponível em: http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Azevedo-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf. Acesso em 07. Jun. 2017.

[188] BONNA, Alexandre; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Responsabilidade civil sem dano-prejuízo. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 22, n. 5074, maio 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/57920>. Acesso em: 10 Jun. 2017.

[189] Para Fernando Noronha: "a responsabilidade civil é sempre uma obrigação de reparar danos: danos causados à pessoa ou patrimônio de outrem, ou danos causados a interesses coletivos, ou transindividuais [...], sejam coletivos stricto sensu". (*Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, 429.)

[190] A rigor, a lesão fática não enseja reparação, mas somente medidas antecipatórias.

[191] GONDIN, Glenda Conçalves. *Responsabilidade civil sem dano:* da lógica reparatória à lógica inibitória. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 182.

mesmo caso envolver tanto a lesão jurídica como a lesão fática, ou, dito de outra forma, os chamados dano-evento e o dano-prejuízo.

Ensinam Alexandre Bonna e Pastora do Socorro Leal que

> O ideal liberal de um Estado neutro deve ser substituído por um Estado atuante no bojo das prática sociais privadas de mercado de modo a estabelecer um padrão de comportamento desejável, independentemente de a atividade ou conduta ter causado concretamente a consequência lesiva, sendo suficiente o dano-evento, desde que essa violação ao interesse juridicamente protegido seja marcada por atos reiterados, ultrajantes, mais graves que os outros e sejam caracterizados por alto grau de indiferença perante o outro. Por este motivo, não se defende aqui a aplicação indiscriminada de uma verba de cunho punitivo para toda e qualquer violação de interesses jurídicos, mas sim a aplicação do instituto como uma arma dos vulneráveis contra os mais fortes e poderoso diante de manobras para vilipendiá-los e maculá-los por parte de alguém mais pujante.[192]

Também para os adeptos da corrente da "responsabilidade sem dano" torna-se indispensável definir-se quais os interesses que a sociedade considera relevantes em determinado contexto histórico e que, por tal motivo, caracterizam-se como danos jurídicos e merecem ser objeto de tutela. Nesse sentido, o conceito de dano seria um "conceito situado", pois a sua definição dependeria do que "determinada comunidade considera digno de tutela jurídica, razão pela qual, se modificado o que, na pessoa e em sua personalidade, se considera-se digno de interesse, haverá imediato reflexo no conceito de dano."[193]

Assim, a lesão jurídica poderá ensejar reparação independentemente da lesão fática, ou prejuízo propriamente dito. Como exemplo, Glenda Gonçalves Gondim faz menção à decisão proferida no Recurso Especial n. 1.367.923, de relatoria do Ministro Humberto Martins[194], que diz respeito à ação movida pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face das

---

[192] BONNA, Alexandre; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Responsabilidade civil sem dano-prejuízo. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 22, n. 5074, 23 maio 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/57920>. Acesso em: 10 jun. 2017.

[193] MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister (org.). *A reconstrução do direito privado*: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.409.

[194] Ementa: O aludido julgamento restou assim ementado: "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. CONDENAÇÃO A DANO EXTRAPATRIMONIAL OU DANO MORAL COLETIVO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO NATURA. 1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso. 2. A Segunda Turma recentemente pronunciou-se no sentido de que, ainda que de forma reflexa, a degradação ao meio ambiente dá ensejo ao dano moral coletivo. 3. Haveria contra sensu jurídico na admissão de ressarcimento por lesão a dano moral individual sem que se pudesse dar à coletividade o mesmo tratamento, afinal, se a honra de cada um dos indivíduos deste mesmo grupo é afetada, os danos são passíveis de indenização. 4. As normas ambientais devem atender aos fins sociais a que se destinam, ou seja, necessária a interpretação e a integração de acordo com o princípio hermenêutico in dubio pro natura. Recurso especial improvido." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1367923/RJ. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgamento: 27/08/2013. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe 06/09/2013).

empresas Brasitel Material de Construções, Brasilit S/A e Eterbras Industrial Ltda., em razão do inadequado armazenamento de telhas de amianto que estavam colocadas em um pátio.

É cediço que o amianto pode ocasionar problemas de saúde aos seres humanos quando inalado ou ingerido, tendo grandes probabilidades que aqueles que sejam expostos ao produto desenvolvam tumores cancerígenos em razão da composição do asbesto, conforme, aliás, já reconheceu a Organização Mundial da Saúde (OMS). Portanto, há uma grande probabilidade de desenvolvimento de doenças, apesar da ausência de certeza, naqueles indivíduos que estejam expostos a este produto.

Apesar de ser uma fibra comprovadamente cancerígena, no Brasil a comercialização de produtos (como telhas e caixa d'água) que contenham amianto ainda é permitida, com exceção de alguns estados, sob a alegação de que enquanto a fibra está inserida no produto não haveria risco para os consumidores (considerado de forma coletiva todos aqueles que estivessem expostos ao amianto). Todavia, considerando que em caso de indevida utilização ou armazenamento, o produto pode se romper ou quebrar e a "poeira" altamente tóxica ser inalada, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ajuizou a ação em epígrafe, que versava justamente sobre o armazenamento inadequado do referido material.

Na aludida ação, em primeiro grau, as empresas foram condenadas solidariamente a remover as telhas de amianto que estavam inadequadamente armazenadas e foi arbitrada multa de R$ 10.000,00 (dez mil reais) por quilo de telha não removida. O pedido de dano moral coletivo foi julgado improcedente.

Em recurso, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, fixou dano moral coletivo no valor de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Interposto recurso especial pelas empresas, em julgamento por decisão monocrática, o relator Ministro Humberto Martins decidiu pelo provimento do recurso, para afastar a indenização. Todavia, após a interposição de agravo regimental, o recurso especial foi encaminhado para julgamento perante a segunda turma do Superior Tribunal de Justiça, quando se decidiu por manter a condenação da empresa em R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) por dano moral coletivo. A fundamentação do julgamento foi que "a gravidade do problema ambiental, em vista da ameaça de danos à sociedade, torna a indenização cabível". No voto proferido e acompanhado pelos demais Ministros da Segunda Turma, a discussão versou sobre a possibilidade de ser o dano coletivo indenizável.[195]

[195] O tema do dano moral coletivo será apreciado em tópico próprio.

Observa-se, na situação acima mencionada, que não houve lesão fática, uma vez que não há comprovação de que diante do indevido armazenamento algum produto tenha se quebrado e soltado a "poeira tóxica" e, tampouco, há comprovação de que a inalação tenha ocorrido e desenvolvido doenças graves, o que conduz à conclusão de que, sob o ponto de vista fático, a lesão não ocorreu. Por outro lado, verifica-se que houve lesão jurídica, haja vista que o bem jurídico da saúde foi exposto a uma situação de risco desnecessário. Trata-se, portanto, de hipótese de responsabilidade sem dano, a qual, segundo a vertente ora analisada, demanda somente a comprovação da ocorrência da lesão jurídica para a sua caracterização.

Ainda sobre as possíveis hipóteses de "responsabilidade sem dano", cuja aplicação seria destinada aos casos de extrema gravidade, marcados por profundo desrespeito aos direitos alheios e reiteração de condutas danosas, a doutrina traz os seguintes casos: "Pessoas que participem de racha de veículos serão sancionadas pela sua conduta extremamente reprovável de exposição de um número indeterminado de pessoas ao risco de sua atividade, a par do fato de que o evento tenha deflagrado danos econômicos ou existenciais em face de terceiros. Uma montadora de veículos poderá ser condenada a uma punição privada pela extrema negligência em retardar a convocação de um recall, pelo simples fato da extrema possibilidade de causar danos aos consumidores de seus veículos".[196]

Assim como na questão atinente à expansão dos danos indenizáveis, o grande desafio que se impõe à configuração da chamada "responsabilidade sem dano", diz à seleção dos casos que se enquadrariam dentre aqueles considerados de extrema gravidade e que, por conseguinte, seriam merecedores de tutela.

Glenda Gonçalves Gondin adverte que a pretensão da responsabilidade sem dano, de viés prospectivo, "não é criar uma sociedade de controle ou controlar todos e quaisquer riscos"[197], mas sim definir aqueles que devem ser juridicamente considerados. Sugere, para tanto, a utilização dos princípios da prevenção e precaução, os quais se constituem *standards* de comportamento.[198] Para a autora, a precaução é adotada para os possíveis danos e cuja limitação será estabelecida pela matéria (ambiental ou saúde), enquanto que a prevenção diz respeito a medidas adotadas quando da probabilidade da ocorrência de um dano, cuja limitação material será um provável dano grave, irreversível ou de difícil reparação. Nessa esteira, a

---

[196] FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 59.
[197] GONDIN, Glenda Conçalves. *Responsabilidade civil sem dano:* da lógica reparatória à lógica inibitória. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 17.
[198] Cf. GONDIN, Glenda Conçalves. *Responsabilidade civil sem dano:* da lógica reparatória à lógica inibitória. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 82.

possibilidade ou probabilidade de dano deverá ser interpretada em contraposição a uma conduta que somente será considerada contrária ao ordenamento jurídico se, além de ser capaz de gerar possíveis danos à saúde ou ao ambiente; ou prováveis danos graves ou irreversíveis, houver possibilidade de ser evitada, sendo que, para avaliar se há um dever de cuidado e se este foi ou não descumprido, deverá ser ponderado o benefício na continuidade da referida conduta (culposa ou de risco) e as suas consequências.[199]

A distinção entre dano-evento e dano-lesão, de outro lado, serve também para desmistificar a ideia recorrente de que o dano estaria ligado necessariamente à violação de um direito subjetivo (dano-evento), o que justifica, aliás, a proteção aos interesses de natureza supraindividual.[200]

Não é demais notar que a massificação das relações sociais e o reconhecimento da possibilidade de um dos polos da relação jurídica ser integrado por uma pluralidade de indivíduos, contribuíram para a superação da concepção clássica que somente reconhecia a relação jurídica de cunho individual, estabelecida entre dois sujeitos com direitos e obrigações claramente definidas, o que, no campo processual vez, revelou a inadequação fórmula tradicional, de índole individual, que pressupõe o sujeito de direito individual como titular da relação jurídica material[201].

A coletivização dos direitos, no entanto, apesar de se constituir um processo inevitável e indissociável da sociedade contemporânea, ainda enfrenta certos obstáculos advindos da base essencialmente individualista sobre a qual o direito foi construído, os quais dizem respeito não somente ao plano material, isto é, ao próprio reconhecimento dos direitos de índole supraindividual, como também ao plano processual. Especificamente quanto ao caso brasileiro, Carlos Alberto Bittar Filho, corroborando a resistência acima mencionada, escreve que

> [...] o Brasil atual, em suas profundas modificações sociais e jurídicas, está se movendo rumo à predominância do coletivo sobre o individual, o que não significa que tal mudança esteja sendo pacífica. Pelo contrário, o que se vê é a forte resistência do individual, que tenta deter a marcha das conquistas de caráter coletivo. Mas, apesar da luta que há atualmente entre as duas tendências antagônicas e da típica lentidão das mudanças sociais e jurídicas,

---

[199] Cf. GONDIN, Glenda Gonçalves. *Responsabilidade civil sem dano:* da lógica reparatória à lógica inibitória. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 272.

[200] Cf. FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. *Dano-evento e dano-prejuízo*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 110.

[201] Ressalta Kazuo Watanabe que "hoje, com a concepção mais larga de direito subjetivo, abrangente também do que outrora se tinha como mero interesse na ótica individualista então predominante, ampliou-se o espectro de tutela jurisdicional" (WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 6, ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p.719).

> o individual, cada vez mais distante da realidade brasileira, será fatalmente vencido pelo coletivo, símbolo máximo de uma nova era. [202]

O fenômeno da coletivização também pode extraído de diversos estatutos jurídicos que preveem a tutela de bens jurídicos de caráter coletivo, tais como a Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, que trata da Ação Popular; a Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, que instituiu a "política nacional do meio ambiente"; a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que versa sobre a Ação Civil Pública; a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, que regula as relações de consumo; e a própria Constituição Federal de 1988, que dispõe, dentre outros, sobre os direitos coletivos e sociais, a função social da propriedade, o sistema de seguridade social, a educação, a cultura, os meios de comunicação e o meio ambiente.

Ainda, no que tange ao dano social, objeto de nosso estudo[203], destaca-se o Projeto de Lei nº 3.880/2012, ainda em trâmite perante a Câmara dos Deputados, que visa alterar a redação dos artigos 186 e 944 do Código Civil de 2002 para reconhecer, expressamente, a existência do dano social como uma categoria autônoma de dano indenizável, bem como a função punitiva e pedagógica da respectiva indenização[204].

O reconhecimento de novas espécies de dano, ou, dito de outra forma, a "expansão dos danos indenizáveis ou ressarcíveis", se, por um lado, revela a maior sensibilidade dos tribunais aos modernos anseios da sociedade, consubstanciados, sobretudo, na reparação da lesão aos direitos da personalidade e aos interesses de índole coletiva, de outro, desperta certo temor e insegurança em razão da ausência de critérios objetivos e consequente falta de uniformidade das decisões.[205]

---

[202] Lo individual y lo colectivo en la realidad brasileña. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 91, São Paulo: s.e., 1996, p. 161. O autor continua: "...sin embargo, ES posible defender la tesis de que El pueblo brasileño, en su desarrrollo, tiende más y más hacia lo colectivo, quedándose lejos, por tanto de lo individual" citado por FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. *Dano-evento e dano-prejuízo*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 140.

[203] A figura do dano social será analisada com profundidade no capítulo próprio.

[204] Veja-se o texto do Projeto apresentado pelo Deputado Domingos Neto:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente material, moral ou **social,** comete ato ilícito.

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano em todos os seus aspectos, seja ele moral, material, estético ou **social**. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização ou aumentá-la com o intuito de atingir a **função punitiva e pedagógica da indenização**. [g.n]

[205] Para lidar com o presente momento, não há que se falar em limitar o instituto, mas sim, como salienta Anderson Schreiber "[...] reconhecer que a expansão da responsabilidade civil é em larga medida, o efeito da saudável marcha protetiva empreendida pelo direito contemporâneo. Cumpre, todavia, prever – não limites, mas – novos mecanismos para lidar, de modo mais adequado, com esta ampliação das fronteiras do instituto e, sobretudo, com as novas funções que sua aplicação prática se propõe a desempenhar." (O futuro da responsabilidade civil: um ensaio sobre as tendências da responsabilidade civil contemporânea. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (coord.). *Responsabilidade civil contemporânea*: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011, p.727).

Daí exsurge a importância de refletir sobre critérios que permitam a seleção dos interesses tutelados e que garantam que o instituto da responsabilidade civil possa, efetivamente, cumprir o seu papel primordial, qual seja: a manutenção da paz e do equilíbrio social.

### *1.6.3 Maximização ou alargamento das funções da responsabilidade civil*

O abandono do paradigma patrimonialista-individualista inaugurou uma nova ordem social, calcada em valores existenciais, bem como nos valores da solidariedade e da cooperação, os quais foram expressamente consagrados na Carta Magna de 1988.

Nessa mesma esteira, a Constituição Federal operou uma vigorosa transformação do direito civil, impondo a releitura de seus institutos, o que contribuiu também para que o Código Civil de 2002 fosse estruturado sob três princípios basilares, a saber, a socialidade, a eticidade e a operabilidade.

A socialidade, como "carro-chefe axiológico" do novo Código[206], refere-se à prevalência dos valores coletivos sobre o individual. A eticidade, por sua vez, se traduz na preocupação com a boa-fé, a equidade e outros critérios éticos[207], enquanto que a operabilidade é o princípio que tem por missão possibilitar o largo exercício de ambos os outros princípios, uma vez que, para efetivar os princípios da socialidade e da eticidade, o juiz poderá lançar mão de maior discricionariedade, com objetivo de conferir efetividade ou concretude à decisão.[208]

No âmbito da responsabilidade civil, a mudança de paradigma mencionada culminou no deslocamento do foco do instituto da punição do ofensor para a reparação da vítima, e a responsabilidade baseada na culpa, que, via de regra, atribuía um ônus excessivo ao lesado, o qual além de suportar a lesão, ainda enfrentava o encargo de demonstrar a falta de um dever geral de cautela, deixou de se constitui o *standard* da responsabilização.

Tais circunstâncias, aliadas ao fenômeno da coletivização dos direitos, justificam as modernas tendências de erosão dos filtros tradicionais de reparação e de expansão dos danos indenizáveis, já analisadas, e contribuem, diretamente, para que as clássicas funções da responsabilidade civil sejam repensadas.

---

[206] Cf. BRUSCATO, Wilges Ariana. Os princípios do Código Civil e o Direito de Empresa. *Gestão e Conhecimento*, Puc-Minas, v. 3, n. 2, art. 3, março/ junho 2007, p. 05. Disponível em: www.pucpcaldas.br/graduacao/administracao/nupepu/online/inicial.htm. Acesso em 16 Abr. 2017.

[207] Cf. BRUSCATO, Wilges Ariana. Os princípios do Código Civil e o Direito de Empresa. *Gestão e Conhecimento*, Puc-Minas, v. 3, n. 2, art. 3, março/ junho 2007, p. 08.

[208] Cf. BRUSCATO, Wilges Ariana. Os princípios do Código Civil e o Direito de Empresa. *Gestão e Conhecimento*, Puc-Minas, v. 3, n. 2, art. 3, março/ junho 2007, p. 09.

Nessa esteira, considerando que nem sempre a reparação se mostra suficiente para proteger a vítima, haja vista que, em muitas situações, é impossível reestabelecer o estado anterior à lesão (*statu quo ante*), Glenda Gonçalves Gondin adverte que "pensar fora dos muros da reparação é o que deve impulsionar o estudo da responsabilidade civil". [209]

Assim, na atual concepção da responsabilidade civil, ao lado da tradicional função reparatória, ou compensatória (no caso dos danos extrapatrimoniais)[210], que não mais satisfariam a complexidade das relações sociais[211], alguns autores têm apontado, como modernas tendências do instituto, as funções preventiva[212] e punitiva da responsabilidade, cujo escopo seria a potencialização fática da efetiva reparação[213].

A função reparatória, que, na visão clássica, se insere no próprio conceito de responsabilidade civil[214], encontra-se intrinsecamente ligada à concepção patrimonialista da responsabilidade e tem como objetivo o restabelecimento do *status quo*, seja para retirar o dano

---

[209] GONDIN, Glenda Conçalves. *Responsabilidade civil sem dano:* da lógica reparatória à lógica inibitória. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 140.

[210] Sobre a diferença entre indenização e compensação, Thais Venturi escreve que "O restabelecimento do equilíbrio por meio da função indenizatória tem caráter nitidamente patrimonial, pois apenas os bens materiais são suscetíveis de serem recompostos ao seu estado originário, isto é, ao estado anterior ao dano, ainda que por via de parâmetros de equivalência entre o dano e a reparação. [...] Diferentemente, a função compensatória busca o reequilíbrio social não pela reposição do bem violado ao seu estado anterior; mas, sim, por alguma satisfação que possa contrabalançar o mal causado, muito embora este não possa ser apagado." (VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade civil preventiva*: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014, p.70-71).

[211] "De fato, apesar de a função reparatória da responsabilidade participar da própria definição desta, sendo a sua função endógena flagrante, quer nos parecer que aquela nem longe realiza conformação social e regulação da atividade dos privados, especialmente quando, em meio a uma sociedade massificada de consumo e de riscos, virtual, social-virtual (vide o novo fenômeno das redes sociais, *facebook, twitter, Orkut*, dentre tantos outros), a atividade econômica desempenhada põe em evidência o fraco, o vulnerável, o hipervulnerável, o hipossuficiente, e então tantos danos lhe são normalmente imputados". (CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho. *Danos Extrapatrimoniais e função Punitiva*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012).

[212] "[...] 'Responsabilizar' já significou punir, reprimir, culpar; com o advento da teoria do risco, 'responsabilizar' se converteu em perdas e danos. Agora, some-se à finalidade compensatória a ideia de responsabilidade como prevenção de danos." (ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013. p.91)

[213] Ney Stany Moraes Maranhão enumera a potencialização fática da efetiva reparação como uma das modernas tendências da responsabilidade civil. Sobre esse particular, o referido autor escreve que "[...] De resto, cumpre o aceno, sempre bem-vindo, no sentido de que, em ocorrendo prejuízos, estes merecerão especial tutela não apenas para serem reparados (CC, artigo 927, caput), mas, também e acima de tudo, reparados em toda a sua extensão (CC, artigo 944, caput – princípio da *restitutio in integrum*), expediente esse consentâneo com a já mencionada cláusula geral de tutela da pessoa humana e que, de sua parte, só convalida essa salutar tendência hodierna de se garantir, na medida das condições fáticas e jurídicas de cada caso, a máxima potencialização fática da efetiva reparação das vítimas. (*Responsabilidade civil contemporânea*: influência constitucional e novos paradigmas. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/responsabilidade-civil-contempor%C3%A2nea-influ%C3%AAncia-constitucional-e-novos-paradigmas).

[214] Segundo Carlos Roberto Gonçalves "Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil. Pode-se afirmar, portanto, que *responsabilidade* exprime ideia de restauração de quilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano" [g.n.] (*Direito Civil Brasileiro*. Vol. 4: Responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 19).

da vítima através da entrega de um objeto análogo (restituição *in natura*), seja através do pagamento de uma prestação pecuniária[215].

A função preventiva, por sua vez, manifesta-se pelos princípios da prevenção e da precaução e tem por escopo dispor de meios para evitar a ocorrência dos danos já conhecidos (prevenção) e hipotéticos (precaução), concebendo, pois, a indenização como algo secundário. A sua atuação se dá tanto em um momento prévio ao dano como posteriormente a ele, ou seja, procura-se inserir medidas que possam anteceder o dano e que também busquem disciplinar o agente para que este não volte a cometer o ato lesivo.

Nesse sentido, é importante salientar que a noção de "risco de dano" presente na função preventiva não se confunde com aquela a que se refere a responsabilidade objetiva, haja vista que, nesta última, o risco das atividades conduz à inexigibilidade da prova da culpa para responsabilização do agente, ou seja, abrange uma perspectiva pós-dano, enquanto que, na primeira, fala-se de risco de dano com a finalidade de se antecipar a eles, isto é, "gerenciar as possibilidades de algum prejuízo vir a ocorrer e de efetivar medidas que o evitem", o que se faz sob uma ótica preventiva.[216]

No Brasil, a função preventiva foi objeto do enunciado n. 446, aprovado na V Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em novembro de 2011, que assim dispõe: "Art. 927: A responsabilidade civil prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil deve levar em consideração não apenas a proteção da vítima e a atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse da sociedade".[217]

A propósito, a função preventiva constitui um dos fundamentos para a defesa da tese da "responsabilidade sem dano", já analisada, a qual admite que a verificação do dano em potencial já acionaria do dever de reparar por aquele que possa vir a causá-lo. Nesse sentido, assevera Glenda Gonçalves Gondin que "a responsabilidade civil tem como pressuposto a não ocorrência do dano, imputando uma resposta para aquele que age contrariamente ao direito, através do descumprimento de um determinado dever (absoluto ou relativo) e as respostas serão imputadas de acordo com a ocorrência ou não da consequência. Como a proposta inicial é o não resultado dano, podem ser imputadas respostas para evitar que ele venha a ocorrer, dentro da análise do comportamento contrário ao Direito. Caso venha a resultar o dano, será analisado se é preciso

---

[215] GONDIN, Glenda Gonçalves. *Responsabilidade civil sem dano:* da lógica reparatória à lógica inibitória. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 148.
[216] DEL MASTRO, André Menezes. A função punitivo-preventiva da responsabilidade civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 110, jan/dez. 2015, p. 771.
[217] V Jornada de Direito Civil / Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. – Brasília: CJF, 2012. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil, p. 74. Acesso em 15 jan. 2017.

uma medida para evitar que ele continue a ocorrer, no sentido de cessar a lesão, dentro desta concepção será analisada as duas vertentes de comportamento e da consequência dano. Por fim, em caso de ocorrência de dano, que não tem caráter de continuidade, a resposta jurídica deverá ser adotada dentro da noção de reparar".[218]

A função punitiva, de outra parte, teria como objetivo punir aquele que ocasionou o dano, através da condenação a um valor reparatório superior ao correspondente prejuízo.[219] Tem sua inspiração no chamados *punitive damages*, cuja origem e desenvolvimento se deu nos países de *common law*, especialmente os Estados Unidos[220], e não possui previsão expressa no ordenamento jurídico pátrio, razão pela qual a sua admissibilidade é objeto de grande celeuma[221], conforme se verificará a frente.

Não obstante haja quem conceba a punição e a prevenção como "faces diversas de uma mesma moeda", sob o fundamento de que a responsabilidade punitiva, como uma justificação ética da responsabilidade civil, também possui o escopo prático de prevenção dos danos[222], de outro lado, há quem separe a função punitiva da função preventiva, relacionando esta última a um objetivo utilitarista, no sentido de que a avaliação de sua utilidade seria para prevenir danos futuros e não para retribuir danos passados, o que permitiria deduzir que uma conduta gravemente dolosa, mas de difícil repetição, poderia ser insuficiente para imposição de penalidade, enquanto que uma conduta menos grave, mas que poderia ser facilmente repetida, sob a perspectiva da prevenção, mereceria uma condenação maior.[223] Glenda Gonçalves Gondim, por sua vez, é ainda mais incisiva quanto à distinção entre as funções punitiva e preventiva ao asseverar que a primeira não guarda relação imediata com a segunda, pois ambas

---

[218] *Responsabilidade civil sem dano:* da lógica reparatória à lógica inibitória. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 147.

[219] Cf. GONDIN, Glenda Gonçalves. *Responsabilidade civil sem dano:* da lógica reparatória à lógica inibitória. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 151.

[220] Relata-se que o primeiro precedente envolvendo os chamados *punitive damages* nos Estados Unidos remonta a 1784 e refere-se ao caso *Genay v. Norris*, que resultou na condenação de um médico que, após haver aceitado um desafio para um duelo de pistolas, inseriu secretamente uma dose de veneno na taça de seu adversário e propôs um drinque de reconciliação. Neste caso, a Suprema Corte da Carolina do Sul entendeu que as dores extremas provocadas à vítima pela malícia do médico mereceriam, naquelas circunstâncias, uma "punição exemplar". (Cf. SHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 211)

[221] Na doutrina brasileira, posicionam-se favoravelmente à tese do caráter punitivo da responsabilidade civil, dentre aqueles mencionados na bibliografia deste trabalho, os autores Sérgio Cavalieri, Maria Helena Diniz, Carlos Alberto Bittar e Antonio Junqueira de Azevedo. Dentre os que são contrários à função punitiva, destacam-se, Maria Celina Bodin de Moraes, Anderson Schreiber e Carlos Roberto Gonçalves.

[222] Cf. CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho. *Danos Extrapatrimoniais e função Punitiva*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 137.

[223] Cf. BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos à pessoa *humana*: uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 225-226.

teriam condições diversas, já que a preventiva busca evitar a ocorrência de danos futuros, enquanto a segunda visa repreender o ofensor pelo dano ocasionado.[224]

Há, ainda, quem reconheça as funções punitiva e preventiva não como finalidades precípuas da responsabilidade civil, mas sim como consequências decorrentes da própria necessidade de compensar o prejuízo ocasionado, especialmente no caso dos danos morais. É o entendimento, por exemplo, de Carlos Roberto Gonçalves, que sustenta que

> [...] o caráter punitivo é meramente reflexo ou indireto: o autor do dano sofrerá um desfalque patrimonial que poderá desestimular a reiteração da conduta lesiva. Mas a finalidade precípua do ressarcimento dos danos não é punir o responsável, e sim recompor o patrimônio do lesado[225].

A despeito da divergência acima, seja qual for o ângulo de análise, não há que se olvidar que a função punitiva da responsabilidade civil constitui um caminho de atuação da função preventiva, razão pela qual é possível falar, na esteira evolutiva contemporânea, que a responsabilidade civil, além da finalidade reparatória/compensatória, reveste-se de uma função punitivo-preventiva[226] ou punitivo-pedagógica, o que, no nosso entender, justifica a abordagem conjunta de ambas as funções.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, Wladimir Alcebíades Marinho Falcão Cunha defende que a punição, mais do que uma função exercida, seria um verdadeiro princípio a reger a responsabilidade civil. Desse modo, sustenta que o chamado "princípio da punição" teria como conteúdo o reconhecimento da atribuição de uma pena sempre adicional aos danos patrimoniais ou extrapatrimoniais causados, com apoio em dois fundamentos: sob o ponto de vista retrospectivo, o imperativo ético de censurar e apenar condutas negativas, e, sob a ótica prospectiva, a necessidade de inibição de condutas idênticas, pelo mesmo ofensor ou pelos demais membros da sociedade.[227]

Para a análise da problemática atinente ao reconhecimento da função punitiva da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, é imprescindível tecer algumas considerações acerca do instituto dos *punitive damages*, o que, ressalta-se, será feito através de uma breve alusão à experiência norte-americana, sem, contudo, adentrar-se com profundidade no Direito Comparado, haja vista os limites do presente estudo.

---

[224] Cf. GONDIN, Glenda Gonçalves. *Responsabilidade civil sem dano:* da lógica reparatória à lógica inibitória. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 152.
[225] *Direito Civil Brasileiro*. Vol. 4: Responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 342.
[226] Cf. DEL MASTRO, André Menezes. A função punitivo-preventiva da responsabilidade civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 110, jan/dez. 2015, p.775.
[227] CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho. *Danos Extrapatrimoniais e função Punitiva*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 137-138.

Quando o assunto é tratado na doutrina pátria, geralmente é citado como exemplo o caso de Stella Liebeck, uma idosa de 79 anos que comprou café em um *drive-through* de uma lanchonete do McDonald´s e, ao dar partida em seu carro, derramou a bebida quente em seu colo, vindo a sofrer várias lesões, o que culminou no pagamento de uma indenização no importe de US$2.7 milhões pela empresa à referida senhora, haja vista a constatação de que o café a 170°, como foi servido, causa queimaduras muito rapidamente após atingir a pele. O resumo deste caso, sem uma análise mais detalhada, geralmente conduz a um ângulo jocoso sobre os fatos, servindo para que os mais desavisados compreendam o instituto dos *punitive damages* como um verdadeiro "desvario". Todavia, cabe destacar que a condenação acima transcrita não se baseou exclusivamente nas lesões sofridas pela mulher, mas também no fato do supervisor de controle de qualidade da empresa ter informado ao júri que, apesar da companhia ter recebido cerca de 700 queixas de queimaduras em 10 anos, nada fez para diminuir a temperatura do café. Observa-se, portanto, que a condenação serviu não apenas para punir a empresa, mas também para prevenir danos futuros e estimular uma mudança de procedimentos por parte dela, ou seja, nas palavras de um dos jurados "foi a nossa maneira de dizer: Ei, abram os olhos. As pessoas estão se queimando".[228]

Primeiramente, releva notar que os *punitive damages*, expressão equivocadamente traduzida para "danos punitivos"[229], como uma indenização adicional assegurada à vítima com a finalidade de punir o ofensor, em sua origem, só exsurgem nos casos em que este último tenha agido com culpa grave ou dolo[230], ou seja, em hipóteses excepcionais, não sendo, pois, aplicáveis em todos os casos de dano, como erroneamente se leva a crer.

Nesse sentido, ensina André Gustavo de Andrade que

> [...] os *punitive damages* são também usualmente denominados *exemplary damages*. Constituem uma soma de valor variável, estabelecida em separado dos *compensatory damages*, quando o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, aliciação ou opressão.

[228] MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 4.a tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 232.

[229] Shreiber adverte que o que assume o caráter punitivo é a indenização, e não o dano, razão pela qual a expressão mais correta seria "indenização punitiva", o que, aliás, também se coaduna com a expressão em inglês, uma vez que o termo damages indica tanto o dano em si, quanto o montante atribuído à vítima em razão do dano (cf. *Novos Paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 211).

[230] O caráter excepcional dos *punitive damages* é reforçado por Maria Celina Bodin de Moraes, segundo a qual "[...] diversamente do que muitos crêem, a indenização por punitive damages não ocorre em casos de simples culpa; ela só surge se o ofensor tiver agido com culpa grave ou dolo". (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.57).

> **Se a conduta do agente, embora culposa, não é especialmente reprovável, a imposição dos *punitive damages* mostra-se imprópria**[231]. [g.n]

Além disso, nos Estados Unidos, onde nem todos os Estados admitem a aplicação do instituto em tela[232], as decisões geralmente são proferidas por um Júri Popular e o julgamento é dividido em duas etapas: a primeira para averiguação da responsabilidade e a segunda para imposição dos *punitive damages*.[233]

Ademais, no sistema norte-americano, inexistem parâmetros objetivos para guiar a atividade do júri e, tampouco, existe um limite constitucionalmente fixado para as indenizações por *punitive damages.*[234]

Assim, não obstante o sistema norte-americano da indenização punitiva seja bastante festejado e citado como referência por aqueles que defendem a aplicação do instituto dos *punitive damages* à realidade brasileira, observa-se que os Estados Unidos têm vivenciado, a partir da década de 90, uma verdadeira crise da responsabilidade civil, motivada, sobretudo, pela falta de previsibilidade das decisões e pelo caráter "quase caricatural" dos valores das indenizações.[235]

Para tentar solucionar a mencionada crise, sugerem-se algumas mudanças no sistema judicial daquele país, especialmente a diminuição da autonomia do júri popular, não por meio da fixação prévia de critérios mais firmes, mas sim através da restrição da competência dos jurados, os quais, embora prática demonstrem serem capazes de alcançar certo nível de consenso quanto à reprovabilidade da conduta, não conseguem o mesmo intento no que diz respeito ao valor pecuniário que deve ser suportado pelo agressor, o que gera grande disparidade entre as decisões de cada um deles. O que a experiência prática demonstra é que "os jurados não discernem a função retributiva da função preventiva, embasando o seu julgamento exclusivamente no índice de gravidade da conduta, negligenciando o aspecto da prevenção".[236] A esse respeito, alguns autores sugerem que se atribuísse a um corpo de especialistas a tarefa

---

[231] ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral & Indenização Punitiva*: Os punitive damages na experiência do Common Law e na perspectiva do Direito Brasileiro. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 286.

[232] Dos 50 Estados norte-americanos, 46 admitem a aplicação dos *punitive damages*. (MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 232)

[233] Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 236.

[234] Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 235.

[235] Cf. Idem.

[236] MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 247.

de se estabelecer critérios gerais para a fixação da indenização, o que, na realidade brasileira, equivaleria à designação de perícia para arbitramento do *quantum* da indenização punitiva.

As peculiaridades tratadas acima evidenciam que não se mostra viável a importação automática do instituto dos *punitive damages*, em seus moldes originários, ao ordenamento jurídico brasileiro, o que não impede, contudo, que ele possa servir de inspiração ao reconhecimento de um eventual a função punitiva à responsabilidade, o que, por sua vez, exigiria adaptações de modo a torná-la compatível com o sistema pátrio.[237]

A despeito de inexistir previsão legal expressa autorizando o reconhecimento da função punitiva, releva notar que na IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em 2006, foi aprovado o Enunciado n. 379, segundo o qual o art. 944, *caput*, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil.[238]

Referida linha de pensamento, contudo, é objeto de severas críticas, as quais fundamentam-se, principalmente, nos seguintes argumentos: a) falta de embasamento legal (afronta ao princípio da legalidade); b) redação do art. 944, *caput*, do Código Civil, que prevê que "a indenização mede-se pela extensão do dano"; c) *bis in idem* com a responsabilidade penal; d) ausência de critérios objetivos para a fixação do valor da indenização ("loteria judiciária"); e) enriquecimento sem causa das vítima; f) incentivo à indústria das indenizações; e g) riscos de produção de efeitos economicamente danosos.[239]

Sem embargo disso, a doutrina amplamente majoritária tem sustentado o duplo caráter da reparação do dano moral, isto é, o caráter compensatório e o caráter punitivo, o que, ademais, também tem servido como critério para quantificação da indenização, já que, para tanto, considera-se, ao lado da gravidade do dano e da capacidade econômica da vítima, o grau de culpa e a capacidade econômica do ofensor. Diante disso, Anderson Shreiber destaca que, no

---

[237] Alexandre Guerra corrobora tal entendimento ao escrever que "Afirmar a perspectiva punitiva da responsabilidade civil não significa admitir que o Direito brasileiro, fiel à tradição romano-germânica, admita a plena aplicação dos chamados exemplar ou punitivedamages, os quais são próprios do sistema da Common Law. As bases sobre as quais erigiram o Sistema romano-germânico não são as mesmas do Sistema anglo-saxônico, como é de conhecimento geral. A aplicação de penas privadas, conquanto sejam admitidas em ambos os sistemas jurídicos, não são plenamente compatíveis e idênticas em ambos os sistemas, pelo menos no concernente à sua quantificação. A função punitiva é, no entanto, igualmente reconhecida em nosso ordenamento jurídico [...] (GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). Responsabilidade civil bancária. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p.207-208 apud ROSSI, Maria Paula Cassone. *Poderes do juiz na ação coletiva*: a imposição das indenizações por dano moral coletivo e a mitigação do princípio da congruência. Tese (Doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 66.)

[238] JORNADA DE DIREITO CIVIL. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007, p. 47.

[239] Cf. FERRO, Thania Maria Bastos Lima. *A função Punitiva da Responsabilidade Civil em Acidentes de Trabalho*. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 139.

Brasil, vem se admitindo uma aplicação anômala da indenização punitiva, através da qual ela é reconhecida, não como uma parcela adicional, mas embutida na própria compensação do dano moral, circunstância que revela que a prática brasileira, ao combinar critérios punitivos e compensatórios, chegando a um resultado único, distancia-se, sobremaneira, do modelo norte-americano, onde se distingue claramente as figuras do *compensatory damages* e do *punitive damages*.[240]

A principal crítica que se faz ao modelo acima exposto é de que, no caso brasileiro, ao fixar-se uma "espécie bizarra de indenização"[241], que engloba, em uma única soma, as funções compensatória e punitiva, não é dado ao responsável conhecer os exatos limites em que está sendo apenado e que está compensando o dano, circunstância que além de elidir, sobremaneira efeito dissuasivo pretendido[242], também gera um problema de ordem processual, haja vista que a ausência de uma fundamentação adequada do arbitramento inviabiliza a adequada defesa do réu no que tange ao valor excedente à parcela reparatória.

Tal prática, aliás, tem sido utilizada pelos tribunais brasileiros como uma espécie de artifício para tentar contornar o alegado óbice de inexistência de previsão legal da função punitiva e revela uma preocupação contemporânea com a efetividade e o "efeito concreto" que as decisões judiciais podem exercer na conduta dos integrantes da sociedade, evidenciando, portanto, uma maior atenção dos juízes com a concretização da perspectiva funcional, e não meramente formal, da responsabilidade civil.

Contudo, cabe advertir que uma suposta abordagem funcionalista da jurisdição, especialmente nos países de tradição romano-germânica, não pode estar dissociada da lógica formal do direito, sob pena de conduzir a extremismos e malferir o primado da segurança jurídica. A título de exemplo, pode-se dizer que, caso fossem aplicadas indenizações esparsas e incertas, atendendo somente a uma interpretação literal do art. 944 do Código Civil, empresas poderiam perpetuar uma situação de elevado perigo à consumidores, ou, por outro lado, caso os juízes se utilizassem indiscriminadamente, de uma interpretação meramente funcionalista voltada à prevenção do dano, os causadores de um evento danoso poderiam ser conduzidos à ruína.[243]

---

[240] Cf. SHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 212-213.
[241] SHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 213.
[242] Cf. SHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 213.
[243] Cf. REBOUÇAS, Nathaniel de Vasconcelos. *Punitive Damages*: uma análise econômica de sua viabilidade no sistema de responsabilidade civil brasileiro. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 27.

Para superar os obstáculos apontados, Wesley Louzada sustenta que a figura dos *punitive damages* somente poderia ser adotada no ordenamento jurídico brasileiro mediante as seguintes condições: (i) autorização legislativa prévia; (ii) fixação legal do caso-tipo; (iii) identificação da verba relativa aos danos punitivos na sentença e (iv) destinação de tal verba não à vítima, mas a um fundo específico.[244]

Apesar da grande controvérsia no âmbito individual, o principal campo de aplicação da indenização punitiva é, de fato, a seara dos danos de natureza coletiva, cuja dimensão social e reflexos dentro da coletividade demanda uma resposta mais efetiva e uma atuação prospectiva por parte do Poder Judiciário.

A propósito, Maria Celina Bodin de Moraes, apesar de ser refratária à majoração da indenização para fins punitivos, admite a indenização punitiva nas hipóteses taxativamente previstas em lei, bem como à situações consideradas excepcionais, particularmente sérias, ou seja, "quando for imperioso dar uma resposta à sociedade, isto é, à consciência social, tratando-se, por exemplo, de conduta particularmente ultrajante, ou insultosa, em relação à consciência coletiva, ou, ainda, quando se der o caso, não incomum, de prática reiterada", e, ainda, nas "situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos, tanto na relação de consumo quanto no Direito Ambiental"[245], uma vez, nestes casos, a *ratio* seria a função preventivo-precautória, que o caráter punitivo inegavelmente detém, em relação às dimensões do universo a ser protegido.

Sob esse mesmo prisma, Antonio Junqueira de Azevedo, considerado o marco teórico da tese do dano social, reconhece que o art. 944 do Código Civil, ao limitar a indenização à extensão do dano, não impede que o juiz fixe, além das indenizações pelo dano patrimonial e pelo dano moral, uma indenização por danos sociais, a qual se revestiria de natureza punitiva por dolo ou culpa grave, especialmente tratando-se de atos que reduzem condições coletivas de segurança, e dissuasória, como medida de desestímulo para as condutas que importarem em diminuição de qualidade de vida da população.[246]

---

[244] Cf. LOUZADA BERNARDO, Wesley de Oliveira. *Dano Moral*: Critérios de Fixação de Valor, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 179-182.

[245] BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana*: uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 153.

[246] "É o dano social que embasa a estrutura de uma nova responsabilidade diferente da mera lógica reparatória que predominou até o final do século XX no Direito civil. A noção do dano social é particularmente importante para a compreensão da função preventiva, seja pela sua proximidade com a teoria do desestímulo e características punitivas, seja pela preocupação do dano e seus reflexos dentro de uma coletividade. Por consequência, é tema relevante e por isso, aqui tratado para a noção de uma responsabilidade por danos fundada em uma lógica inibitória que tenha a reparação como função secundária". (GONDIN, Glenda Gonçalves. *Responsabilidade civil sem dano:* da lógica reparatória à lógica inibitória. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 137-138.)

O mesmo autor, ao tratar sobre as funções da indenização por dano social, ensina:

> Sobre o agravamento da indenização, há que considerar ainda a indenização a título de desestímulo. Observamos, sobre isso, que a pena tem em vista um fato passado enquanto que o valor de desestimulo tem em vista o comportamento futuro; há punição versus prevenção. O desestímulo é tanto para o agente quanto para outros que fiquem tentados a repetir o mesmo ato lesivo. Nesse sentido, a indenização dissuasória é didática. Como todo ensinamento, projeta-se no futuro. O valor de desestímulo, por outro lado, voltando à comparação com a punição, é especialmente útil quando se trata de empresa, pessoa jurídica, agindo no exercício de suas atividades profissionais, em geral atividades dirigidas ao público, como no caso de consumidores.[247]

Além disso, ressalta Marcos Destefenni,

> A grande vantagem do caráter punitivo da indenização é superar uma eventual 'contabilidade utilitária' dos causadores de danos, sobretudo na hipótese de danos difusos e coletivos, em que os valores individuais não são relevantes, embora a soma das vantagens auferidas com a prática ilícita seja considerável. Assim, afasta-se aquele raciocínio de que vale a pena infringir a norma, pois eventual autuação estaria compensada pelos ganhos derivados de uma prática abusiva reiterada. Há forte caráter inibitório e pedagógico que não pode ser negligenciado, sobretudo em sede de danos ambientais e relacionados ao consumidor.[248]

Com efeito, não há que se olvidar que as funções clássicas da responsabilidade civil não mais são capazes de atender aos anseios de uma sociedade cujo potencial lesivo foi consideravelmente majorado com as evoluções tecnológica e industrial, sendo, pois, imperioso o seu redimensionamento para abranger também a função punitiva-pedagógica, haja vista que o próprio art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro determina que "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Não bastasse isso, a moderna concepção de responsabilidade civil exige que a sistemática de reparação de danos seja analisada não somente sob a ótica do lesado, como ventilou-se outrora, mas também do ofensor, de modo que a restituição ao *status quo ante* deverá ser promovida sob os dois ângulos (vítima e responsável), a fim de que aquele que pratica o evento danoso não venha a se beneficiar da própria torpeza.

Tal constatação, no entanto, não significa que a indenização punitiva deva ser aplicada indistintamente, uma vez que somente a estipulação de limites e critérios coerentes e razoáveis

---

[247] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coord.). O Código Civil e sua interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 374.

[248] *A responsabilidade civil ambiental e as formas de reparação do dano ambiental*: aspectos teóricos e práticos. Campinas: Bookseller, 2005, p.157-161.

permitirá que os óbices apontados por aqueles que rejeitam o caráter punitivo da reparação possam ser completamente afastados.

Nesse contexto, aqueles que defendem a adoção do caráter punitivo da indenização no ordenamento jurídico brasileiro sustentam que ele deverá ser reservado a situações específicas, onde faça necessário um maior rigor para contenção dos comportamentos que porventura possam ser reiterados. Para tanto, além dos requisitos tradicionais da responsabilidade civil, que, a depender do caso, poderão ser flexibilizados, Serpa Lopes assevera que, por se destinarem apenas às condutas caracterizadas pelo mais alto grau de gravidade, isto é, marcados pela intencionalidade ou pela flagrante e irresponsável desconsideração de direitos alheios, a indenização punitiva[249] exigiria a presença, concomitante, de outros pressupostos objetivos e subjetivos.

No que diz respeito aos pressupostos de ordem objetiva, o mencionado autor destaca: (i) a ocorrência de um ilícito extracontratual (*tort*) ou de um ilícito contratual que seja acompanhado de uma conduta fraudulenta ou de outro ato intencional, abusivo ou grosseiramente negligente que se caracterize, por si só, como *tort*; e, em regra, (ii) ocorrência de efetivo prejuízo.

De outro lado, na concepção de Serpa Lopes, constituem-se pressupostos subjetivos aqueles relacionados ao "estado de espírito" do ofensor, destacando-se: (i) a "malícia", que envolve não apenas o cometimento intencional de um ato ilícito, mas, também, o desejo de prejudicar o lesado; (ii) a "intenção", que envolve o cometimento intencional do ato ilícito; ou, ainda, (iii) a "temeridade", circunstância na qual o ofensor, embora prejeva a potencial ocorrência do resultado danoso, não o deseja, não se justificando o caráter punitivo da indenização a simples negligência.

Em apertada síntese, o autor em referência sustenta que

> [...] a indenização punitiva deverá ser utilizada para sancionar os ilícitos civis dotados do mais alto grau de reprovabilidade (cujos agentes devem ter obrado de maneira intencional ou gravemente culposa, com irresponsável desconsideração quanto aos direitos alheios) e que tenham lesado direitos ou interesses da mais alta relevância (a saber: os interesses existenciais e os metaindividuais) ou, ainda, servido de instrumento para a obtenção ilícita de vantagens econômicas (ainda que, nesse caso, os prejuízos decorrentes do ilícito sejam de natureza patrimonial).[250]

---

[249] Pedro Ricardo Serpa emprega a expressão *punitive damages* como sinônimo de indenização punitiva. *Indenização Punitiva*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, USP, São Paulo. 2011, passim. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/pt-br.php. Acesso em: 14 jun. 2016.

[250] Ibidem, p. 242.

Thania Maria Bastos Lima Ferro, por sua vez, enumera três pressupostos principais para a adoção da indenização punitiva no ordenamento pátrio, quais sejam: (i) dolo ou culpa grave; (ii) obtenção de lucro ilícito, e (iii) reiteração de condutas ilícitas.

Para a autora, não obstante a doutrina e a jurisprudência tenham trilhado um caminho rumo à progressiva desvalorização do elemento culpa como requisito essencial da responsabilização, tal conceito tem sido resgatado para fins de adoção da função punitiva, uma vez que, nesta hipótese, o aspecto subjetivo da conduta do agressor se mostra relevante para verificar a sua viabilidade. Desse modo, a função punitiva da indenização seria destinada àqueles casos em que o ofensor age com dolo ou culpa grave, demonstrando verdadeiro desprezo ou indiferença em relação às consequências do ato danoso.

Da mesma forma, também se mostraria cabível a indenização punitiva nos casos em que o agressor não adota os cuidados necessários e possíveis para evitar o dano, focando o seu agir tão somente na busca de uma lucratividade desmedida.[251]

Nesse particular, alguns autores[252], partindo do pressuposto de que o Direito influencia a Economia e é influenciado por ela, propõem a utilização da Análise Econômica do Direito (AED) como ferramenta para fixação de parâmetros objetivos de cálculo, a fim de se estabelecer uma melhor otimização dos valores objeto da indenização[253], que assegure que as indenizações punitivas tenham efeito dissuasório, de modo que não compense, sob o ponto de vista econômico-financeiro, praticar o dano[254].

Em suma, a despeito das controvérsias que envolvem o tema, observa-se que a função punitiva-preventiva, indubitavelmente, revela-se como uma das modernas tendências da responsabilidade civil, o que se deve, sobretudo, à constatação de que as evoluções concernentes à objetivação da culpa, à coletivização e à socialização dos riscos, impactaram de maneira negativa na aptidão do instituto de prevenir condutas socialmente reprováveis, e, por consequência, o surgimento de novos danos, demonstrando a insuficiência do paradigma

---

[251] Cita-se, por exemplo, o caso de empregadores que optam por deixar de adotar medidas de segurança e proteção dos empregados no ambiente de trabalho, em razão do custo da sua implantação.

[252] Cf. FERRO, Thania Maria Bastos Lima. *A função Punitiva da Responsabilidade Civil em Acidentes de Trabalho*. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 168.

[253] O tema não será abordado com profundidade diante dos limites deste trabalho. Sugere-se, no entanto, a leitura da monografia de Nathaniel de Vasconcelos Rebouças, intitulada Punitive Damages: uma análise econômica de sua viabilidade no sistema de responsabilidade civil brasileiro, na qual o autor introduz alguns modelos de cálculos que poderiam ser utilizados para garantia do efeito dissuasório das indenizações punitivas. Cf. REBOUÇAS, Nathaniel de Vasconcelos. *Punitive Damages*: uma análise econômica de sua viabilidade no sistema de responsabilidade civil brasileiro. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

[254] Fala-se em "dano eficiente" quando é mais vantajoso para o agente agressor pagar eventuais indenizações do que proceder de acordo com a lei.

exclusivamente ressarcitório para o atingimento da função precípua da responsabilidade civil, qual seja a manutenção do equilíbrio social.

### 1.7 Critérios para seleção dos interesses merecedores de tutela

O desenvolvimento constante da sociedade torna inevitável a progressiva marcha evolutiva do instituto da responsabilidade civil, o qual, como já mencionado, é dinâmico e acompanha as transformações sociais.

Todavia, a referida evolução não pode e nem deve prescindir da necessária segurança jurídica, a qual, por ser essencial à convivência pacífica em sociedade, constitui-se princípio indissociável do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, por mais que se reconheça a funcionalidade do Direito e à necessidade de se assegurar a proteção à dignidade, à efetividade e à paz social, não se pode, sob esse pretexto, malferir a proteção à boa-fé e à confiança dos indivíduos, através da imposição de condenações desprovidas da devida fundamentação ou respaldadas em construções teóricas elaboradas sem quaisquer parâmetros ou critérios preestabelecidos.

É cediço que, na contemporaneidade, a complexidade das relações sociais e dos conflitos delas emergentes impedem a regulação legal de todas as situações merecedoras de tutela, o que culminou na a falência do modelo de completude da lei presente nas codificações oitocentistas. Atento a tal fato, o próprio legislador ordinário optou por utilizar conceitos indeterminados e cláusulas gerais, deixando ao Poder Judiciário ampla margem de avaliação quanto ao merecimento de tutela do interesse alegadamente lesado. No entanto, isso não justifica uma atuação desordenada e arbitrária dos magistrados, os quais devem, além de descrever os fundamentos de sua decisão, demonstrar que eles se encontram apoiados em argumentos sólidos, extraídos através de uma interpretação razoável e ponderada do ordenamento jurídico, através de uma discricionariedade guiada pelos valores fundamentais consagrados na Constituição Federal.

Tal afirmação se aplica, especialmente, no campo da responsabilidade civil, onde a proliferação de novas espécies de danos indenizáveis e de novas situações lesivas favorecem uma solução que independa da prévia atuação do legislador infraconstitucional e que conceda ao Poder Judiciário o papel primordial na proteção da pessoa humana.

Nesse contexto, exsurge a necessidade de estabelecer-se critérios e métodos aptos a prover a seleção dos interesses merecedores de tutela, sobretudo se tratando de danos extrapatrimoniais, a fim de que não se desperdice tempo e esforços em demandas frívolas, uma

vez que a expansão exacerbada ou "superexpansão" dos danos, consubstanciada na proteção geral e abstrata em face de qualquer atividade lesiva, pode gerar, como efeito deletério, a própria desproteção.

Desse modo, em um panorama de erosão dos filtros tradicionais de reparação, a aferição do dano se mostra como único filtro capaz de, legitimamente, funcionar como instrumento de seleção das demandas de responsabilização.

Nesse particular, é interessante notar, como já ressaltado ao se abordar a questão do dano-evento e do dano-prejuízo)[255], que a jurisprudência cada vez mais tem se orientado no sentido de rejeitar, de forma geral, a identificação do dano em sentido jurídico com o dano em sentido material (prejuízo econômico ou emocional), recuperando-se o conceito de dano como lesão a um interesse juridicamente tutelado.[256]

Anderson Shreiber analisa alguns critérios que poderiam ser sugeridos para a seleção dos interesses merecedores de tutela.[257]

O primeiro deles refere-se à limitação da ressarcibilidade dos danos à violação de um direito subjetivo ou a qualquer outra situação jurídica subjetiva previamente especificada em lei. Tal critério, todavia, segundo Shreiber, não merece subsistir, haja vista a inviabilidade de o legislador, frente à constante mutação da sociedade, preestabelecer categorias rígidas capazes de abarcar todas as espécies de danos, o que, se fosse possível, representaria, de outro lado, a redução do valor da dignidade humana a um rol tipificado de hipóteses danosas, o que não se coaduna com a nova ordem constitucional.

Outro critério apontado diz respeito à alusão à dignidade humana como fundamento argumentativo da responsabilidade, o que, segundo o autor, não se mostra suficiente e, tampouco adequado, haja vista que o seu conteúdo extremamente aberto, mutável e flexível impede uma seleção criteriosa dos interesses merecedores de tutela, permitindo que seja considerado ressarcível qualquer prejuízo ou desfavor que, na impossibilidade de aferição precisa, alegadamente tenha ofendido a personalidade de alguém, circunstância que, por sua vez, conduz à banalização e fomenta a famigerada "indústria do dano moral". Destarte, o conteúdo amplo da cláusula geral da dignidade humana pode ser utilizado para fundamentar o ressarcimento de qualquer tipo de dano, de modo que, não raras vezes, observa-se nos tribunais

[255] Vide tópico 1.6.2.
[256] Cf. SHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 108.
[257] Cf. SHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 123-142.

que a noção de dignidade é utilizada como fundamento para se chegar a conclusões diametralmente opostas sobre o mesmo tema.

A inviabilidade da simples alusão à dignidade humana como único critério para seleção dos danos ressarcíveis, não significa, contudo, que a dignidade, como imperativo ético e jurídico, não possa figurar dentre os fundamentos das ações ressarcitórias. Pelo contrário, como vetor axiológico da ordem constitucional, ela poderá funcionar como critério de ponderação, a fim de que a solução escolhida no âmbito da discricionariedade judicial seja aquela que mais se compatibilizar com a dignidade da pessoa humana.[258]

Cogita-se, também, como critério de seleção a gravidade da ofensa, o que, segundo o autor, padece de consistência, uma vez que se toda lesão a um interesse da personalidade é grave, por ofender um interesse existencial constitucionalmente tutelado, a gravidade não consiste em nada além de uma característica necessária de tal lesão, podendo, no máximo ser levada em consideração na quantificação da indenização (*quantum debeatur*), jamais na aferição do dano.

Salienta, ademais, que, se tal critério não é utilizado para seleção dos danos patrimoniais, onde mesmo a lesão mais leva ao patrimônio, em tese, mostra-se ressarcível, não poderia ser utilizado para identificar outras espécies de danos.

Aponta-se como critério, ainda, a dor, o que é facilmente refutado, diante da sua conotação absolutamente subjetiva, bem como pelo fato de que a dor e sofrimento não representam elementos ontológicos do dano, mas "puro reflexo consequencialístico, que pode se manifestar ou não, sem que isto elimine o fato da lesão extrapatrimonial"[259].

Outro critério sugerido diz respeito à exigência de não obstar atividades de utilidade pública e de manter o controle dos efeitos econômicos da reparação de danos, o que é criticado em razão, além da generalidade excessivas dos conceitos, pelo fato de que, não raras vezes, danos morais são praticados no afã de realizar interesses coletivos em desfavor de interesses individuais, o que não significa que, no campo da dignidade da pessoa humana, eles não devam ser ressarcidos. Como exemplo, Schreiber cita o caso das violações da privacidade perpetradas para combater o terrorismo internacional.

Além disso, não merece prosperar o argumento de que a reparação estimularia outros pedidos semelhantes que acabariam por inundar os tribunais e prejudicar a prestação

---

[258] Cf. LOUZADA, Wesley de Oliveira Louzada. O princípio da dignidade da pessoa humana e o novo direito civil: breves reflexões. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VII, n.8, jun. 2006, p. 229-267.
[259] Cf. SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 133.

jurisdicional, uma vez que, adverte o autor, a falta de aparelhamento da estrutura judiciária não pode servir de fundamento, ou pretexto, para exclusão das ações de responsabilidade, o que, caso admitido, representaria uma subversão de valores.

Por fim, vale destacar o critério que mais importa para a presente pesquisa, isto é, a seleção dos interesses merecedores de tutela através da relevância social e a tipificação jurisprudencial dos danos.

A primeira crítica que se faz ao aludido critério, sem se olvidar da importância da discricionariedade judicial para a seleção dos interesses merecedores de tutela, é de que ele permitiria uma margem de atuação excessivamente subjetiva do juiz acerca de quais danos mereceriam ou não ser ressarcidos.

Schreiber destaca que a jurisprudência, de fato, tem liderado o processo de identificação das espécies de danos ressarcíveis, haja vista o seu contato privilegiado com os conflitos particulares e seu crescente ativismo na proteção da dignidade humana. Entretanto, a estrutura hierarquizada da organização judiciária, diante da falta de critérios ou métodos determinados de seleção, tem funcionado, na prática, como um mecanismo uniformizador da ressarcibilidade dos danos, cuja natureza conservadora conduz, via de regra, à rejeição da admissibilidade de de novos interesses tuteláveis.

Diante disso, o que se extrai da análise jurisprudencial é que a relevância social quase sempre é aferida com base no prévio reconhecimento de determinada espécie de dano pela totalidade ou pela maioria dos órgãos judiciais, o que, embora assegure certo grau de segurança jurídica às decisões, impede que novas condutas lesivas, decorrentes da própria evolução da sociedade, sejam reconhecidas, o que contribui para a perpetuação de abusos.

Nesse sentido, na visão do autor mencionado,

> [...] Permitir a consagração do critério da "relevância social" do prejuízo significaria premiar seguidores e apenar os seguidos, já que os preconizadores de demandas de ressarcimento sobre "novos danos" acabariam vendo seus pedidos rejeitados, exatamente pelo seu caráter inovador.[260]

Inegável, portanto, que a desconstrução do paradigma da completude da lei e a adoção de uma técnica legislativa estruturada em cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados atribuíram ao Poder Judiciário a incumbência de, à margem de previsão legal específica, selecionar os interesses que são merecedores de tutela, e cuja violação implica em danos ressarcíveis.

---

[260] Cf. SHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 139.

A principal questão que se coloca, entrementes, diz respeito à identificação de quais critérios devem ser adotados para que seja alcançada tal finalidade, o que demanda uma preocupação não apenas com a previsibilidade e uniformidade das decisões judiciais, imperativos da segurança jurídica, mas, sobretudo, com o adequado cumprimento das funções da responsabilidade civil e a efetividade das decisões no plano material.

Após apontar os possíveis óbices à adoção dos critérios já mencionados, Schreiber sugere que o juízo de merecimento de tutela, a cargo dos Tribunais, somente pode derivar de uma análise concreta e dinâmica dos interesses contrapostos em cada conflito particular, isto é, ele refuta uma análise estática e abstrata do dano, defendendo que a seleção dos interesses a serem tutelados deve ser feita caso a caso. Rejeita o autor, dessa maneira, a adoção de um critério supranormativo que sirva de base para todos os casos, propondo um método para extrair dos parâmetros normativos já existentes a solução do conflito de interesses em concreto, sem que isso dependa exclusivamente da subjetividade do juiz.

Seguindo essa linha de raciocínio, o referido autor defende que os conflitos de responsabilidade, dentre os quais se inclui a seleção dos danos indenizáveis, devem ser solucionados por meio da técnica de ponderação, recurso tradicionalmente invocado para a solução de conflitos entre princípios constitucionais[261], mas que, para Shreiber, não se limitaria a tal campo.[262]

Isso porque o campo da responsabilidade civil, além da brevidade das disciplinas normativas, é marcado por normas de conteúdo aberto e abstrato, com emprego de conceitos gerais como "dano", "culpa", "dever geral de cuidado", "exercício regular de direito" etc., o que exige que o intérprete necessariamente ultrapasse os estreitos limites da subsunção.

O autor critica, no entanto, a ponderação sem o necessário aprofundamento técnico, como uma espécie de equiparação a uma "lógica do razoável" ou a um "senso de normalidade", que converteria a aferição do dano "a um mero juízo de equidade, sem a necessária precisão científica e sem o imprescindível apoio dos parâmetros constitucionais". Cita, como exemplo, a tendência jurisprudencial de negar provimento às ações de indenização por dano moral sob o único argumento de tratar-se de "situação de mero aborrecimento ou contrariedade, comum ao normal das pessoas".

---

[261] Cf. *Novos Paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 158.
[262] Ibidem, p. 147.

Adverte, ainda, que a utilização exclusivamente nominal da técnica da ponderação, através de uma argumentação puramente retórica, desprovida de embasamento normativo e desacompanhada, quase sempre, de uma fundamentação passível de controle, faz com que os Tribunais contribuam para a erosão demasiada dos filtros tradicionais de reparação, culminando na expansão exacerbada dos danos passíveis de reparação. É o caso, cita o autor, nas decisões que consideram certos prejuízos ressarcíveis sob o único fundamento de que seriam "inaceitáveis", "socialmente intoleráveis", "graves" etc.

Feitas tais considerações, Schreiber propõe uma nova metodologia para a aferição do dano indenizável ou ressarcível, que, a partir de uma visão menos estrutural e estática da responsabilidade civil, não se restrinja à identificação de uma norma que o tutele, mas permita "uma autêntica comparação entre o interesse de tutela que o ordenamento jurídico reserva, em concreto, aos interesses da vítima e do pretenso responsável"[263].

Referida metodologia, por seu turno, seria dividida em duas fases: a primeira, consistente na verificação do merecimento de tutela em abstrato dos interesses conflitantes (interesse lesado e interesse lesivo); e a segunda, quando ambos os interesses tutelados receberem, em abstrato, o mesmo patamar de proteção, caracterizada pela concessão de um espaço de ponderação ao juiz a fim de que ele decida qual interesse deve prevalecer à luz das circunstâncias concretas.

No que tange à primeira fase ou etapa, assevera o autor que o dano somente poderá existir quando for possível extrair de alguma norma (regra ou princípio) o merecimento de tutela em abstrato dos interesses, alegadamente, lesado e lesivo, o que não significa, contudo, que a tutela deva ser expressamente declarada pela norma, haja vista que ela poderá ser extraída através do processo interpretativo de um princípio ou de uma norma proibitiva[264], por exemplo.

Já a segunda fase, que somente será alcançada quando não houver regra de prevalência estabelecida pelo legislador quanto aos interesses conflitantes, impõe-se a ponderação judicial, com base na leitura das circunstâncias do caso concreto à luz do ordenamento jurídico, isto é, buscar-se-á no ordenamento jurídico positivo o fundamento, ainda que indireto, que justifique a prevalência de um interesse sobre o outro. Para tanto, sugere-se a utilização da proporcionalidade em sentido estrito, definida, no âmbito constitucional, como a "ponderação

---

[263] SHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.163-164.

[264] Shreiber cita como exemplo o art. 18 do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece que "sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial", do qual é possível extrair o merecimento de tutela ao interesse ao próprio nome (cf. *Novos Paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 164).

entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos", ou, dito de outra forma, o exame comparativo entre o grau de realização do interesse lesivo e o grau de afetação do interesse lesado.

Paralelamente à metodologia proposta, que concebe o dano como uma cláusula geral de seleção dos interesses merecedores de tutela em concreto, Schreiber reconhece a necessidade de desenvolver-se mecanismos para desestimular as chamadas "demandas bagatelares" ou "demandas frívolas", enumerando, para tanto, quatro recursos que ele considera aptos para a pronta aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam: (i) a reparação não pecuniária dos danos extrapatrimoniais ou despatrimonialização da reparação; (ii) a exigência de efetiva demonstração do dano; (iii) a repressão à litigância de má-fé; e (iv) a rejeição do caráter punitivo da reparação.[265]

Neste particular, além do caráter punitivo da reparação, já analisado como uma das facetas da moderna tendência de alargamento ou maximização das funções da responsabilidade civil, cumpre tratar, ainda que superficialmente, sobre a reparação não pecuniária do dano e a exigência da efetiva demonstração do dano.

Schreiber defende a reparação não pecuniária dos danos extrapatrimoniais como uma resposta à crítica economicista de que o mesmo direito que reconhece a necessidade de tutela dos interesses existenciais acaba por patrimonializá-los, na medida que torna sua violação sujeita a um ressarcimento indissociado da quantificação da lesão. Propõe, dessa maneira, a adoção de outros remédios que se somariam à indenização pecuniária do dano não patrimonial, tal como a retratação pública, por exemplo. Quanto ao aspecto processual, o autor busca afastar a alegação de que a concessão de uma medida não pecuniária pelo juiz, quando o autor da demanda se limita a pleitear a reparação do dano sofrido, ofenderia o princípio da congruência, utilizando a redação dos artigos dos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil, os quais concedem ao magistrado o poder de impor multas, adotar medidas de busca e apreensão, além de outros mecanismos voltados a atribuir-se o "bem da vida" que se persegue. Para corroborar a sua afirmação, cita trecho de texto de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, segundo os quais "[a]dmite-se expressamente, assim, que, além de a sentença poder impor multa de ofício, o juiz deixe de atender ao pedido formulado pelo autor para determinar providência diversa, desde que voltada à efetiva tutela do direito material"[266].

---

[265] Cf. SHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 195.

[266] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*: Processo de Conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 439

Prossegue o autor fazendo referência ao Projeto de Lei n. 5.139/2009, que trata do chamado "Código Brasileiro de Processo Coletivo" e cujo art. 25[267] prevê expressamente a possibilidade de o juiz determinar, mediante decisão fundamentada e independentemente de pedido do autor, as providências a serem tomadas para reconstituição dos bens lesados, podendo indicar, entre outras, a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita.[268]

Por fim, no que tange à exigência de efetiva demonstração do dano, Schreiber pondera que a concepção de que o dano moral existe *in re ipsa*, ou seja, deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, não dispensa a prova efetiva do dano, não bastando, portanto, a alegação, em tese, da lesão. Outrossim, segundo o autor, não basta que a vítima prove ter o réu se conduzido de forma a causar risco a sua privacidade, imagem ou qualquer outro direito personalíssimo, sendo indispensável a prova concreta da lesão. Isso porque a lesão ocorre objetivamente e a sua verificação se dá de forma inteiramente desvinculada da sua repercussão, de modo que, segundo ele, a dispensa da prova abarcaria somente as consequências da lesão sobre a sensibilidade da vítima, não a lesão em si.

### 1.8 Dano social e dano moral coletivo

Conforme já noticiado neste capítulo, a erosão dos filtros tradicionais de reparação, isto é, a progressiva perda da importância da culpa e do nexo de causalidade como pressupostos do dever de indenizar, elevou o dano a uma posição de destaque nas decisões judiciais, fazendo com que ele, aos poucos, viesse a se tornar "o elemento apto, por si só, a atrair a atuação das cortes em amparo às vítimas dos infortúnios mais diversos"[269]

Tal circunstância, aliada ao fenômeno da coletivização dos direitos, contribuiu para a expansão dos danos indenizáveis, o que, por sua vez, culminou no reconhecimento da obrigação de reparar lesões a bens e valores jurídicos de natureza transindividual, campo no qual se destacam as figuras do dano moral coletivo e do dano social, sobre as quais ainda existe grande

[267] Art. 25. Na ação reparatória dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, sempre que possível e independentemente de pedido do autor, a condenação consistirá na prestação de obrigações específicas, destinadas à reconstituição do bem, mitigação e compensação do dano sofrido.
Parágrafo único. Dependendo das características dos bens jurídicos afetados, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias, o juiz poderá determinar, em decisão fundamentada e independentemente do pedido do autor, as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar, entre outras, a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita.

[268] Projeto arquivado em 17.03.2010 (http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/145934-CAMARA-REJEITA-AMPLIACAO-DO-ALCANCE-DA-ACAO-CIVIL-PUBLICA.html)

[269] SHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 83.

indefinição jurisprudencial tanto quanto aos elementos que as caracterizam, quanto em relação à própria admissibilidade no ordenamento jurídico.

Sendo assim, buscar-se-á, nas próximas linhas, traçar-se um breve panorama acerca dos principais aspectos trazidos pela doutrina sobre as espécies de danos acima mencionadas, o qual servirá como referência para a análise jurisprudencial que será objeto de capítulo próprio.

### 1.8.1 Dano moral coletivo

O reconhecimento constitucional dos direitos da personalidade (art. 5º, X da CF) e a consagração da dignidade humana como vetor principiológico do ordenamento jurídico pátrio (art. 1º, III da CF), alteraram profundamente a estrutura da responsabilidade civil, o que resultou, em um primeiro momento, no elastecimento da tutela jurídica da esfera patrimonial para a moral ou extrapatrimonial, e, mais à frente, sobretudo após o legislador constituinte ter introduzido expressamente a proteção dos interesses coletivos *lato sensu* (art. 129, II), cuja definição adveio somente com a Lei n. 8.078/80 (art. 81), contribuiu para a extensão da proteção jurídica do campo individual ao coletivo ou social[270].

A alteração do espectro de proteção advindo do reconhecimento do homem em sua dimensão coletiva possibilitou que entes não personalizados e grupos ou classes de categorias de pessoas indeterminadas passassem também a figurar como titulares de direito à reparação civil, tornando

> [...] imprescindíveis a imediata reação e a resposta eficaz do sistema jurídico, em face de situações de situações reveladoras de condutas que configura lesão injusta a interesses juridicamente protegidos, de natureza extrapatrimonial, titularizados pela coletividade, em todas as suas expressões (grupos, categorias ou classes).[271]

Nesse contexto, exsurgiu uma nova modalidade de dano indenizável a qual se convencionou denominar de "dano moral coletivo", terminologia que, por sua vez, é passível de crítica por não se revelar a mais técnica, haja vista que o vocábulo "moral", pela sua equivocidade, sempre esteve mais associado ao sentimento e à dor física ou psíquica e, consequentemente, ao homem em sua concepção individual, enquanto que a expressão "coletivo" poderia dar margem ao entendimento de que na referida modalidade não estariam abrangidos as lesões de natureza difusa. Desse modo, sustenta-se que seria mais apropriada a

---

[270] Cf. MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 121.
[271] MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de Medeiros. *Dano moral coletivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 123.

utilização da expressão "dano extrapatrimonial supraindividual"[272], que, nas palavras de Xisto Tiago Medeiros Neto, seria mais apta a traduzir "a amplitude semântica adequada ao alcance da matéria"[273- 274]

Sem embargo disso, por se reconhecer que a nomenclatura "dano moral coletivo", ressalvada a imprecisão sob o ponto de vista ontológico, já se encontra amplamente consagrada na doutrina e na jurisprudência, optou-se por utilizá-la neste trabalho.

A base legal para a tutela efetiva do dano moral coletivo foi sedimentada, no plano infraconstitucional, com o advento da Lei 8.078/80 (CDC). Isso porque o referido dispositivo legal, além de ter acrescentado[275] o inciso IV ao art. 1º da Lei 7.347/85 (LACP)[276], incluindo, dentre os interesses a serem tutelados por meio da ação civil pública, "qualquer outro interesse difuso ou coletivo", também atribuiu à coletividade, como ente despersonalizado, a condição de titular de direitos (art. 2º, parágrafo único do CDC[277]) e enumerou, expressamente, dentre os direitos básicos do consumidor, "o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos".

Observa-se que, no Brasil, ainda não há consenso acerca da existência do dano moral coletivo. É o que se verifica, por exemplo, nas decisões do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, a 1º Turma do referido tribunal tem rejeitado a figura, sob o fundamento de "impossibilidade lógica" do dano moral coletivo, uma vez que o abalo moral estaria adstrito às pessoas individualmente consideradas.[278] De outra parte, em sentido diametralmente oposto, a 2º Turma do Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a possibilidade de configuração do dano moral coletivo, dispondo, em um dos seus precedentes, no seguinte sentido:

---

[272] Expressão sugerida por Anderson Schreiber (cf. *Novos Paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 90).

[273] MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de Medeiros. *Dano moral coletivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 123.

[274] Cumpre ressalvar, neste particular, que Xisto Tiago de Medeiros Neto limita-se a criticar o emprego do termo "moral", sem fazer qualquer referência à impropriedade técnica da expressão "coletivo". Nesse sentido, o referido autor defende que a terminologia mais apropriada seria "dano extrapatrimonial coletivo".

[275] Art.. 110 do CDC.

[276] 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.

[277] Art. 2º. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

[278] Cite-se como exemplo Recurso Especial 598.281, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 2.5.2006, cuja ementa da decisão segue transcrita: PROCESSUAL CIVIL. AÇAO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DANO MORAL COLETIVO. NECESSÁRIA VINCULAÇAO DO DANO MORAL À NOÇAO DE DOR, DE SOFRIMENTO PSÍQUICO, DE CARÁTER INDIVIDUAL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOÇAO DE TRANSINDIVIDUALIDADE (INDETERMINABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO E INDIVISIBILIDADE DA OFENSA E DA REPARAÇAO). RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

> O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base.[279]

Superada a controvérsia acima, cabe fazer uma breve compilação de alguns conceitos de dano moral coletivo trazidos pela doutrina.

Assim, segundo Carlos Alberto Bittar Filho,

> [...] pode-se afirmar que o dano moral coletivo é a injusta lesão na esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores objetivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico; quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto material.[280]

André de Carvalho Ramos, por sua vez, sustenta que "O ponto-chave para a aceitação do chamado dano moral coletivo está na ampliação de seu conceito, deixando de ser o dano moral um equivalente da dor psíquica, que seria exclusividade de pessoas físicas". Seguindo essa linha de raciocínio, o referido autor argumenta que

> Devemos ainda considerar que o tratamento transindividual aos chamados interesses difusos e coletivos origina-se justamente da importância destes interesses e da necessidade de uma efetiva tutela jurídica. Ora, tal importância somente reforça a necessidade de aceitação do dano moral coletivo, já que a dor psíquica que alicerçou a teoria do dano moral individual acaba cedendo lugar, no caso do dano moral coletivo, a um sentimento de desapreço e de perda de valores essenciais que afetam negativamente toda uma coletividade.[281]

No mesmo sentido, aliás, escreve Leonardo Roscoe Bessa, segundo o qual a caracterização do dano moral coletivo "independe de qualquer afetação ou abalo à integridade psicofísica da coletividade"[282], o que é corroborado por Xisto Tiago de Medeiros Neto, que

---

[279] STJ, 2ª Turma, Recurso Especial 1.057.274, Rel. Min. Eliana Calmon, 1.2.2009. Ementa: ADMINISTRATIVO - TRANSPORTE - PASSE LIVRE - IDOSOS - DANO MORAL COLETIVO - DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇAO DA DOR E DE SOFRIMENTO - APLICAÇAO EXCLUSIVA AO DANO MORAL INDIVIDUAL - CADASTRAMENTO DE IDOSOS PARA USUFRUTO DE DIREITO - ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA PELA EMPRESA DE TRANSPORTE - ART. 39, 1º DO ESTATUTO DO IDOSO - LEI 10741/2003 VIAÇAO NAO PREQUESTIONADO. O mesmo posicionamento também tem sido adotado em outras decisões mais recentes, tal como no Recurso Especial 1.197.654/MG, julgado em 1.3.2011.

[280] BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro*. em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30881-33349-1-PB.pdf. Acesso em: 10 Jun. 2016.

[281] RAMOS, André de Carvalho. Ação civil pública e o dano moral coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 25, jan./mar. 1988, p. 82.

[282] BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. *Revista da Direito e Liberdade*, Mossoró, v. 7, n. 3, p. 237 – 274 – jul/dez 2007, p. 237.

assevera que, para se caracterizar o dano mencionado, não há que se levar em consideração qualquer "abalo psicofísico" sofrido, muito embora ele possa vir a ser constatado na maioria das situações.[283]

Arion Sayão Romita, por sua vez, assevera que se pode entender como dano moral coletivo

> [...] aquele que decorre da violação de direitos de certa coletividade ou a ofensa a valores próprios dessa mesma coletividade, como sucede, por exemplo, com a crença religiosa, o sentimento de solidariedade que vincula os respectivos membros, a repulsa a atos de discriminação contra membros da coletividade ou do próprio grupo, como tal.[284]

Marcelo Freire Sampaio Costa conceitua o dano moral coletivo como

> A violação da projeção coletiva da dignidade da pessoa humana, consubstanciada em interesses/direitos extrapatrimoniais essencialmente coletivos (difusos e coletivos em sentido lato), sendo tal violação usualmente causadora de sentimentos coletivos de repulsa, indignação e desapreço pela ordem jurídica.[285]

Segundo Amaury Rodrigues Pinto Júnior, "dano moral coletivo seria o resultado de uma conduta antijurídica que, por ser absolutamente injusta e intolerável, agride os valores éticos mais caros a uma comunidade, provocando repulsa ou indignação social"[286]. Prossegue o referido autor justificando que a inclusão da expressão "repulsa ou indignação social" como integrante do conceito em epígrafe, tem o objetivo de reforçar a ideia de que não é qualquer conduta antijurídica que configura o dano moral coletivo, mas apenas aquelas de maior gravidade, em razão dos resultados gerados ou do método utilizado pelo infrator.[287]

Por fim, Xisto Tiago Medeiros Neto, em obra específica sobre o tema, escreve que

---

[283] Cf. MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 136.
[284] ROMITA, Arion Sayão. Dano moral coletivo. *Revista IOB* – Trabalhista e Previdenciária, n. 216, jun. 2007, p. 37.
[285] SAMPAIO COSTA, Marcelo Freire. *Dano moral (extrapatrimonial) coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 71.
[286] PINTO JÚNIOR, Amaury Rodrigues. A função social dissuasória da indenização por dano moral coletivo e sua incompatibilidade com a responsabilidade civil objetiva. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 56, n. 86, p. 37-52, jul./dez. 2012. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/74982/2012_junior_amaury_funcao_social.pdf?sequence=1&isAllowed=y >. Acesso em: 11 mar. 2016, p. 40.
[287] Cf. PINTO JÚNIOR, Amaury Rodrigues. A função social dissuasória da indenização por dano moral coletivo e sua incompatibilidade com a responsabilidade civil objetiva. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 56, n. 86, p. 37-52, jul./dez. 2012. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/27250>. Acesso em: 11 Mar. 2016.

> O dano moral coletivo corresponde à lesão injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados pela coletividade (considerada em seu todo ou em qualquer de suas expressões – grupos, classes ou categorias de pessoas), os quais possuem natureza extrapatrimonial, refletindo valores e bens fundamentais para a sociedade.[288]

O mesmo autor, "à luz da mais abalizada doutrina"[289], enumera, de forma exemplificativa, algumas hipóteses que, segundo ele, seriam aquelas de maior incidência no âmbito do dano moral coletivo:

> (a) veiculação de publicidade enganosa prejudicial aos consumidores;
> (b) comercialização fraudulenta de gêneros alimentícios, pondo-se em risco a saúde da população;
> (c) sonegação de medicamentos essenciais, com vistas a forçar-se o aumento do seu preço;
> (d) fabricação defeituosa de produtos e sua comercialização, ensejando lesões aos consumidores;
> (e) monopolização ou manipulação abusiva de informações, atividades ou serviços, com efeitos prejudiciais aos interesses da coletividade;
> (f) destruição ou depredação de bem ambiental, comprometendo o equilíbrio do sistema e gerando consequências nefastas ao bem-estar, à saúde ou à qualidade de vida da comunicação;
> (g) divulgação de informações ofensivas à honra, à imagem ou à consideração social de certas comunidades ou categorias de pessoas;
> (h) discriminação em relação ao gênero, à idade, à opção sexual, nacionalidade, às pessoas portadoras de deficiência e de enfermidades, ou aos integrantes de determinada classe social, região, etnia ou raça;
> (i) dilapidação e utilização indevida do patrimônio e verbas públicas, além da prática de atos de improbidade administrativa que, pela expressão verificada, causem repercussão negativa à coletividade;
> (j) deterioração do patrimônio cultural da comunidade;
> (k) deficiências ou irregularidades injustificáveis na prestação de serviços públicos (p. ex., transporte coletivo, limpeza urbana e comunicações), resultando transtornos à coletividade ou ameaça à sua segurança ou saúde;
> (l) exploração do trabalho de crianças e adolescentes, em violação ao princípio constitucional da dignidade humana e da proteção integral;
> (m) submissão de grupo de trabalhadores a condições degradantes, a serviço forçado, em condições análogas à de escravo, ou mediante regime de servidão por dívida;
> (n) manutenção de meio ambiente de trabalho inadequado e descumprimento de normas trabalhistas básicas de segurança e saúde, gerando riscos ou danos à integridade psicofísica dos trabalhadores;
> (o) prática de discriminação, assédio (moral ou sexual) e ameaça aos trabalhadores, a sua submissão a situações humilhantes e vexatórias;
> (p) uso de fraude, coação ou dolo para burlar ou sonegar direitos trabalhistas;
> (q) criação de obstáculos e ardis para o exercício da liberdade associativa e sindical, com ameaça e intimação aos trabalhadores.[290]

---

[288] MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.137.
[289] MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.149.
[290] MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 149-150.

### 1.8.2 Dano Social

Ainda na esteira da expansão dos danos indenizáveis como decorrência do reconhecimento da necessidade de tutela dos direitos supraindividuais, destaca-se, mais recentemente, a figura do chamado "dano social", cujos primeiros estudos foram desenvolvidos por Antonio Junqueira de Azevedo, sobretudo a partir de seu artigo publicado no ano de 2004.

Azevedo sustenta que o dano social ocorre quando "[...] um ato, se doloso ou gravemente culposo, ou se negativamente exemplar, não é lesivo somente ao patrimônio material ou moral da vítima, mas sim, atinge a toda a sociedade, num rebaixamento imediato do nível de vida da população".[291]

Em seu trabalho, o referido autor sustenta a existência de três espécies de danos, todos com reparação autônoma, quais sejam: o dano patrimonial, o dano moral e o dano social. Quanto à indenização, defende que, no primeiro caso, ela seria fixada de acordo com os danos emergentes e os lucros cessantes; no segundo, de acordo com a finalidade compensatória; e, no caso do dano social, como punição, por ter o agente agido com dolo ou culpa grave, ou como dissuasão, com o objetivo de desestimular o agente ou terceiros da reincidência nos mesmos atos.

Tal posicionamento foi corroborado por Flavio Tartuce, o qual encampou a ideia de dano social como uma quarta modalidade de dano reparável, cumulável com os danos material, moral e estético. Para ele, o dano social seria

> [...] aquele que repercute socialmente, podendo gerar prejuízos de ordem patrimonial ou imaterial aos membros da coletividade. Há um rebaixamento moral, uma perda de qualidade de vida. O dano social está caraterizado, por exemplo, nas condutas socialmente reprováveis, que fazem mal ao coletivo, movidas pelo intuito egoísta. [292]

Segundo o mesmo autor, o conceito acima

> [...] mantém relação direta com a principiologia adotada pelo Código Civil de 2002, que escolheu entre um de seus regramentos básicos a socialidade: a valorização do *nós* em detrimento do *eu*, a superação do caráter individualista e egoísta da codificação anterior. Justamente por isso, os grandes ícones privados têm importante função social: a propriedade, o contrato, a posse, a família, a empresa e também a responsabilidade civil. A função social da responsabilidade civil deve ser encarada como uma análise do instituto de

[291] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coord.). *O Código Civil e sua interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 380.

[292] TARTUCE, Flavio. Reflexões sobre o dano social. *Revista Evocati*, n. 47, nov. 2009. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=370>. Acesso em: 19 jun. 2017.

> acordo com o meio que o cerca, com os objetivos que as indenizações assumem perante o meio social. Mais do que isso, a responsabilidade civil não pode ser desassociada da proteção da pessoa humana, e da sua dignidade como valor fundamental. A cláusula geral de tutela da pessoa humana, constante do art.1º, inc.III, da Constituição Federal, possibilita, assim, a ideia da existência de novos danos reparáveis. [...] Parece-nos que a ideia do dano social mantém relação com o importante papel assumido pela dignidade humana em sede de Direito Privado, e pela tendência de se reconhecer uma amplitude maior aos direitos da personalidade. É no âmbito desses direitos imateriais que surgirão as aplicações práticas dos danos à sociedade. [293]

Carlos Roberto Gonçalves, por sua vez, ao tratar sobre o tema, conceitua os danos sociais como

> [...] **aqueles que causam um rebaixamento no nível de vida da coletividade e que decorrem de condutas socialmente reprováveis**. Nesses casos, o juiz fixa a verba compensatória e aquela de caráter punitivo ao dano social. Esta indenização não se destina à vítima, mas a um fundo de proteção consumerista (CDC, art. 100), ambiental ou trabalhista, por exemplo, ou até mesmo a uma instituição de caridade, a critério do juiz. Constitui, em suma, a aplicação social da responsabilidade civil.[294] [GRIFO NOSSO]

De outra parte, Maria Helena Diniz define os danos sociais como aqueles que, por atingir o valor social do trabalho, o meio-ambiente, a educação, o lazer, etc., alcançando toda a sociedade, podem provocar insegurança ou redução da qualidade de vida desta.[295]

Na mesma esteira, Tartuce aponta que, na prática, os danos sociais poderão se caracterizar, por exemplo, quando uma pessoa fuma próximo ao posto de combustíveis e, em razão disso, o posto explode[296]; ou ainda, uma empresa que diminui a fórmula de um medicamento, provocando a morte de alguns pacientes. Indica que o ponto comum dessas situações se refere à extrapolação da pessoa lesada; ou seja, em ambos os casos, o dano atinge a uma coletividade, a um grupo indeterminado de pessoas.

Reis Friede e Luciano Aragão, apesar de reconhecerem a unicidade conceitual dos danos sociais, os classificam de acordo com o âmbito de incidência da lesão em trabalhista, ambiental, consumerista, administrativo, econômico e "sem outra especificação (SOE). Desse modo, citam como exemplos de danos sociais consumeristas os casos de propaganda enganosa, venda de produtos impróprios para o consumo, aumento indevido de mensalidades de planos de saúde, cobranças de juros extorsivos pelas instituições financeiras etc. Como hipóteses de danos

---

[293] TARTUCE, Flavio. Reflexões sobre o dano social. *Revista Evocati*, n. 47, nov. 2009. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=370>. Acesso em: 19 jun. 2017.
[294] *Direito Civil Brasileiro*. Vol. 4: Responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 563.
[295] *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 7: Responsabilidade Civil. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.79
[296] TARTUCE, Flavio. Op. cit.

sociais administrativos, indicam os danos transindividuais causados por ação ou omissão da administração pública direta, suas autarquias e fundações, e, finalmente, como hipóteses de danos sociais econômicos, trazem como exemplos a formação de cartéis, a prática de truste e dumping, as ações lesivas à economia popular, ao mercado financeiro etc.[297]

No âmbito trabalhista, o dano social tem sido identificado como "dumping social", nomenclatura adaptada do direito comercial, onde costumeiramente é usada para se referir à concorrência desleal em nível internacional, e que, no âmbito interno, tem sido utilizada para denominar a prática reiterada e deliberada de violação a direitos trabalhistas, com o objetivo de obter vantagens comerciais e financeiras, mediante a precarização das relações de trabalho.

O *dumping social*, caracterizado pelas agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano a toda sociedade, o que impõe, nas palavras de Souto Maior, o reconhecimento da função punitiva da indenização:

> Em se tratando de práticas ilícitas que tenham importante repercussão social, a indenização, visualizando esta extensão, fixa-se como forma de desestimular a continuação do ato ilícito, especialmente quando o fundamento da indenização for a extrapolação de limites econômicos e sociais do ato praticado, pois sob o ponto de vista social o que importa não é reparar o dano individualmente sofrido, mas impedir que outras pessoas, vítimas em potencial do agente, possam vir a sofrer dano análogo.[298]

A despeito da similitude entre os conceitos, Tartuce defende que o dano moral coletivo e o dano moral coletivo constituem-se institutos diversos. Isso porque enquanto no dano social a vítima é a sociedade, o dano moral coletivo tem como vítimas titulares de direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos. Além disso, enquanto o dano social também pode ser material, ou seja, também pode repercutir patrimonialmente no âmbito da sociedade, o dano moral coletivo, repercute extrapatrimonialmente. A título de exemplo, o autor cita que "uma conduta socialmente reprovável pode trazer danos patrimoniais a determinadas pessoas, ao mesmo tempo em que diminui o nível de desenvolvimento da sociedade, caso do posto que explode por um cigarro".[299]

---

[297] FRIEDE, Reis. ARAGÃO, Luciano. *Dos danos sociais*. Disponível em: http://www5.tjba.jus.br/unicorp/images/artigo_dos_danos_sociais.pdf. Acesso em 10 Jun. 2017.

[298] SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *A responsabilidade civil objetiva do empregador com relação a danos pessoais e sociais no âmbito das relações de trabalho*. Disponível em: < http://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/a_responsabilidade_civil_objetiva_do_empregador_com_rela%C3%87%C3%83o_a_danos_pessoais_e_sociais_no_%C3%82mbito_das_rela%C3%87%C3%95es_de_trabalho..pdf>. Acesso em: 19 Jun. 2016.

[299] TARTUCE, Flavio. Reflexões sobre o dano social. *Evocati Revista*, n. 47, nov. 2009. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=370>. Acesso em: 19 Jun. 2017.

Finalmente, Maria Paula Cassone Rossi, apesar de reconhecer que ambas as espécies de danos possuem premissas diferentes, sustenta que em determinadas hipóteses um mesmo dano possa ser analisado sob o viés do dano moral e do dano moral coletivo. Escreve a autora que

> Conquanto não tenha sido alcançada, até então, pela doutrina, uniformidade em relação à matéria, em se admitindo que as indenizações por dano moral coletivo e dano social partam de premissas, em certa medida, diferenciadas, visualizamos entre os campos do dano moral coletivo e do dano social nítida intersecção capaz de viabilizar, em determinadas hipóteses, que um dano de conotação residual possa ser analisado sob o viés do dano moral coletivo e também do dano social. [300]

[300] *Poderes do juiz na ação coletiva*: a imposição das indenizações por dano moral coletivo e a mitigação do princípio da congruência. Tese (Doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 73.

## 2. REPARAÇÃO CIVIL DOS DANOS DIFUSOS E COLETIVOS

### 2.1 O abandono do paradigma individualista e seus reflexos no processo civil

Tecidas algumas considerações acerca das modernas tendências da responsabilidade civil, dentre as quais se inclui a expansão dos danos indenizáveis, o que decorre, dentre outros fatores, do fenômeno denominado "coletivização dos direitos", cumpre analisar, ainda que brevemente, alguns aspectos atinentes aos meios processuais para a tutela de tais direitos.

O Estado liberal, diante da necessidade de frear os abusos do regime absolutista que lhe antecedeu, amparou-se no princípio da legalidade com vistas a proteger os direitos subjetivos dos particulares mediante a atuação da vontade da lei.

Sob esse prisma, o conceito de jurisdição encontrava-se restrito à reparação do direito violado e a técnica processual vigente amparava-se em um paradigma eminentemente individualista, elaborado a partir da concepção de que o processo civil constituía um assunto privado das partes e a tutela jurisdicional, por reconhecer o indivíduo como o único sujeito de direitos, era dirigida somente a tutelar os direitos subjetivos violados[301], a partir dos ideários ideário liberais de igualdade formal e absenteísmo do Estado.

O advento do Estado Social e, posteriormente do Estado Democrático de Direito, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que alçou a dignidade da pessoa humana a princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, contribuíram para a grande revolução paradigmática, ainda em andamento, consistente na "(re)descoberta do ser humano social como o verdadeiro sujeito de direito"[302], culminando na afirmação dos chamados "novos direitos", em especial dos direitos metaindividuais ou supraindividuais, o que repercutiu diretamente no campo processual, fazendo surgir, nas palavras de Elton Venturi,

> [...] um novo processo civil brasileiro, marcado por uma instrumentalidade irrestrita, necessariamente aberta e flexível à nova moldura dos conflitos sociais, não mais estanquemente definidos como *públicos* ou *privados*, e absolutamente carentes de prestação jurisdicional efetiva.[303]

---

[301] Cf. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 25-27.

[302] VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 31.

[303] VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 33.

O crescimento populacional e o surgimento da "sociedade de massa" trouxeram consigo a majoração do potencial lesivo da sociedade e o consequente incremento quantitativo e qualitativo das lesões provocadas no âmbito das relações sociais, revelando, pois, a necessidade de se criar, no campo processual, mecanismos que permitissem uma efetiva e adequada solução para as novas formas de conflito.

Atento a essa nova realidade, o legislador pátrio promoveu, inicialmente, a regulamentação de algumas espécies de ações de natureza coletiva, tal como ação popular (Lei n. 4.717/65) e a ação civil pública (Lei n. 7.347/85), o que se intensificou, sobretudo, após a Constituição Federal de 1988, que, ao erigir a dignidade da pessoa humana ao patamar de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito e reconhecer a dimensão coletiva da tutela jurisdicional, inspirou a criação de um verdadeiro microssistema do processo coletivo, integrado, além dos diplomas já mencionados, pelo Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e Adolescente, o Estatuto do Idoso e a Lei de Improbidade Administrativa.[304]

A par disso, o ordenamento jurídico pátrio, através do art. 81, parágrafo único, do CDC, optou por conceituar expressamente quais seriam os interesses ou direitos objeto da tutela jurisdicional coletiva, designando-os de difusos, coletivos e individuais homogêneos.[305]

Nesse particular, cumpre salientar que, não obstante a expressão "interesse", a princípio, tenha sido invocada para distinguir as pretensões coletivas dos autênticos direitos subjetivos, associados originalmente às pretensões individuais[306], a Lei n. 8.078/90 empregou os termos "interesses" e "direitos" como sinônimos, o que representou um abandono da distinção conceitual entre ambos e que se deve, sobretudo, ao reconhecimento dos interesses metaindividuais como verdadeiros direitos subjetivos.[307]

---

[304] Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Tutela Coletiva dos Direitos Individuais Homogêneos. Legitimação Processual das Associações no Direito Brasileiro. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre*, n. 63, nov./dez. 2014, p. 07.

[305] 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.

[306] O "interesse *lato sensu"* teria uma conotação mais ampla que "direito".

[307] Cf. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 48-49.

No campo processual, sem perder de vista o objetivo primordial de justa composição do litígio, o processo coletivo oferece alguns desafios aos paradigmas tradicionais do processo civil, haja vista que a constante alteração quantitativa e qualitativa dos conflitos, propiciada pela elevada dinamicidade das relações sociais, exige a adaptação dos institutos e conceitos clássicos[308], com vistas à adequada efetivação do direito material no plano concreto.[309]

Nessa esteira, o reconhecimento dos chamados "novos direitos" como objeto de tutela contribuiu diretamente para o redimensionamento da técnica processual, ensejando uma reformulação do sistema jurisdicional, uma vez que, nas palavras de Ada Pellegrini Grinover,

> [...] não bastava reconhecer os direitos de solidariedade. Era preciso que o sistema jurídico os tutelasse adequadamente, assegurando sua efetiva fruição. Da declaração dos novos direitos, era mister passar à sua efetiva garantia, de modo a viabilizar concretamente as mais recentes conquistas da cidadania. E como cabe ao Direito Processual atuar praticamente com relação aos direitos ameaçados ou violados, a renovação fez-se sobretudo no plano do processo. De um modelo processual individualista a um modelo social, de esquemas abstratos a esquemas concretos, do plano estático ao plano dinâmico, o processo transformou-se de individual em coletivo, ora inspirando-se no sistema das *class actions* da *common law*, ora estruturando novas técnicas, mais aderentes à realidade social e política subjacente. E nesse campo o Brasil tem algo a dizer.[310]

Marinoni e Arenhart advertem que no âmbito do processo coletivo, a garantia do devido processo legal, dificilmente, alcançará a mesma expressão que possui no plano individual, o que não significa, contudo, que ela deverá ser mutilada ou sacrificada, mas sim que exigirá uma releitura à luz das necessidades da proteção coletiva, adaptando-a às peculiaridades e exigências inerentes a essa modalidade de tutela.[311] Citam, como exemplo, o caso da legitimidade para a causa, uma vez que, enquanto no processo individual a garantia do devido processo legal aponta, normalmente, para a existência de um direito subjetivo ao "dia na Corte", no plano coletivo, o eixo de análise do direito se desloca do indivíduo para o interesse violado, isto é, os princípios fundamentais processuais não são pensados apenas considerando os sujeitos

---

[308] É o caso, por exemplo, dos institutos da legitimidade, da competência e da coisa julgada, os quais recebem tratamento bastante diferenciado no âmbito do processo coletivo.

[309] Cf. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 106.

[310] GRINOVER, Ada Pellegrini. Defesa do meio ambiente em juízo como conquista da cidadania. Revista CEJ, V. 3 n. 9 set./dez. 1999. Disponível em: https://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/rt/printerFriendly/244/406. Acesso em: 01 Jun. 2017.

[311] Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. A proteção ressarcitória de danos coletivos e o devido processo legal: a experiência brasileira. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre*, n. 58, jan./fev. 2014, p. 07.

processuais envolvidos, exigindo, pois, a consideração a partir dos interesses tutelados e, de modo mais amplo, sob a ótica de todos aqueles que fazem parte da sociedade.[312]

Daí é possível extrair, portanto, que, no processo coletivo, atribui-se maior ênfase à dimensão política da garantia do devido processo legal, de modo que, "torna-se mais relevante oferecer ao interesse protegido as garantias processuais fundamentais - acesso à Justiça, tempestividade, efetividade, contraditório e ampla defesa, etc. - do que propriamente entregá-las aos sujeitos processuais que gerem a relação processual".[313]

Ademais, não há que se olvidar que o modelo processual coletivo foi concebido para viabilizar a implementação da fórmula econômica do "maior aproveitamento mediante o menor desperdício de tempo e recursos", com vistas a garantir a dedução das pretensões metaindividuais com um máximo de efetividade e o menor ônus possível, o que conduz à necessidade de otimização da atividade jurisdicional e a desoneração do acesso à justiça[314], fato que não passou despercebido ao legislador pátrio, que isentou o autor das ações coletivas das custas judiciais e dos ônus da sucumbência.[315]

Por fim, reconhecendo-se que as ações coletivas[316] implicam no redimensionamento da própria função jurisdicional, que se desloca da mera atuação do direito objetivo para o papel promocional da aquisição de uma consciência do coletivo e do social[317], alude-se que, ideologicamente, o processo coletivo deve ser tratado como possível instrumento ensejador não da vontade exclusiva do juiz, muitas vezes arbitrária e volúvel, mas sim da concretização da vontade constitucional a ser operada, urgente e legitimamente, pelo Poder Judiciário. Isso, por sua vez, exige, sob o ponto de vista técnico, nas palavras de Elton Venturi, "a assimilação da viabilidade e necessidade de conjugação de todas as espécies de tutelas viabilizadas pelo sistema coletivo (de caráter preventiva, repressivo ou impositivo)"[318].

---

[312] Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. A proteção ressarcitória de danos coletivos e o devido processo legal: a experiência brasileira. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre*, n. 58, jan./fev. 2014, p. 08.

[313] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. A proteção ressarcitória de danos coletivos e o devido processo legal: a experiência brasileira. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre*, n. 58, jan./fev. 2014, p. 08.

[314] Cf. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 111-112.

[315] Cf. Art. 17 da LACP, art. 13 da LAP, art. 87 do CDC e art. 5º, LXXIII da CF.

[316] Entende-se como ações coletivas todas aquelas que têm como objeto a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

[317] Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 79, 1984, p. 289. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67016/69626. Acesso em: 15 Jun. 2016.

[318] *Processo Civil Coletivo*. A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 131.

## 2.2 Categorias dos direitos metaindividuais: Direitos coletivos, individuais homogêneos e difusos

Humberto Theodoro Junior, ao asseverar que a tutela coletiva propõe uma solução "molecular" dos conflitos, em oposição à solução atomizada de outrora, ressalva que os interesses ou direitos reconhecidos pelo direito brasileiro como objetos da tutela coletiva dividem-se em duas classes distintas, quais sejam: a) os essencialmente coletivos, dentre os quais se incluem os difusos e os coletivos *stricto sensu*; e b) os ontologicamente individuais, mas que, por razões de política legislativa para solução de conflitos, são tutelados coletivamente, tal como é o caso os individuais homogêneos.[319]

Ainda sobre esse aspecto, Patricia Miranda Pizzol escreve que

> [...] os direitos difusos e coletivos 'stricto sensu' são eminentemente coletivos, tendo em vista o objeto (indivisível). Quanto à titularidade, o direito difuso pertence a uma coletividade indeterminada e indeterminável e o direito coletivo a um grupo, classe ou categoria de pessoas. Os direitos individuais homogêneos são acidentalmente coletivos, pois têm natureza individual (objeto divisível), embora sejam tutelados coletivamente. A partir do pedido formulado pelo autor é que se identifica se a ação se destina à tutela de direito difuso, coletivo ou individual homogêneo.[320] [g.n.]

Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, um direito pode ser conceituado como coletivo (*lato sensu*) se houver (i) "um mínimo de organização, a fim de que se tenha a coesão necessária à formação e identificação do interesse em causa"; (ii) "a afetação desse interesse a grupos determinados (ou ao menos determináveis) que serão os seus portadores"; (iii)"um vínculo jurídico básico, comum a todos os aderentes, conferindo-lhes unidade de atuação e situação jurídica diferenciada".[321]

Seguindo a classificação adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, compreendem-se como direitos ou interesses difusos aqueles de natureza transindividual e indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, ou seja, o que os caracteriza é justamente a impossibilidade de determinar, com precisão, quem seja o seu titular ou beneficiado.

---

[319] Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Tutela Coletiva dos Direitos Individuais Homogêneos. Legitimação Processual das Associações no Direito Brasileiro. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre*, n. 63, nov./dez. 2014, p. 08.

[320] PIZZOL, Patricia Miranda. *Coisa julgada nas ações coletivas*. Disponível em: www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf. Acesso em: 20 Out. 2016.

[321] O Município enquanto co-legitimado para a tutela dos Interesses Difusos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 12, n. 48, 1987, p. 47.

Dentre as suas características, podem ser destacadas as seguintes: a) ausência de vínculo associativo entre os seus titulares ou beneficiários; b) alcance de uma cadeia abstrata de pessoas; c) potencial e abrangente conflituosidade; d) lesões disseminadas em massa; e e) vínculo fático entre os titulares.[322]

Os direitos coletivos *stricto sensu*, por sua vez, são 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.

Assim, o direito será considerado coletivo quando titularizado pelos sujeitos pertencentes a um certo agrupamento delimitado (organização, classe ou categoria) subjetivamente e unidos por uma relação jurídica comum a todos ou com a parte contrária[323], isto é, diferentemente do que ocorre com os difusos, em que as pretensões encontram-se dispersas entre indivíduos indeterminados e indetermináveis, o que os atribui a característica de grande fluidez, nos direitos difusos existem relações formais entre os seus titulares, ligados não apenas por circunstâncias fáticas, mas por concretas relações jurídico-formais, que devem preexistir aos fatos que potencialmente os prejudiquem[324].

Em suma, a principal diferença entre os direitos coletivos em sentido estrito e os direitos difusos (ambas as categorias consideradas como direitos essencialmente coletivos), reside na determinabilidade das pessoas titulares, seja por meio da relação jurídica base que as une, seja por meio de vínculo jurídico estabelecido com a parte contrária.[325]

Por fim, os chamados direitos ou interesses individuais homogêneos, que, conforme já ressalvado, são individuais em sua essência, mas, por um critério legislativo, recebem tratamento coletivo a fim de facilitar a tutela processual, consistem naqueles, de origem (fática ou jurídica) comum, cujo titular é perfeitamente identificável e cujo objeto é divisível e cindível.[326]

---

[322] TJSP – AG. In. 259.609-5/2, rel. Des. Laerte Sampaio, j. 21.05.2002.
[323] Cf. ROSSI, Maria Paula Cassone. *Poderes do juiz na ação coletiva*: a imposição das indenizações por dano moral coletivo e a mitigação do princípio da congruência. Tese (Doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 33.
[324] Cf. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 55.
[325] Cf. ROSSI, Maria Paula Cassone. *Poderes do juiz na ação coletiva*: a imposição das indenizações por dano moral coletivo e a mitigação do princípio da congruência. Tese (Doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 34.
[326] Cf. Idem.

Desse modo, o que diferencia os interesses individuais homogêneos dos difusos seria a possibilidade de divisão dos primeiros e a impossibilidade dos últimos, somada a inviabilidade de serem identificados os seus beneficiados, no caso dos difusos.[327]

O Superior Tribunal de Justiça, ao tentar explicar, em uma das suas decisões, o motivo pelo qual um direito individual homogêneo, que possui beneficiado perfeitamente divisível e identificável, possui tratamento coletivo, menciona que a justificativa para tanto encontra-se em sua dimensão social, uma vez que nele se faz presente

> "o chamado impacto de massa, por ser grande o número de interessados e das graves repercussões na comunidade que possam ser provocadas pela potencialidade lesiva de um produto, núcleo comum das pretensões de todos. Tem-se, assim, na fase de conhecimento, um trato processual coletivista a direitos e interesses individuais (...)."[328]

## 2.3 Princípios da tutela jurisdicional coletiva

Para a adequada compreensão do sistema de tutela jurisdicional de tutela dos direitos metaindividuais, especialmente no que tange aos chamados "danos sociais" e "danos morais coletivos", é imprescindível que se faça uma breve análise de alguns princípios específicos do processo coletivo[329], os quais funcionam como vetores interpretativos das normas que o integram, haja vista a natureza diferenciada das pretensões de natureza transindividual, que demanda o afastamento do tradicionais modelos inspirados numa concepção liberal-individualista e a ruptura com os dogmas processuais clássicos, a fim de se alcançar o almejado "processo justo"[330].

---

[327] Cf. GOMES JR, Luiz Manoel. Curso *de Direito Processual Civil Coletivo*. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 09.

[328] STJ – Resp. n. 140.097-SP – rel. Min. Cesar Asfor Rocha – j. 04.05.2000 – RT 785/186.

[329] Ada Pellegrini Grinover, ao defender a necessidade de elaboração de uma Teoria Geral dos Processos Coletivos, escreve que "Vinte anos de experiência de aplicação da Lei da Ação Civil Pública, quinze de Código de Defesa do Consumidor, numerosos estudos doutrinários sobre a matéria, cursos universitários, de graduação e pós-graduação, sobre processos coletivos, inúmeros eventos sobre o tema, tudo autoriza o Brasil a dar um novo passo rumo à elaboração de uma Teoria Geral dos Processos Coletivos, assentada no entendimento de que nasceu um novo ramo da ciência processual, autônomo na medida em que observa seus próprios princípios e seus institutos fundamentais, distintos dos princípios e institutos do direito processual individual [...]. Considerando, além do jurídico, os escopos sociais e políticos do processo, bem como seu compromisso com a ética e a moral, a ciência processual atribui extraordinária relevância a certos princípios, que não se prendem à dogmática jurídica ou à técnica processual, valendo como algo externo ao sistema processual e servindo-lhe de sustentáculo legitimador" (GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9.ed. São Paulo: Forense, 2007, p.11.)

[330] Explica Humberto Theodoro Júnior que "Nessa moderna concepção do processo justo, entram preocupações que não se restringem aos aspectos formais ou procedimentais ligados à garantia de contraditório e ampla defesa. Integram-na também escopos de ordem substancial, quando se exige do juiz que não seja apenas a "boca da lei" a repetir na sentença a literalidade dos enunciados das normas ditadas pelo legislador. Na interpretação e aplicação do direito positivo, ao julgar a causa, cabe-lhe, sem dúvida, uma tarefa integrativa, consistente em atualizar e adequar o enunciado da norma aos fatos e valores em jogo no caso concreto. O juiz tem, pois, de complementar a

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivo, reconhecendo a importância de desenvolvimento de uma sistemática específica para o processo coletivo, fazia menção expressa a vinte e dois "princípios de tutela jurisdicional coletiva (art. 2º). A despeito do referido projeto ter sido arquivado, ainda assim é possível extrair alguns princípios fundamentais da tutela coletiva a partir das leis que compõem o microssistema de proteção dos direitos metaindividuais, bem como da releitura dos princípios constitucionais do processo civil[331], sendo certo, contudo, que inexiste unanimidade neste particular.

Dentre os princípios processuais coletivos específicos enumerados pela doutrina, podemos destacar os seguintes: princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional coletiva; princípio da tutela jurisdicional coletiva diferenciada; princípio do devido processo social; princípio da absoluta instrumentalidade da tutela coletiva; princípio da interpretação pragmática e princípio da não taxatividade da ação coletiva.

### *2.3.1 Princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional coletiva*

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, também conhecido como princípio do acesso à justiça, assegura que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito" e encontra-se previsto no art. 5º, XXXV da CF/88, constituindo-se, ainda, cláusula pétrea, que não pode ser objeto de restrição ou exclusão por força de emenda constitucional, nos termos do art. 60, §4º, da Lei Maior.

Na medida que o sistema processual brasileiro admite a tutela jurisdicional através da via individual ou coletiva, a garantia do acesso à justiça perpassa pela conjugação de ambas, o que, por sua vez, conduz a uma profunda alteração paradigmática, "traduzida na efetividade da tutela preventiva e repressiva de quaisquer danos provocados a direitos individuais e metaindividuais, através de todos os instrumentos adequados, suscitando a plena operabilidade das ações individuais e coletivas"[332].

---

obra do legislador, servindo-se de critérios éticos e consuetudinários, para que o resultado final do processo seja realmente justo, no plano substancial. É assim que o processo será, efetivamente, um instrumento de justiça" (Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 13, n.1091, nov.2013.) Disponível em: http://www.tex.pro.br/home/artigos/257-artigos-nov-2013/6336-processo-justo-e-contraditorio-dinamico. Acesso em: 10 Jun. 2017).

[331] Cf. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 134-135.

[332] VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 136.

Nessa esteira, não mais se mostra adequado e satisfatório a concepção do acesso à justiça sob a uma ótica meramente formal, descomprometida com a efetividade, o que, aliás, pode ser extraído, por exemplo, da leitura do art. 6º, VI do CDC, que estabelece como princípio fundamental da tutela coletiva "a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos", de onde se extrai, ainda, a regra do *restitutio in integrum*, pela qual não são admissíveis prévias delimitações quantitativas ou qualitativas da responsabilidade civil.[333]

Especificamente quanto ao processo coletivo, incumbe ao Poder Judiciário não só garantir o amplo acesso formal das entidades legitimadas à tutela dos direitos metaindividuais, mas também afirmá-los mediante o contínuo e flexível manuseio das técnicas processuais, o que faz com que a coletivização do acesso à tutela jurisdicional assuma um papel concretizador do ideário de processo justo.

### *2.3.2 Princípio da tutela jurisdicional coletiva diferenciada*

Admitindo-se que o princípio da inafastabilidade da jurisdição, sob a perspectiva do acesso a um processo justo e efetivo, também se aplica ao processo coletivo, e partindo-se da premissa de que o objeto a ser tutelado através das ações coletivas guarda certas peculiaridades que exigem o emprego de uma técnica processual comprometida com toda a principiologia que embasa o sistema de defesa e proteção dos "novos direitos", propõe-se, no âmbito das ações coletivas, o desenvolvimento de uma tutela jurisdicional diferenciada, caracterizada, sobretudo, pelo abandono ou flexibilização da rigidez e formalidade habitualmente empregadas para a efetivação dos direitos individuais.

Nesse sentido, defende Luiz Guilherme Marinoni que o cidadão não tem direito somente à técnica processual evidenciada na lei, mas também a um determinado comportamento judicial que seja capaz de conformar a regra processual com as necessidades do direito material e dos casos concretos. Dito de outra forma, não significa dizer que o deve pensar o processo civil segundo os seus próprios critérios, mas que deve compreender as tutelas de acordo com o direito material e a realidade social, manifestada através das diversas necessidades das vidas das

[333] Cf. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 138.

pessoas.[334] Seguindo essa linha de raciocínio, Elton Venturi, ao tratar sobre o aspecto processual das demandas coletivas envolvendo o tema da responsabilidade civil, sem desconsiderar a relevância social da violação de um direito individual, assevera que a inegável amplitude do objeto atinente à pretensão reparatória ante a violação de um direito difuso ou coletivo conduz a uma resposta jurisdicional que leve em consideração a inequívoca e preponderante relevância social em jogo. Assim, nas palavras do mencionado autor

> Deve o aplicador do Direito, como premissa, levar em conta que o processo não cuidará tão-somente de reparar o dano sofrido por alguém individualmente considerado, tal como ocorre no mais das vezes por intermédio das ações indenizatórias (de índole individual ou coletiva, fundadas no art. 81, III, do CDC) movidas por aqueles que se julgam afetados diretamente em seu patrimônio em virtude da violação de um direito cuja titularidade indiscutivelmente lhes pertence. (...) Cuida-se, sim, de intentar uma forma de 'reconstituição do bem lesado', através da condenação do responsável à adoção de medidas práticas para tanto ou ao pagamento de uma quantia em dinheiro que servirá, se não para conseguir-se o retorno ao *status quo ante*, ao menos a amortização dos prejuízos genericamente produzidos.[335]

Prossegue Venturi dizendo que a utilização das expressões "reparação do dano sofrido" e "reparação do dano produzido" reflete a dimensão da responsabilidade civil envolvida, uma vez que a reparação dos "danos produzidos", que se busca através das ações coletivas, requer especial e peculiar mensuração, pois "o dano globalmente causado pode ser considerável, mas de pouca ou nenhuma importância o 'prejuízo sofrido' por cada consumidor lesado"[336].

Por fim, conclui o autor que a dedução da pretensão metaindividual "qualifica" a ação coletiva, emprestando-lhe especial relevância, além de ensejar enfoque jurídico específico e diferenciado.[337]

### *2.3.3 Princípio do devido processo social*

Defende-se que o princípio do devido processo legal, originalmente concebido para a proteção de direitos individuais[338], no âmbito do processo coletivo, deve ser objeto de releitura a fim de possa assumir uma "vocação coletiva". Destarte, Mauro Cappelletti utiliza a expressão

---

[334] Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 224-225.
[335] VENTURI, Elton. *Execução da tutela coletiva*. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 75-76.
[336] Idem.
[337] Cf. Idem.
[338] A origem do princípio do devido processo legal está relacionada diretamente à insurgência dos barões ingleses contra os abusos cometidos pelo rei João-sem-terra.

"devido processo social" para designar os novos contornos do princípio em epígrafe no campo da tutela jurisdicional coletiva, o qual seria caracterizado pelo abandono da dogmática em prol da efetividade da prestação da justiça e da compreensão do papel que o Poder Judiciário deve desempenhar na construção do Estado Democrático de Direito, qual seja o de garantidor da proteção dos interesses metaindividuais.[339]

Tal concepção, por sua vez, não implica em qualquer subversão ao princípio clássico do devido processo legal, mas sim no reconhecimento da efetiva vigência do princípio geral de hermenêutica previsto no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei 4.657/1942), o qual dispõe que "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Enfim, trata-se de conceder um novo enfoque à fórmula do devido processo legal, mais consentânea com o garantismo coletivo, haja vista o reconhecimento da insuficiência da proteção eventual e fragmentada dos valores essenciais do ser humano considerado individualmente.[340]

### *2.3.4 Princípio da absoluta instrumentalidade da tutela coletiva*

Em linhas gerais, o princípio da instrumentalidade das formas significa que o processo constitui um instrumento para se atingir determinada finalidade e não um fim em si mesmo, de modo que, ainda que não seja observada a formalidade prevista em lei, não será declarada a nulidade do ato se a sua finalidade for alcançada (art. 277 do CPC)

No plano da tutela jurisdicional coletiva, a concepção instrumentalista alcança dimensões ainda maiores e pode ser extraída, por exemplo, do art. 83 do CDC, segundo o qual, para a defesa dos direitos e interesses protegidos por aquele código, "são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela".

Nesse contexto, sustenta-se a absoluta instrumentalidade da tutela coletiva, isto é, o amplo manuseio das ações coletivas para a proteção mais adequada possível dos interesses

---

[339] Cf. CAPPELLETTI, Mauro. The Judicial process in comparative perspective, 1991, p. 304 apud GIDI, Antonio. *A* class action *como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 135.

[340] Cf. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 151.

metaindividuais, através do emprego de técnicas e procedimentos que se revelem mais aptos a propiciar a efetividade da prestação jurisdicional.[341]

O princípio da absoluta instrumentalidade se encontra diretamente associado aos princípios da inafastabilidade da prestação jurisdicional coletiva e da tutela jurisdicional coletiva diferenciada, uma vez que a natureza da tutela dos direitos transindividuais legitima a superação de vícios processuais sanáveis e a flexibilização dos requisitos tradicionais de existência e validade do processo. Dessa forma, dada a qualidade do direito material em debate no conflito, prestigia-se o enfrentamento do mérito, o que, por sua vez, contribui para a garantia da almejada segurança jurídica, haja vista que a solução alcançada através do processo coletivo poderá orientar outras situações idênticas, inclusive evitando novas demandas sobre o mesmo objeto.[342]

Nesse sentido, Gregório Assagra de Almeida sustenta a existência do princípio do "interesse jurisdicional no conhecimento do processo coletivo"[343], segundo o qual cabe ao Poder Judiciário flexibilizar os requisitos de admissibilidade processual para enfrentar ao mérito do processo coletivo e legitimar sua função social.[344]

Nesse particular, cabe destacar que a própria coisa julgada, nas ações coletivas, possui uma sistemática que prestigia o julgamento do mérito da ação, uma vez que ela se opera *secundum eventum litis*, isto é, dependendo do resultado do processo, poderá a sentença fazer coisa julgada erga omnes ou ultra partes (conforme a categoria de direito em que se fundou a ação), ou, ainda, não fazer coisa julgada (arts.103 e 104 do CDC).

### *2.3.5 Princípio da interpretação pragmática*

---

[341] Cf. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 154.

[342] A despeito das considerações acerca da importância da análise do mérito nas ações coletivas, pesquisa de campo coordenada por Paulo Cézar Pinheiro Carneiro, entre 1996 e 1999, sobre a ação civil pública, apontou que "o número de extinções sem o julgamento de mérito é praticamente quatro vezes superior ao número de pedidos julgados improcedentes e, ainda que um número significativo de extinções decorreu ou do reconhecimento da ilegitimidade (50%), ou de perda de objeto (27,77%), situações mais fáceis de lidar para o magistrado do que aquelas relativas ao mérito, repita-se, em regra, de grande complexidade, que envolvem ramos novos e específicos de nosso ordenamento jurídico" (*Acesso à Justiça* – Juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 215)

[343] Maria Paula Cassone Rossi designa o mesmo princípio de "princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo". (ROSSI, Maria Paula Cassone. *Poderes do juiz na ação coletiva*: a imposição das indenizações por dano moral coletivo e a mitigação do princípio da congruência. Tese (Doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 90).

[344] Cf. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro* – um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 572.

De nada adianta a assimilação das técnicas e aspirações da tutela jurisdicional coletiva, se não for invocada uma interpretação diferenciada das normas integrantes do microssistema coletivo, que, comprometida com a realidade social e os valores contemporâneos, propugne o abandono ou a releitura dos postulados clássicos da dogmática processual.[345]

A propósito, é isso que se extrai do chamado "princípio da interpretação pragmática", segundo o qual a atividade interpretativa não se contenta com a mera cognição e declaração do sentido e do alcance da letra da lei, exigindo que o intérprete assuma o compromisso de fazer atuá-la, visando a plena realização das suas finalidades no mundo exterior.[346] Em suma, objetiva-se, através da interpretação pragmática, viabilizar soluções efetivamente úteis e não meramente formais, o que, por sua vez, requer sensibilidade dos aplicadores do direito em relação ao compromisso de efetividade do processo coletivo.

Dessa forma, a importância da interpretação pragmática se revela ainda maior nos países que possuem um sistema de tutela coletiva mais aperfeiçoado, como é o caso do Brasil, haja vista que, nesses casos de aparente suficiência legislativa, a responsabilidade pelo fracasso da tutela coletiva passa a ser imputada à doutrina e, sobretudo ao Poder Judiciário, responsável pela aplicação das leis ao caso concreto, e não mais ao legislador.[347]

Nessa mesma esteira, Camilo Zufelato, ao reconhecer o avanço do sistema processual coletivo brasileiro, assevera que

> Nos dias atuais, é indiscutível que o Brasil possui o melhor aparato processual para prover à efetiva tutela jurisdicional coletiva entre os países de tradição romanista, o qual não se limita à existência de um ordenamento positivo que contemple uma série de leis acerca da matéria, mas, ao contrário, vai muito além. A legislação coletiva brasileira é enriquecida por uma ciência jurídica atenta aos problemas de natureza transindividual, a qual proporcionou, o aprimoramento dos institutos jurídicos clássicos para receber os conflitos coletivos sem deformá-los, bem como de juízes e tribunais que subitamente compreendam a relevância dos conflitos de massa e aplicaram, na maior parte das vezes de forma concreta, o instrumental legislativo pertinente, estimulados pelas lições da doutrina.[348]

---

[345] Cf. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 155-156.
[346] Cf. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 158.
[347] Cf. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 158-159.
[348] *Coisa Julgada Coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 81.

### *2.3.6 Princípio da não-taxatividade da ação coletiva*

De acordo com o princípio em epígrafe, também conhecido como "princípio da máxima amplitude da ação coletiva"[349], a demanda coletiva não se limita às hipóteses de cabimento constitucionalmente enumeradas, o que, inclusive, pode ser extraído da redação do art. 129, inciso III da CF, que, ao tratar sobre as funções institucionais do Ministério Público, de promover o inquérito civil e a ação civil pública, utiliza a expressão "outros interesses difusos e coletivos".

Da mesma forma, o art. 83 do CDC[350] traduz a máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva, assegurando que, para a defesa dos direitos e interesses protegidos pelo microssistema, são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela, o que, em última análise, representa a concretização do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, XXXV, da CF e já analisado acima.

Importante salientar que, diante do conteúdo do princípio ora analisado, sugere-se a inconstitucionalidade de algumas normas restritivas das ações coletivas, tal como o parágrafo único do art. 1º da LACP[351], que estabelece a vedação da tutela coletiva para veicular determinadas pretensões, e o parágrafo único do art. 21 da Lei 12.016/09[352], que, ao não mencionar os direitos difusos, restringiu o alcance do mandado de segurança coletivo aos direitos coletivos e individuais homogêneos. Tal temática, contudo, não será abordada no presente trabalho, haja vista os limites desta pesquisa.

## 2.4 Meio adequado para tutela do dano social: ação individual x ação coletiva

---

[349] LIRA, Daniel Ferreira de. Breves notas sobre os princípios informativos do processo coletivo brasileiro. *Conteudo Juridico*, Brasilia, 19 de maio 2012. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.37091&seo=1>. Acesso em: 02 jul. 2017

[350] Art. 83 - Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

[351] Art. 1º, parágrafo único - Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

[352] Art. 21, parágrafo único - Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:
I - coletivos, 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;
II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

Jorge Luiz Souto Maior, ao tratar sobre a figura do *dumping social*, que pode ser equiparada ao dano social aplicado à esfera trabalhista[353], defende a ruptura de dicotomias no direito, a partir da coletivização a demanda individual[354].

Sustenta, assim, o referido autor que a postulação da indenização por *dumping social* não ficaria adstrita às ações coletivas, podendo ser manejada através de ação individual. Isso porque, especialmente no âmbito trabalhista, todo conflito individual também será um conflito coletivo, haja vistas as consequências coletivas que dele decorrem. Diante disso, com fundamento nas lições de Mauro Cappelletti e Ovídio Baptista da Silva, Souto Maior defende a necessidade de ampliação da legitimidade para a coibição dos danos coletivos, valorizando o dever de o juiz, em lides individuais, reconhecer a responsabilidade por macrolesões.[355]

Nesse contexto, o mencionado autor reconhece dois caminhos para a tutela do dano social, o coletivo e o individual, ponderando que

> O fato de o Ministério Público do Trabalho ter legitimidade para propor ação coletiva pretendendo o pagamento de indenizações que coíbam a reiteração de práticas de dumping social não retira do juiz a mesma função. Trata-se de uma ação conjunta em prol da concretização do projeto constitucional de sociedade inclusiva e comprometida com o bem de todos.[356]

Tal entendimento, contudo, é bastante refratário na doutrina e jurisprudência[357], tendo predominado a concepção de que a indenização por danos sociais somente pode ser postulada em ação coletiva, pelos respectivos legitimados. Nesse sentido, transcreve-se ementa de decisão publicada no Informativo de Jurisprudência n. 552 do Superior Tribunal de Justiça[358]:

---

[353] "Em suma, chamemos de "dumping social", de "dano social", de "indenização suplementar" ou de "delinquência patronal" o fenômeno referido, o mais importante é que ele não escape das análises jurídicas como uma séria agressão ao Estado Democrático de Direito, merecendo, por isso, uma forte resistência jurisprudencial, até porque a própria legitimidade do judicial se vê questionada quando não consegue entregar uma prestação jurisdicional efetiva, por estar abarrotada de lides repetidas" (SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; MENDES, Ranúlio; SEVERO, Valdete Souto. *Dumping Social nas relações de Trabalho*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 17).

[354] Cf. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; MENDES, Ranúlio; SEVERO, Valdete Souto. *Dumping Social nas relações de Trabalho*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 131.

[355] Cf. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; MENDES, Ranúlio; SEVERO, Valdete Souto. *Dumping Social nas relações de Trabalho*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 130.

[356] SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; MENDES, Ranúlio; SEVERO, Valdete Souto. *Dumping Social nas relações de Trabalho*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 12.

[357] Importante mencionar que o art. 333 e o inciso XII do art. 1015 do Projeto que instituiu o Novo Código de Processo Civil, que previam a possibilidade de conversão da ação individual em coletiva, foram objeto de veto presidencial, nos seguintes termos: "Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB". (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/msg/vep-56.htm. Acesso em: 10 Abr. 2017).

[358] Informativo de 17 de dezembro de 2014. Disponível em: http://www.stj.jus.br. Acesso em: 02 jun. 2017.

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO, EX OFFICIO, DE INDENIZAÇÃO POR DANOS SOCIAIS EM AÇÃO INDIVIDUAL. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008 DO STJ). É nula, por configurar julgamento extra petita, a decisão que condena a parte ré, de ofício, em ação individual, ao pagamento de indenização a título de danos sociais em favor de terceiro estranho à lide. Inicialmente, cumpre registrar que o dano social vem sendo reconhecido pela doutrina como uma nova espécie de dano reparável, decorrente de comportamentos socialmente reprováveis, pois diminuem o nível social de tranquilidade, tendo como fundamento legal o art. 944 do CC. Desse modo, diante da ocorrência de ato ilícito, a doutrina moderna tem admitido a possibilidade de condenação ao pagamento de indenização por dano social, como categoria inerente ao instituto da responsabilidade 6 civil, além dos danos materiais, morais e estéticos. Registre-se, ainda, que na V Jornada de Direito Civil do CJF foi aprovado o Enunciado 455, reconhecendo a existência do denominado dano social: "A expressão dano no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas". A par disso, importa esclarecer que a condenação à indenização por dano social reclama interpretação envolvendo os princípios da demanda, da inércia e, fundamentalmente, da adstrição/congruência, o qual exige a correlação entre o pedido e o provimento judicial a ser exarado pelo Poder Judiciário, sob pena da ocorrência de julgamento extra petita. Na hipótese em foco, em sede de ação individual, houve condenação da parte ré ao pagamento de indenização por danos sociais em favor de terceiro estranho à lide, sem que houvesse pedido nesse sentido ou sem que essa questão fosse levada a juízo por qualquer das partes. Nessa medida, a decisão condenatória extrapolou os limites objetivos e subjetivos da demanda, uma vez que conferiu provimento jurisdicional diverso daquele delineado na petição inicial, beneficiando terceiro alheio à relação jurídica processual posta em juízo. **Impende ressaltar que, mesmo que houvesse pedido de condenação em danos sociais na demanda em exame, o pleito não poderia ter sido julgado procedente, pois esbarraria na ausência de legitimidade para postulá-lo. Isso porque, os danos sociais são admitidos somente em demandas coletivas e, portanto, somente os legitimados para propositura de ações coletivas têm legitimidade para reclamar acerca de supostos danos sociais decorrentes de ato ilícito, motivo por que não poderiam ser objeto de ação individual.** Rcl 12.062-GO, Rel. Ministro Raul Araújo, julgado em 12/11/2014. [g.n]

## 2.5 Poderes do juiz na ação coletiva. Tendências atuais

As relevantes mudanças de cunho econômico, filosófico, social e político vivenciadas no panorama mundial, sobretudo, a partir da década de 70, com a eclosão da primeira crise do petróleo e o início da denominada "crise do Estado de bem-estar Social", surtiram efeitos na prestação da tutela jurisdicional, exigindo do Juiz uma postura mais ativa, que, aliada a uma maior liberdade de interpretação das normas existentes, lhe permita, numa perspectiva principiológica e de hermenêutica constitucional, encontrar no próprio ordenamento jurídico

existente instrumentos válidos e legítimos que colaborem para efetivação dos direitos fundamentais e contribuam para o estímulo do cumprimento da legislação.

Tal postura, aliás, decorre da teoria pós-positivista do Direito, a qual é caracterizada pela valoração dos princípios e dos postulados da justiça como elementos normativos. Nesse contexto, os direitos fundamentais, além de servirem para iluminar a compreensão do Juiz sobre o direito material, também lhe conferem a missão de protegê-los, outorgando-lhe o dever de extrair das regras processuais existentes a potencialidade necessária para dar efetividade aos direitos fundamentais e, ainda, a obrigação de suprir as lacunas que impeçam que a tutela jurisdicional seja prestada de modo efetivo.

Assim, sem que haja a desconsideração do devido processo legal, observa-se, na atualidade, um progressivo aumento dos poderes outorgados ao juiz, especialmente em razão da valorização dos princípios constitucionais e da adoção pelo legislador de uma técnica legislativa baseada no emprego de cláusulas abertas e conceitos indeterminados, conforme já analisado neste trabalho[359].

Nessa esteira, o Código de Processo Civil de 2015, especialmente nos incisos IV, V, IX e X do artigo 139[360], ampliou os poderes processuais do juiz, conferindo-lhe atribuições suplementares com o objetivo de promover a regularidade dos atos processuais, a efetividade e a duração razoável do processo.

No que tange à tutela jurisdicional coletiva, não se pode ignorar a sua nova dimensão consistente no exercício de uma função normativa relacionada à tutela dos interesses coletivos, o que implica, necessariamente, na mudança de mentalidade, não só das partes, mas também dos próprios órgãos judiciais. Isso porque a solução dos conflitos não reflete mais somente a mera aplicação do direito positivo, mas também a realização de opções políticas e, ainda, a interferência de amplo espectro na vida em sociedade. Nesse contexto, o processo coletivo assume o papel de "instrumento de integração democrática, participativa, de cunho técnico-

[359] Sobre o tema, vide capítulo sobre a motivação.

[360] Art.139 - O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
(...) IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;
V – promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com o auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;
(...) IX – determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;
X – quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem os arts. 5º da Lei nº7.347, de 24 de julho de 1985, e 82 da Lei nº8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

jurídico e político, como vertente metodológica do denominado instrumentalismo substancial".[361]

Dentro dessa nova dimensão, cumpre tratar de alguns aspectos que são levantados pela doutrina e que se relacionam diretamente à ampliação dos poderes do juiz.

A primeira questão que se coloca diz respeito à possibilidade de mitigação do princípio da congruência nas ações coletivas.

Referido princípio, também chamado de "princípio da correlação ou adstrição entre o pedido e a sentença", encontra fundamento nos artigos 2º[362], 141[363]e 492[364] do CPC/2015, e apregoa a absoluta simetria entre o pedido inicial e a sentença, de modo que, em linhas gerais, não é lícito ao magistrado conceder bem maior ou estranho ao pedido formulado pela parte; furtar-se a decidir o caso que lhe foi apresentado, nos seus exatos termos; e esquivar-se da análise das questões fáticas suscitadas pelas partes, desde que deduzidas no momento apropriado.[365]

Todavia, o princípio da congruência ou da adstrição, em sua conotação clássica, tem sido objeto de uma releitura por parte de alguns doutrinadores, haja vista a concepção instrumentalista que tem orientado o campo processual na atualidade e que apregoa o aproveitamento máximo do processo instaurado. Assim, tem se propagado uma aplicação mediana do referido princípio, que não seja nem tão rígida que atribua ao juiz a função de mero expectador, e nem tão liberal, que lhe outorgue poderes quase ilimitados, o que poderia propiciar a criação de uma verdadeira "ditadura judiciária". Nessa linha, considerando que para que os tutelados gozem dos direitos que lhes atribuem a ordem jurídica material, tem se sustentado a preponderância dos valores de segurança e efetividade, os quais devem conviver em harmonia e equilíbrio.

Seguindo essa mesma esteira, o Código de Processo Civil de 2015, em consonância com o princípio da função social do processo[366], estabeleceu, em seu art. 322, §2º, que "a

---

[361] LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.34.
[362] Art.2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.
[363] Art.141 O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte
[364] Art.492 É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Parágrafo único. A decisão deve ser certa ainda que resolva relação jurídica condicional.
[365] Cf. CATALAN, Marcos Jorge. O princípio da congruência e o acesso à ordem jurídica justa: reflexões sobre o tema na legalidade constitucional. *Revista de Processo*, n.147, maio 2007, p.76.
[366] A função social do processo depende da efetividade deste. Já que o Estado, além de criar a ordem jurídica, assumiu também a sua manutenção, tem ele interesse em tornar realidade a disciplina das reações intersubjetivas previstas nas normas por ele mesmo editadas. Quanto mais o provimento jurisdicional se aproximar da vontade do

interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé".

No âmbito do processo coletivo, as peculiaridades dos direitos envolvidos reafirmam a necessidade de certo temperamento do princípio da congruência, de modo que, por se encontrar este último atrelado ao princípio devido processo legal, nada impedirá que, mediante a rigorosa observância do contraditório, se proceda alguma alteração dos elementos objetivos da demanda. Nesse particular, cabe transcrever as elucidativas lições de Swarai Cervone de Oliveira:

> Respeitado o devido processo legal e os corolários da ampla defesa e do contraditório, não se vê por que, em termos de ações coletivas, negar a possibilidade de alteração dos elementos objetivos da demanda. E o melhor sistema, a nosso ver, é aquele que confere ao juiz o poder de verificar a boa-fé das partes e, também a conveniência da alteração. É de se ter lembrado, mais uma vez, que as ações coletivas assemelham-se muitas vezes, a processos de conteúdo objetivo, onde é amenizado o princípio da demanda. Assim, dado o caráter publicístico do processo e a busca da pacificação social, não se deve restringir a possibilidade de alteração dos elementos objetivos da demanda a critérios muito rígidos. Via de regra, apenas a parte contrária terá interesse em não admitir a ampliação. Mas, em virtude do traço objetivo dos processos coletivos, esse interesse perde relevo, havendo mesmo a possibilidade de aceitamento da alteração, sendo incoerente que o sistema não a permita. Mas pode ocorrer que, não obstante a possibilidade de alteração da causa de pedir ou do pedido, no caso concreto essa alteração não seja conveniente. Lembremos de que a conveniência estará ligada aos primados de economia processual e efetividade do processo. Quando o juiz verificar que a alteração, embora de boa-fé, venha a atravancar o processo, não trazendo vantagem substancial em termos de efetividade e economia, haverá de indeferi-la. Essa a conclusão que nos parece mais acertada em termos de controle dos elementos objetivos da demanda: conceder-se ao juiz o poder de permitir a alteração, até a prolação da sentença, sempre respeitando o contraditório, verificando a boa-fé das partes e pautando-se por critérios de efetividade e economia processual.[367]

No que diz especificamente ao objeto da presente pesquisa, qual seja, a imposição de indenizações por dano moral coletivo e dano social, o princípio da congruência também não pode ser concebido como uma barreira necessariamente intransponível, o que, por seu turno, se coaduna com a moderna concepção instrumentalista do processo segundo a qual mais do que resolver a lide tal como configurada no pedido do autor, cabe o julgador resolver o conflito na sua inteira complexidade.

Se de um lado a mitigação do princípio da congruência torna mais difícil assegurar a previsibilidade das decisões, o que poderia fomentar o risco de insegurança e descontrole das

---

direito substancial, mais perto se estará da verdadeira paz social. (Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.12).

[367] *Poderes do juiz nas ações coletivas*. Coleção Atlas de Processo Civil. São Paulo: Atlas, 2009, p.69-70.

opções judiciais, por outro, ele permite que a solução alcançada seja mais coerente com a ordem constitucional, servindo, portanto, à verdadeira pacificação social, através do desestímulo de condutas futuras no mesmo sentido. E o ponto de equilíbrio entre tais argumentos reside justamente na observância do princípio do contraditório e, sobretudo, na adequada motivação das decisões. Sobre esse aspecto, adverte Américo Bedê Freire Junior:

> Acredito que no processo coletivo além dessa necessidade de uma intensa participação do juiz na colheita das provas, é preciso ir além e entender ser possível ao magistrado utilizar todos os meios necessários para a preservação do interesse difuso ou coletivo posto na causa, sendo que essa conclusão pode ser extraída sistematicamente do nosso ordenamento jurídico. **Há de ser feita, portanto, uma mitigação ao princípio da correlação entre o pedido e a sentença, para fornecer ao juiz a maleabilidade necessária para produzir uma solução materialmente adequada à lide posta em suas mãos.** É óbvio que por diversas vezes estaremos, em processos coletivos, diante do que Dworkin denomina de hard cases, o que provoca a necessidade do intérprete qualificado (juiz) dimensionar qual a solução adequada para aquele litígio. Não tenho dúvidas em afirmar que é possível admitirmos que a capacidade de abstração do legislador possa, sem os dados concretos da relação jurídica material, fornecer em abstrato sempre a solução mais justa para a questão, o que provoca a necessidade de um repensar dos pseudolimites da atuação dos juízes nas soluções dos hard cases. Será que devemos admitir a violação de um direito difuso, fundamenta porque o autor não soube formular adequadamente o pedido? É muito simples e cômodo para o magistrado indeferir o pedido, mas será que esse é o papel do juiz de nossos tempos? Filio-me àqueles que permitem certa elasticidade ao magistrado para fundamentalmente preservar pelo processo os direitos fundamentais dos cidadãos, mesmo que para tanto seja necessário fazer breves mitigações de princípios do processo. É certo que o princípio do contraditório irá iluminar essa atuação do juiz, permitindo que as partes saibam até onde vislumbra o magistrado ser necessário alcançar para a preservação do direito discutido na ação coletiva.
>
> Frise-se que o fortalecimento dos poderes do juiz é o único meio para que possa ser alcançada a efetividade das normas postas no sistema [...]. Delineia-se, portanto, um quadro em que se impõe um papel mais ativo do magistrado, a fim de que os avanços teóricos do processo atinjam de fato os cidadãos brasileiros.[368] [g.n.]

Por fim, cabe destacar a inovação trazida pelo legislador ordinário ao introduzir no ordenamento jurídico o art. 10 do CPC /2015, que, sem correspondência no Código de Processo Civil de 1973, tem como principal objetivo evitar aquilo que a doutrina costumou denominar de "decisão surpresa". Dispõe o artigo mencionado que "o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício".

[368] Os poderes do juiz nas ações coletivas e breves sugestões de lege ferenda ao aprimoramento do processo coletivo. Revista de Processo, n.117, set./out. 2004, p.131-133.

Em resposta às críticas atinentes à possibilidade de mitigação do princípio da congruência nas ações coletivas, referido dispositivo legal tem sido apontado como um mecanismo legitimador de tal medida, haja vista que o "policentrismo processual"[369], caracterizado pela colaboração/cooperação de todos os envolvidos na construção da solução do caso submetido à Juízo, evitaria qualquer alegação de arbítrio, o que não dispensa, logicamente, a necessidade da formulação de uma fundamentação estruturada e consistente das decisões.

Nesse sentido, Maria Paula Cassone Rossi, escreve que

> A congruência no processo coletivo, nos exatos termos em que analisada no decorrer deste trabalho, notadamente levando-se em consideração a rigorosa observância do devido processo legal e do contraditório substancial, com desdobramentos inerentes à cooperação/coparticipação processual, não conduz ao ativismo e ao arbítrio, mas, ao contrário, evidencia que o magistrado, assim como todos os demais sujeitos do processo, estão sobremaneira vinculados à normatização, com a divisão de papéis e de responsabilidades entre os sujeitos processuais.[370]

Outro ponto que se levanta no campo das modernas tendências do processo coletivo diz respeito ao novo enfoque das condições da ação na tutela coletiva, haja vista a constatação de que a clássica fórmula de aferição da admissibilidade das ações em Juízo se mostra insatisfatória no campo das demandas coletivas.

Neste particular, cumpre destacar que, diferentemente das demandas individuais, onde prepondera o imediato interesse das partes de solução do litígio e, indireta e reflexamente, o interesse do Estado de pacificação social, a tutela coletiva, além visar atender a este último, também possui finalidade de inclusão social, na medida em que viabiliza a efetiva atuação dos direitos imprescindíveis à garantia da dignidade da pessoa humana. Diante disso, busca-se repelir a manipulação da teoria tradicional das condições da ação com o intuito de excluir as

[369] Expressão empregada por Dierle José Coelho Nunes, no artigo Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA Marcelo Andrade Cattoni (coords.). *Constituição e processo*: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 194.

[370] *Poderes do juiz na ação coletiva*: a imposição das indenizações por dano moral coletivo e a mitigação do princípio da congruência. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 131.

pretensões metaindividuais da apreciação jurisdicional[371], a fim de que elas não venham ocupar o papel de instrumento de seleção das demandas sociais.[372]

Assim, no que tange à legitimidade ativa, aferida, no âmbito individual, através da verificação da pertinência subjetiva entre o autor da ação e a pretensão de direito material deduzida, no processo coletivo, a inviabilidade de se atribuir a titularidade da pretensão material deduzida, com exclusividade, a quem quer que seja, preconiza-se a substituição do critério mencionado pelo binômio relevância social e representação adequada. Dessa forma, propõe-se que o magistrado, a fim de ampliar a representação e estimular a participação da sociedade no destino da ação coletiva, incentive a formação de assistência litisconsorcial ativa entre os co-legitimados em certas ações coletivas, convide entidades a participarem do feito na condição de *amicus curiae*[373], ou, ainda, proceda à intimação de eventuais interessados no prosseguimento das ações coletivas quando seus proponentes, por qualquer motivo, abandonarem a causa ou forem considerados como inadequados representantes dos titulares dos direitos metaindividuais[374].

De outro lado, no campo do interesse processual, sugere-se que, para a admissão da tutela coletiva, basta que a pretensão deduzida em juízo seja qualificável como difusa, coletiva ou individual homogênea, uma que, nestes casos, há presunção de relevância social da tutela jurisdicional pela via mencionada.

Seguindo essa linha, Elton Venturi sustenta que

> Bem assimilada a idéia segundo a qual o mero ajuizamento de tutela jurisdicional difusa ou coletiva, por si só, já faria presumir o interesse social no processamento e julgamento da demanda, incumbiria exclusivamente ao demandado, se deseja livrar-se do processamento coletivo, demonstrar que não se trata de pedido de tutela de direito difuso, coletivo ou individual

---

[371] Daí decorre, inclusive, o princípio do interesse jurisdicional do conhecimento do mérito do processo coletivo, já analisado neste capítulo, do qual pode ser extraída a orientação no sentido de que "o Poder Judiciário, em vez de ficar procurando questão processual para extinguir, sem enfrentamento do mérito, o processo coletivo, deverá flexibilizar os requisitos de admissibilidade processual, a fim de que, na resolução do conflito coletivo, efetive o comando esperado socialmente". (ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro* – um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 572).

[372] Cf. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 260-261.

[373] Cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade Procedimental*: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 206. Sobre a figura do *amicus curiae*, cumpre destacar o art. 138 do CPC/2015, segundo o qual "o juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação".

[374] VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007

> homogêneo, única hipótese na qual, efetivamente, descaberia a tutela coletiva por ausência de interesse processual.

Ainda como uma nova tendência do processo coletivo, desta feita relacionada ao campo da execução, propõe-se a substituição da prestação pecuniária pela imposição de obrigações de fazer, o que, inclusive, já foi apresentado neste trabalho[375], sob a denominação "despatrimonialização da responsabilidade civil".[376] No campo da tutela jurisdicional coletiva, referida medida tem sido indicada como uma alternativa aos defeitos da execução pecuniária, dada a vantagem de eliminar o risco de que a tutela prestada não se reverta em favor do direito do lesado, uma vez que, conforme salienta Luiz Guilherme Marinoni, este sempre foi, no Brasil, o problema dos fundos públicos, cujos recursos não são empregados para a recuperação do bem violado.[377]

Diante de tudo que foi exposto, é importante salientar, por derradeiro, a importância de equilibrar-se as modernas tendências aos princípios constitucionais e, especialmente, ao princípio do devido processo legal, o que se constitui um dos grandes desafios do processo coletivo na contemporaneidade. Nesse sentido, pontua Luiz Guilherme Marinoni

> O relevante, de toda sorte, é sempre perceber que, não obstante a necessidade de uma releitura da garantia do devido processo legal no plano coletivo, não se pode distorcer a essência do princípio, atropelando-o apenas em prol da maior efetividade da prestação jurisdicional coletiva. É preciso, também nesse campo, encontrar o equilíbrio que deve nortear toda aplicação dos princípios processuais. Oferecer a mais completa proteção aos direitos objeto do processo coletivo, sem se anular os direitos da parte contrária e as garantias que lhe são próprias. Perceber as necessidades da proteção de interesses coletivos e de interesses individuais de massa, sem deixar de atender também, na mesma proporção, os valores inerentes à participação no processo e à legitimação pelo procedimento.

---

[375] Vide item 1.7. do Capítulo 1.

[376] Exemplo interessante dessa prática é a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.291.213/SC (3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 25.09.2012). Neste caso, examinava-se prática de empresa de telefonia que, de modo abusivo e contrário aos interesses dos consumidores, que oferecia plano telefônico sem alertar para as limitações de seu uso. A fim de fazer frente a essa lesão, concluiu o Tribunal por impor a "Determinação de cumprimento da sentença da ação civil pública, no tocante à lesão aos participantes do 'LIG-MIX', pelo período de duração dos acréscimos indevidos: a) por danos materiais, individuais por intermédio da devolução dos valores efetivamente cobrados em telefonemas interurbanos e a telefones celulares; b) por danos morais, individuais mediante o desconto de 5% em cada conta, já abatido o valor da devolução dos participantes de aludido plano, por período igual ao da duração da cobrança indevida em cada caso; c) por dano moral difuso mediante prestação ao Fundo de Reconstituição de Bens Lesados do Estado de Santa Catarina; d) realização de levantamento técnico dos consumidores e valores e à operacionalização dos descontos de ambas as naturezas; e) informação dos descontos, a título de indenização por danos materiais e morais, nas contas telefônicas.

[377] Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. A proteção ressarcitória de danos coletivos e o devido processo legal: a experiência brasileira. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre*, n. 58, jan./fev. 2014, p. 15.

> Estes são os desafios do processo coletivo brasileiro, que ainda exigirão muita reflexão e muito debate.[378]

[378] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. A proteção ressarcitória de danos coletivos e o devido processo legal: a experiência brasileira. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre*, n. 58, jan./fev. 2014, p. 24.

## 3. A IMPORTÂNCIA DA MOTIVAÇÃO ADEQUADA PARA A EFETIVIDADE DO DIREITO

### 3.1 Jurisdição e função criativa do Juiz

A origem das funções estatais confunde-se com a origem da própria sociedade organizada, uma vez que seria impossível a coexistência harmônica dos indivíduos sem que o Estado detivesse o monopólio dos poderes de legislar, julgar e administrar.

Contudo, a concentração dos referidos poderes, ou funções[379], exclusivamente nas mãos do soberano, longe de se tratar de uma fórmula ideal, revelou-se como um mecanismo de abusos e arbitrariedades, o que culminou em embates nos campos social e político, e contribuiu para o desenvolvimento de pensamentos teóricos sobre o assunto por vários filósofos, dentre eles Aristóteles, Maquiavel, Locke, Rosseau e, especialmente, Montesquieu, o qual, em 1748, através da obra *De l`Esprit des Lois*, foi responsável pela consolidação da Teoria da Separação dos Poderes, nos contornos que hoje conhecemos.[380]

Estabeleceu-se, portanto, a tripartição dos poderes, caracterizada pela divisão das funções clássicas do Estado, quais sejam legislativa, executiva e judiciária, em três órgãos distintos e independentes entre si, identificados como parlamento (legislativo), governo (executivo) e tribunais (judiciário), os quais, a despeito de serem autônomos, se submeteriam ao controle de um sobre o outro, através do denominado "sistema de freios e contrapesos" (*checks and balances*), com vistas à atuação harmônica entre si.

Nesse primeiro momento, a jurisdição era concebida tão-somente como a função do Estado de "dizer o direito", ou seja, de aplicar a legislação previamente existente ao caso concreto, substituindo a vontade das partes, de modo que cabia ao Poder Judiciário, no exercício de sua função típica, tão-somente fazer atuar a vontade concreta da lei, assim concebida como sendo o direito positivado.

---

[379] Há quem sustente a inadequação da expressão separação de poderes. Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari adverte que *"*Embora seja clássica a expressão separação de poderes, que alguns autores desvirtuaram para divisão de poderes, é ponto pacífico que o poder do Estado é uno e indivisível. É normal e necessário que haja muitos órgãos exercendo o poder soberano do Estado, mas a unidade do poder não se quebra por tal circunstância. Outro aspecto importante a considerar é que existe uma relação muito estreita entre as ideias de poder e de função do Estado, havendo mesmo quem sustente que é totalmente inadequado falar-se numa separação de poderes, quando o que existe de fato é apenas uma distribuição de funções". (*Elementos de Teoria Geral do Estado*. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.214-215.

[380] Mário Lúcio Quintão Soares, ao se referir à obra de Montesquieu, sustenta que "A sua criatividade está na inserção do sistema de freios e contrapesos às funções legislativas, executivas e judiciais, ensejando que estas sejam distribuídas a instâncias organicamente distintas e aptas a exercer legitimamente o poder, no sentido de cooperação e controle mútuo entre as funções desempenhadas, buscando-se o equilíbrio das instâncias governamentais e a concretização dos princípios da liberdade política." (*Teoria do Estado:* Novos Paradigmas em face da Globalização. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.66.)

Nessa linha de pensamento, os juízes assumiam o papel de mera *bouche de la loi* ou "boca da lei", uma vez que, nas palavras de Montesquieu, seriam "*seres inanimados que não podem moderar nem a sua força, nem o seu rigor"*[381], o que afastaria, por consequência, qualquer margem de discricionariedade ou postura criativa pelos magistrados.

Esse conceito reduzido de jurisdição advinha também da ideia de neutralidade do Poder Judiciário, pois, de acordo com as concepções iluministas da época, somente a lei, racionalmente interpretada, poderia conferir a indispensável segurança, protegendo os cidadãos da onipotência do Estado[382].

Apregoava-se, portanto, uma atuação judicial asséptica, livre de quaisquer interferências políticas ou sociais, a qual, segundo à concepção teórica da época, seria indispensável à manutenção da segurança jurídica e à garantia da racionalidade das decisões.

Tal restrição, aliás, era plenamente justificada diante do panorama histórico que se apresentava, uma vez que o declínio do Estado Absoluto culminou no fortalecimento da burguesia que, apoiada nos ideais liberais, visava controlar o poder do monarca e assegurar a gestão livre seus negócios, ideais que somente seriam alcançados através da aplicação objetiva da legislação posta, sem qualquer margem de interpretação.

Apoiados na mesma linha de raciocínio, vigoravam o dogma da completude do ordenamento e o *princípio da certeza do direito*[383], os quais eram assegurados por um corpo estável de leis, compostas por normas de conteúdo fechado, cuja aplicação não demandava qualquer contribuição criativa de interpretação pelo juiz, mas somente a explicitação de seu conteúdo através de um procedimento lógico silogístico.

Assim, no apogeu do Liberalismo, "a produção do Direito foi fortalecida, na medida em que se conferia a máxima legitimidade aos legisladores, em contrapartida ao enfraquecimento da aplicação do Direito, o que se devia à desconfiança que se tinha dos julgadores, que, segundo a lição de Montesquieu, deveriam ser apenas a boca da lei".[384]

Nesse contexto, no âmbito da teoria do direito, desenvolveu-se a corrente denominada Positivismo Jurídico, a qual, nas suas inúmeras vertentes, identificava o fenômeno jurídico à lei posta pelo Estado, premissa que pode ser sintetizada através da máxima de que "a lei contém todo o direito".

---

[381] Cf. *O Espírito das Leis*. Livro XI, Cap.6. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p.171.
[382] Cf. DA SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano Canônica*. 3.ed. rev., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 95 e 190.
[383] CF. BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 80
[384] Cf. ROCHA, Cesar Asfor. *A luta pela efetividade da jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 38

A despeito de certos avanços, o Estado Liberal, alicerçado no Positivismo Jurídico, não resistiu às severas críticas que surgiram após o término da Segunda Guerra Mundial, uma vez que as atrocidades cometidas durante ela, todas com respaldo na legislação vigente, demonstraram que a mera garantia de direitos individuais e a obediência irrestrita à lei vigente não eram suficientes para promover a dignidade da pessoa humana.

Tal constatação, que contribuiu para a transição do Estado Liberal para Estado Social, também trouxe reflexos no campo processual, levando à superação da clássica concepção da jurisdição como atividade meramente declaratória de direitos, diante do reconhecimento de que o direito de acesso à justiça deveria ser compreendido como o acesso à ordem jurídica justa, consubstanciada na tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada, o que abrange, dentre outros, o ingresso em juízo; a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal; a participação dialética na formação do convencimento do juiz; a adequada e tempestiva análise, pelo juiz, natural e imparcial, das questões discutidas no processo; bem como a construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais.[385] A jurisdição, por conseguinte, passa a ser concebida como instrumento não só de pacificação social, mas de efetivação de direitos fundamentais.

Na mesma esteira, ainda, houve a superação da visão demasiadamente abstrata e dogmática da Ciência Processual, haja vista a constatação de que sistema processual não poderia ser destituído de conotações éticas e de objetivos a serem cumpridos nos planos social e político, devendo voltar as suas atenções não somente para os aspectos endoprocessuais, mas também para os reflexos das decisões na sociedade, visando um processo apto a atingir os resultados políticos e sociais que legitimam sua existência.

Aliás, já escrevia Calamandrei, em meados de 1950, que o pecado mais grave da ciência processual dos últimos anos era justamente a separação do processo de sua finalidade social, ou seja,

> "haver estudado o processo como um território fechado, como um mundo por si mesmo, haver pensando que se podia criar em torno do mesmo uma espécie de soberbo isolamento separando-o cada vez de maneira mais profunda de todos os vínculos com o direito substancial, de todos os contatos com os problemas de substância; da justiça, em soma".[386]

[385] Cf. CANSI, Francine. Direito ao processo justo e à tutela jurisdicional adequada e efetiva. *Revista Jus Navigandi*, ano 21, n. 4633, 8 mar. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/47112>. Acesso em: 18 dez. 2016.

[386] CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil.* Estudos sobre o processo civil. Vol. 3. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999, p. 178-179

A nova concepção de Estado, caracterizada pela atuação positiva deste último, pelos deveres de prestação e pela afirmação dos direitos de segunda geração, em contraposição ao paradigma absenteísta de outrora, também promoveu uma releitura do próprio conceito de Estado de Direito, o qual deixou de se resumir ao império da lei escrita, para se sustentar sobre arcabouço de valores e princípios, constituindo-se, sob o ponto de vista substancial, em um "tipo ideal", no qual o poder estatal é rigidamente controlado e previamente definido e as pessoas podem conduzir as suas vidas com segurança jurídica, o que também perpassa pela estabilidade e previsibilidade do Direito, e se estende, ainda, à previsibilidade das decisões judiciais, conforme veremos a frente.

Superado o dogma da supremacia absoluta da lei, resquícios de uma visão formalista e legalista do direito, vivenciamos, na atualidade, o chamado "século da jurisdição"[387], caracterizado pela criatividade judicial e pela valorização dos precedentes[388], o que conduz, por consequência, à necessária releitura do instituto da motivação das decisões judiciais, a qual passa a integrar o rol de prioridades de estudo da processualística moderna.

A moderna concepção de jurisdição reconhece a insuficiência do raciocínio silogístico e impõe ao julgador o dever de conformar os textos legais aos ditames constitucionais, de forma a concretizar os direitos fundamentais, na busca pela solução mais justa e equânime ao caso concreto, circunstância que permite que ele assuma a condição de legítimo intérprete autêntico, o que, por sua vez, não implica na desconsideração da prévia atividade legislativa no processo de construção do direito.[389]

Esse novo modelo de jurisdição, afeto ao ideal de efetividade e concretização de direitos, foi expressamente acolhido pelo Código de Processo Civil de 2015, conforme se depreende de sua exposição de motivos:

> Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito (...). De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo.[390]

---

[387] Expressão utilizada por Ana de Lourdes Coutinho Silva (cf. *Estudo da motivação das decisões judiciais no século da jurisdição*: uma reavaliação do momento jurisprudencial do direito. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo, 2010, p. 46.)

[388] CPC/2015

[389] "O processo de criação do direito ocorre atualmente em nível legislativo, bem como na esfera jurisdicional, decorrente do fenômeno da expansão do Estado moderno, na sua visão de unidade, que está vinculado ao monopólio da produção e aplicação do direito". (DA SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Curso de Processo Civil*. Vol. 1. 3.ed.. Porto Alegre: Fabris Editor, 1996, p. 15.)

[390] FUX, Luiz (Coord.); NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Org.). Novo Código de Processo Civil Comparado. 2. ed. revista. São Paulo: Método, 2015, p. 307.

Dentro deste novo paradigma, exige-se do julgador a conjugação equilibrada de três atividades interligadas, as quais, segundo lição de Paulo Issamu Nagao, constituem uma tríade formada pela interpretação das normas jurídicas para extração do sentido normativo aplicável ao caso concreto, a ponderação dos valores em confronto e a argumentação, através de critérios racionais, que justifique as escolhas e decisões.[391]

As mudanças mencionadas, aliadas ao fenômeno da globalização, aos avanços tecnológicos e ao consequente aumento da complexidade e diversidade das relações jurídicas, de outro lado, revelaram a incapacidade de disciplinamento e tipificação de todas as situações existentes na sociedade, o que culminou, sob o aspecto legislativo, a edição de normas de conteúdo aberto e com emprego de conceitos indeterminados, que permitem ao julgador o exercício de um poder criativo que se expande a *um nível quase normativo*[392], mas que deve ser realizado dentro dos limites permitidos pelo ordenamento jurídico e com respeito aos princípios de hermenêutica[393].

A "abertura" da norma jurídica, ao conferir uma maior amplitude à capacidade criativa do juiz na busca por uma solução justa do processo, em contrapartida, confere-lhe maiores responsabilidades, obrigando-o, sobretudo, a multiplicar os argumentos que fundamentam o seu julgamento, através de uma motivação mais sólida e consistente, que permita o controle do exercício do poder jurisdicional, uma vez que a liberdade interpretativa a ele conferida deve se sujeitar aos limites impostos pelo próprio ordenamento.

No tocante a esse aspecto, alguns autores têm se valido da expressão "discricionariedade", oriunda do direito administrativo, onde está atrelada ao binômio conveniência-oportunidade da autoridade administrativa, para designar a liberdade de atuação do Juiz dentro de um determinado campo de seleção conferido pelo legislador ou sistema, desde

---

[391] NAGAO, Paulo Issamu. *O papel do Juiz na Efetividade do Processo Civil Contemporâneo:* de acordo com o CPC/2015 e a Lei 13.256, de 4.2.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 268.

[392] SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. *Estudo da motivação das decisões judiciais no século da jurisdição*: uma reavaliação do momento jurisprudencial do direito. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo, 2010, p. 32.

[393] Nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno: "É inegável que o pensamento jurídico considerado como um todo atravessa uma sensível alteração de pólo metodológico com a que vem sendo chamada de "abertura" da norma jurídica. De um ordenamento jurídico claramente "hermético", em que a "lei" deixava pouco ou nenhum espaço para ser preenchida pelo seu intérprete e aplicador, passou-se, gradativamente, a uma textura de ordenamento jurídico completamente diversa, em que o legislador, consciente de que não tem condições de prever com exatidão todas as situações das complexas relações sociais e estatais da atualidade, permite, expressamente, que o intérprete e o aplicador do direito criem a melhor solução para cada caso concreto". (*Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*: teoria geral do direito processual civil. Vol. 1, 7.ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 77)

que atendidas todas as garantias do processo, especialmente o contraditório e o dever de motivação[394].

Nagao, contudo, critica a utilização da expressão "discricionariedade judicial" e enumera dois motivos para que ela seja evitada. Primeiro, porque o Juiz possui-poderes, e não ônus ou faculdades, de modo que, mesmo diante de conceitos vagos ou indeterminados, se cogita apenas de uma única solução adequada ou ideal aplicável ao caso concreto, dentro dos limites impostos pela lei. Segundo, porque as decisões judiciais se sujeitam ao crivo do contraditório, ao dever de fundamentação e, finalmente, ao controle judicial.[395]

Taruffo, em sentido contrário, adverte que a expressão é apropriada, pois o termo discricionariedade pode ser usado em sentido muito amplo, incluindo todas as situações em que um sujeito se encontra na posição de realizar uma escolha relativa a um ato ou comportamento, dentro de um espectro mais ou menos amplo de alternativas, ou seja "[...] discrezionalità significa che i comportamenti processuali non sono strettamente e completamente determinati dalle norme".[396]

De todo modo, independente da denominação que se atribua, a função criativa do juiz é praticamente consenso na doutrina moderna[397], o que, por sua vez, conduz à necessidade de aprofundamento dos estudos sobre a motivação, haja vista a relevância do processo argumentativo na concreção das normas *in abstrato* e no controle da racionalidade das decisões.

## 3.2 O dever de motivar as decisões judiciais

---

[394] NAGAO, Paulo Issamu. *O papel do Juiz na Efetividade do Processo Civil Contemporâneo:* de acordo com o CPC/2015 e a Lei 13.256, de 4.2.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 217.

[395] NAGAO, Paulo Issamu. *O papel do Juiz na Efetividade do Processo Civil Contemporâneo:* de acordo com o CPC/2015 e a Lei 13.256, de 4.2.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 223. Teresa Arruda Alvim Wambier também compartilha do entendimento de que não existiria discricionariedade do Poder Judiciário "quando interpreta (e aplica ao caso concreto) norma que tenha conceito vago, seja proferindo liminares, seja prolatando sentenças. Isso implicaria, de certo modo, que essas decisões ficassem fora do controle das partes. Impossível conclusão diferente. Qual o sentido funcional do controle de discricionariedade? Exatamente o de gerar essa margem de liberdade dentro da qual o agente estaria fora do controle dos atingidos pela decisão". (*Controle das decisões Judiciais por meio de Recursos de Estrito Direito e de Ação Rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 379.)

[396]"[...] discricionariedade significa que os comportamentos processuais não são estritamente e totalmente determinados pelas normas". (L´abuso del processo: profili comparatistici. *Revista de Processo*, vol. 96, out/dez. 1999. p. 155, nota de rodapé n. 5. tradução nossa)

[397] Cândido Rangel Dinamarco, todavia, não vislumbra na atividade do juiz a função de criação do direito, mas tão somente a de revelação. Apesar disso, reconhece que há legítima liberdade de julgar através da apreciação inteligente de valores da sociedade, captando-os e compreendendo-os com sensibilidade, de modo que, assim agindo, o juiz coloca-se como válido canal de comunicação entre os valores vigentes na sociedade e os casos concretos em que atua". (*Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 7.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 135-140.

O vocábulo "motivação, sob a ótica jurídica, é definido pelo dicionário como o "conjunto de princípios que legitimam uma decisão judicial"[398].

Tal definição, de certa maneira, se coaduna com o sentido que corriqueiramente é atribuído ao termo, o qual, em linhas gerais, pode ser definido como a exposição, de maneira ordenada, clara, lógica e coerente, das razões que levaram à determinada decisão.

Não obstante os doutrinadores costumem utilizar as expressões "motivação" e "fundamentação" como sinônimas ou equivalentes, conceitualmente, ambas guardam diferenças entre si, de modo que, para fins científicos, é preciso distingui-las, ainda que de forma superficial em razão dos limites deste trabalho, haja vista a necessidade de justificar o emprego neste capítulo da expressão "motivação", em detrimento da opção do legislador[399].

Motivo (do latim *motivum*, o que move), é causa ou razão de algo, o que causa ou determina alguma coisa. Fundamento (do latim *fundamentum*, de fundare), por sua vez, equivale à base, alicerce; razão ou argumento em que se funda uma tese, concepção, ponto de vista.

No que diz respeito às decisões judiciais, seguindo a linha de raciocínio acima exposta, *motivar* é explicar ou justificar os motivos ou as razões dos fundamentos, enquanto que *fundamento* é o juízo fundante de uma decisão; é o argumento relevante, dentre muitos, determinado pelo juiz segundo uma escala de valoração, necessária à livre apreciação das questões[400].

Assim, embora ambos os termos guardem bastante similitude entre si, motivação teria uma conotação mais ampla do que fundamentação, pois enquanto esta última diz respeito às razões que suportam a decisão, o dever de motivar exige mais do que isso, já que não se resume a dizer que a decisão é boa, mas que aquela era a única decisão que poderia ser tomada no processo; ou seja, que a decisão é a melhor que poderia ter sido tomada diante de todos os elementos colocados à disposição do juiz[401]. Dito de outro modo, a motivação corresponde ao

---

[398]Disponível em: http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=motiva%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 15 jun. 2017

[399] Observa-se que os legisladores constituinte e ordinário optaram pela utilização do vocábulo "fundamentação". Art. 93, inciso IX da Constituição Federal: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e *fundamentadas* todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes (...).
Art. 489, §1º do Código de Processo Civil: "Não se considera *fundamentada* qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que (...)"

[400] SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Motivação e fundamentação das decisões judiciais e o princípio da segurança jurídica. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, vol.2, n.7, jan./jun. 2006, p. 360. Disponível em: <http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/viewFile/345/338>. Acesso em: 15 Mar. 2017.

[401] LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais.* Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016, p. 34.

momento em que o Juiz deverá explicar qual foi o caminho que percorreu no processo para chegar à determinada decisão.[402] Trata-se, portanto, de um discurso justificativo das escolhas do julgador.

Nessa esteira, a motivação poderia ser subdividida em duas perspectivas distintas, sendo a primeira como atividade, revelando os trâmites da atividade mental do julgador ao decidir; e a segunda como produto ou documento, consistindo no corpo de argumentos e proposições, contidos na sentença, por meio do qual o juiz materializa sua.[403]

Sob essa perspectiva, é possível depreender que a relevância conferida à motivação depende do estágio de evolução da sociedade e do conceito de jurisdição, pois se encontra intrinsecamente ligada ao grau de desenvolvimento do Estado e de seu aparelho judiciário, ao modo de estruturar-se o processo em determinado momento histórico e cultural, aos poderes atribuídos ao Juiz na condução do processo e à possibilidade de controle das decisões do Poder Judiciário pelos jurisdicionados e pela própria sociedade.

Dessa forma, enquanto ainda subsistia a concentração das funções estatais na figura de uma única pessoa, a motivação, quando existente, era incipiente e precária, haja vista que a jurisdição era concebida como emanação do poder e atributo do soberano, o qual personificava o próprio Estado. Ademais, as fontes do direito eram imprecisas, o direito era pouco elaborado em termos de sistema e as decisões da justiça quase não chegavam ao conhecimento do público.[404] O monarca era considerado fonte de justiça e exercia seus poderes a partir de uma "legitimação divina", razão pela qual era inconcebível que se lhe exigisse algum tipo de justificação dos atos por ele praticados.

A inexistência do dever de motivar e o sigilo das razões de decidir, além de reforçar o misticismo existente em torno da atividade judicante, também se prestavam a acobertar eventuais abusos e arbitrariedades da monarquia absolutista, uma vez que a ausência da exposição de motivos impedia se tivesse conhecimento de qualquer nulidade ou decisão em desconformidade com o direito material, inviabilizando, por conseguinte, qualquer forma de controle ou insurgência.

---

[402] BERNARDES, Marcelo Di Rezende. O princípio constitucional da motivação das decisões judiciais. *Revista Fragmentos de Cultura*, Goiânia, v. 23, n. 2, abr./jun. 2013, p. 197.

[403] COMANDUCCI, Paolo. La motivazione in fato, in La conoscenza del fatto nel processo penale, Ubertis (org.). Milano: Giuffrè, 1992, p.219-220 citado por DA SILVA, Talita de Paula Uchôa. *Análise crítica da motivação judicial como discurso*. 64f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, 2010, p.26

[404] PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica.* Nova Retórica. Trad. Vergínia K. Pupi. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 183.

A despeito do absolutismo ter exercido um papel decisivo no abandono da motivação das decisões, posteriormente, ele também contribuiu para o resgate da sua obrigatoriedade, em razão da necessidade de controlar a atividade judicial e centralizar os poderes na pessoa do monarca, ou seja, verificar se o raciocínio desenvolvido pelo juiz, submetido ao Imperador, estava correto e se a solução adotava aplicava efetivamente as leis do império[405].

O declínio do Estado Absolutista e o advento do Estado Liberal, com ideário iluminista, não obstante tenha culminado no reconhecimento da separação dos poderes ou funções estatais, não influenciou diretamente no dever de motivação das decisões judiciais, tendo em conta a crença de que a função do juiz se resumiria à aplicação da lei ao caso concreto[406], através de "um mero raciocínio silogístico, onde a premissa maior seria a norma jurídica, a premissa menor os fatos provados e o juiz, por meio de uma operação de subsunção, analisaria se os fatos se enquadrariam ou não na hipótese legal, e, a partir do resultado dessa operação, chegaria a uma conclusão materializada no dispositivo"[407], denotando que a segurança jurídica estava associada somente à criação de leis claras e uniformes, afastando qualquer atividade criativa do Juiz.

A transição do Estado Liberal para o Estado Social e, posteriormente, para o Estado Constitucional[408], alterou significativamente o papel conferido ao Estado, que passa a assumir uma postura positiva na promoção dos direitos fundamentais, bem como da própria concepção de jurisdição, que tem seu papel reforçado com a ampliação do âmbito de atuação dos Juízes[409].

---

[405] Cf. LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais.* Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016, p. 91.

[406] Para Luiz Guilherme Marinoni, "Chiovenda é um verdadeiro adepto da doutrina que, inspirada no iluminismo e nos valores da Revolução Francesa, separava radicalmente as funções do legislador e do juiz, ou melhor, atribuía ao legislador a criação do direito e ao juiz a sua aplicação. Recorde-se que, na doutrina do Estado liberal, aos juízes restava simplesmente aplicar a lei ditada pelo legislador. Nessa época, o direito constituía as normas gerais, isto é, a lei. Portanto, o legislativo criava as normas gerais e o judiciário as aplicava. Enquanto o legislativo constituía o poder político por excelência, o judiciário, visto com desconfiança, se resumia a um corpo de profissionais que nada podia criar" (*Teoria geral do Estado*. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 33-34.)

[407] SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. *Estudo da motivação das decisões judiciais no século da jurisdição*: uma reavaliação do momento jurisprudencial do direito. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo, 2010, p. 71.

[408] O Estado Constitucional, "que não se confunde com o simples Estado de Direito, baseado na legalidade", é "o ambiente propício para o desenvolvimento de uma racionalidade prática, do tipo material, iluminada por uma lógica dialética, em que a legalidade é superada pela juridicidade, finalizada para alcançar a justiça do caso, a determinar mais intenso diálogo e, portanto, maior necessidade de cooperação" (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Prefácio. In: MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 10.)

[409] Rui Portanova assevera que nada há que se temer pela ditadura do Judiciário, pois, "além de não haver qualquer registro histórico de tal evento, trata-se de um poder desarmado e transparente pela motivação de suas decisões e pela fiscalização técnica das partes", de modo que "libertar o juiz da escravidão e do império da lei é remetê-lo para uma motivação totalizadora, é aproximá-lo da realidade, é afastá-lo do idealismo positivista normativista. A intenção é fazer emergir um Direito original e legítimo, mais voltado à justiça e menos à legalidade." (*Motivações ideológicas da sentença*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 2003, p. 133.)

Canotilho[410] sustenta que a motivação possui basicamente três finalidades: a) controlar a administração da Justiça; b) demonstrar o uso da racionalidade pelo juiz diante da situação em que se tomou a decisão, evitando a subjetividade do juiz na sentença judicial; c) permitir às partes envolvidas no processo que o objeto da impugnação esteja delimitado.

Importante notar, ainda, que no chamado "século da jurisdição", a motivação reveste-se, sobretudo, de uma função política, uma vez que permite o controle das decisões judiciais não só pelas partes e pelos órgãos do Poder Judiciário, mas também a fiscalização pela própria sociedade[411], no sentido de se verificar se a escolha interpretativa do juiz se coaduna com o ordenamento jurídico e os valores sociais vigentes[412].

Segundo Lucca[413], o dever de motivação adquire ainda mais relevância quando constatados três movimentos relativamente recentes, consolidados pelo CPC/2015, que se interlaçam com as relações existentes entre motivação, Estado de Direito, segurança jurídica e devido processo legal: (a) crescimento dos poderes atribuídos ao juiz tanto para a condução do processo como para a interpretação do direito material; (b) majoração do valor e eficácia dos precedentes judiciais; e (c) ampliação da influência dos precedentes judiciais (leia-se, motivações jurídicas de decisões judiciais pretéritas) na tomada de decisões do jurisdicionado. Sobre a importância da motivação, a qual é essencial à boa administração da justiça, Perelman transcreve elucidativo trecho de T. Sauvel, o qual, dada a sua precisão e clareza, se reproduz neste trabalho:

> Motivar uma decisão é expressar-lhe as razões. É, desse modo, obrigar a quem a toma a tê-las. É afastar toda arbitrariedade. Somente graças à motivação aquele que perdeu um processo sabe como e por quê. A motivação convida-o a compreender a sentença e não o deixa entregar-se por muito tempo ao amargo prazer de 'maldizer os juízes'. (...) Além do mais, a motivação dirige-se não apenas aos pleiteantes, mas a todos. Faz compreender o sentido e os limites das leis novas, o modo de combiná-las com as antigas. Fornece aos comentadores, aos estudiosos da jurisprudência, a possibilidade de comparar as sentenças entre si, de analisá-las, agrupá-las, criticá-las, de extrair delas lições, em geral, também de preparar as soluções futuras. (...) A sentença motivada substitui a afirmação por um raciocínio e o simples exercício da

[410] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 1997.

[411] Do chamado efeito extraprocessual da motivação surgem outros destinatários, que não apenas as partes e o Tribunal, mas também a opinião pública e os cidadãos em geral.

[412] De acordo com os ensinamentos de Hugo Filardi: "Os atos do Estado não devem se impor pela força, mas pelo convencimento e sua congruência com o ordenamento jurídico vigente. O Poder Judiciário se legitima quando sua decisão convencer a sociedade, sendo certo que para que isso ocorra os interessados devem tomar pleno conhecimento de seus fundamentos. O Estado Constitucional não mais comporta atividades públicas que sejam despidas de justificação, que não guardem qualquer relação com o prestígio à concreta participação dos jurisdicionados na formação das decisões judiciais que afetem suas esferas de interesse". (FILARDI, Hugo. *Motivação das decisões judiciais e o estado constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 11)

[413] LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais.* Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016, p.31.

> autoridade por uma tentativa de persuasão. Desempenha, desta forma, no que poderíamos chamar de equilíbrio jurídico e moral do país, um papel absolutamente essencial.[414]

O "momento jurisprudencial do direito"[415] que vivemos, ao implicar na valorização da argumentação trazida pelo julgador para justificar a sua decisão, também exige uma compatibilização entre duas garantias fundamentais, quais sejam, a celeridade e a segurança jurídica. Isso porque, a exigência constitucional da razoável duração do processo e o crescente aumento do volume dos processos em tramitação, decorrência da ampliação do acesso à justiça e da cultura da judicialização dos conflitos, não podem servir de pretexto para diminuir a importância da fundamentação, relegando-a a um segundo plano.

A motivação, quando adequada, contribui para a racionalização da atividade jurisdicional, o controle da juridicidade da decisão, a redução do número de recursos, bem como para a promoção da segurança jurídica, ao tornar possível a homogeneização jurisprudencial pelos Tribunais Superiores e a consequente previsibilidade das decisões judiciais.

Portanto, o dever de motivação é uma garantia inerente ao Estado de Direito, assim compreendido como o "Estado que se justifica", o que afasta a concepção enraizada por séculos na consciência coletiva de que as decisões judiciais, por serem manifestações de autoridade e poder, não precisam ser justificadas, alocando o poder jurisdicional no mesmo plano do jurisdicionado, impondo-lhe a prestação de contas de seus atos àqueles que compõem a fonte do seu próprio poder.[416]

Dada a sua relevância, no ordenamento jurídico pátrio, a fundamentação das decisões judiciais ganhou *status* constitucional, tendo sido inserida no art. 93, IX da Constituição Federal de 1988[417] e, ainda que não se encontre expressamente inserida no art. 5º da Carta Magna,

---

[414] Trecho extraído do artigo Histoire du jugement motivé. (História da sentença motivada), *Rev. dr .publ.*, 1955, p. 5-6 citado por PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica.* Nova Retórica. Trad. Vergínia K. Pupi. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 210-211.

[415] Expressão utilizada por Ana de Lourdes Coutinho Silva (cf. *Estudo da motivação das decisões judiciais no século da jurisdição*: uma reavaliação do momento jurisprudencial do direito. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo, 2010, p. 222.)

[416] LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais.* Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016. p.122-123.

[417] Segundo José Rogério Cruz e Tucci, antes de 1988 existiam "inúmeras e inadmissíveis distorções encontradiças na praxe forense de todo o País, dentre os quais, as que admitem como suficiente a motivação aparente ou implícita, ou aquelas que simplesmente adotam as razões expendidas por um dos integrantes do processo" (*A motivação da sentença no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva: 1987, p. 153).

possui indiscutível natureza de direito fundamental, uma vez que é que consectário da garantia do devido processo legal[418] e do Estado Democrático de Direito.[419]

A importância do dever de motivação também foi reconhecida pelo legislador ordinário, que acrescentou o §1º ao art. 489 do CPC/2015, para introduzir um rol exemplificativo daquilo que deve constar em qualquer decisão judicial para que ela seja considerada suficientemente fundamentada. Não obstante a maioria de seus incisos espelhasse situações que já eram reputadas pela jurisprudência como hipóteses de "negativa de prestação jurisdicional", o novo parágrafo foi objeto de bastante celeuma, tendo, inclusive, a Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), a Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE) e a Associação de Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA) se manifestado favoravelmente ao veto, haja vista o impacto que tal alteração poderia ocasionar no congestionamento da Justiça.[420]

No que tange ao objeto de nosso estudo, interessam, com mais rigor, os incisos II, III e VI do §1º do art. 489 do CPC/2015.

O inciso II do dispositivo legal em epígrafe dispõe que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que "empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso".

Como já abordado neste capítulo, a utilização de normas abertas, como cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados pelo legislador constitui-se uma técnica legislativa imprescindível para que o direito acompanhe a evolução da sociedade. De tal fato, todavia, decorre a imposição de maior ônus argumentativo ao juiz, uma vez que, em tais casos, além de justificar a aplicação da norma no caso concreto, cabe-lhe explicar o sentido por ele atribuído

---

[418] A exigência constitucional da motivação representa, para Paulo Henrique dos Santos Lucon, projeção do *devido processo legal substancial*, pois constitui "forma de controle de ato estatal que se afigura ilegítimo". Para ele, "o devido processo legal substancial diz respeito à limitação ao exercício do poder e autoriza ao julgador questionar a razoabilidade de determinada lei e a justiça das decisões estatais, estabelecendo o controle material da constitucionalidade e da proporcionalidade". (Devido processo legal substancial e efetividade do processo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (org.). *O processo na Constituição.* São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 282-283.)

[419] Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 227-228.

[420] À época, o sítio eletrônico da Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB (http://novo.amb.com.br/?p=20285) noticiou como justificativa à tentativa de veto a preocupação "com o impacto que esses itens vão causar no congestionamento da Justiça. Atualmente, temos quase 100 milhões de processos em tramitação no país. Cada magistrado julga, em média, 1,5 mil processos por ano. O Judiciário está no limite". Outro sítio eletrônico da Associação dos Magistrados Trabalhistas –ANAMATRA (https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/22036-anamatra-reage-a-criticas-sobre-vetos-propostos-ao-novo-codigo-de-processo-civil) divulgou nota pública que apontou que a ausência de veto aos dispositivos impugnados trariam "impactos severos, de forma negativa, na gestão do acervo de processos, na independência pessoal e funcional dos juízes e na própria produção de decisões judiciais em todas as esferas do país, com repercussão deletéria na razoável duração dos feitos" (acesso em: 13 ago. 2016).

à expressão indeterminada naquele contexto, de modo que não restem dúvidas ou ambiguidades e fique preservada, por conseguinte, a racionalidade da decisão.

O inciso III, por sua vez, considera não fundamentada a decisão que "invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão". O dispositivo em questão trata do dever de concretude e tem como objetivo evitar a malfadada prática de utilização indiscriminada de decisões pretéritas que ao utilizarem motivos genéricos, lacônicos ou abstratos, deixavam de enfrentar questões fáticas e jurídicas específicas do caso em julgamento, de modo que a motivação, muitas vezes, se resumia à transcrição dos requisitos previstos na lei, sem relacioná-lo concretamente com as questões específicas do caso *sub judice*.

A breve leitura dos incisos do dispositivo legal em comento permite concluir que o CPC/2015, ao introduzir novos parâmetros de fundamentação da sentença, aumentou consideravelmente as exigências de justificação da decisão judicial e, consequentemente, da racionalidade das decisões judiciais, sobretudo ao exigir a construção de raciocínios jurídicos que guardem conexão entre a norma e o caso concreto. Referida alteração, por seu turno, representa um importante passo rumo à melhoria da qualidade das decisões judiciais e da própria prestação jurisdicional, uma vez que condena, ostensivamente, a reprodução de motivações "fictícias" e que se prestam somente para cumprir uma formalidade, quando poderiam, efetivamente, contribuir para a evolução e desenvolvimento do próprio direito.

### 3.3 Motivação e segurança jurídica

Conquanto a relevância da motivação no direito moderno seja inconteste, sobretudo em razão da multiplicidade de funções de que ela se reveste, a prática judiciária demonstra que, com razoável frequência, ainda são proferidas decisões judiciais imotivadas ou mal motivadas, as quais, sob o pretexto da celeridade ou da concepção de que o Juiz não estaria obrigado a se manifestar sobre todas as alegações das partes[421], muitas vezes trazem fundamentos baseados em argumentos retóricos, razões desvinculadas do caso concreto ou que se limitam à mera transcrição e compilação de ementas de julgados cuja *ratio decidendi* difere da situação fático-jurídica posta em julgamento, não se prestando, por conseguinte, a dar uma resposta adequada às pretensões formuladas pelas partes, o que resulta em uma prestação jurisdicional arbitrária e ilegítima.

[421] O art. 489, §1º, IV do CPC/2015 trouxe disposição em sentido contrário (" [...] Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; [...]).

Conforme tratado no tópico anterior, a motivação das decisões judiciais é uma garantia do Estado Democrático de Direito, o qual, por sua vez, pode ser compreendido sob dois aspectos, um formal e outro material. Sob o ponto de vista formal, o Estado de Direito, inicialmente concebido como o "império das leis", à luz do direito contemporâneo, passa a ser interpretado como aquele estruturado em poderes harmônicos e independentes entre si, dotado de uma ordem jurídica coerente e predefinida e no qual o Estado também seja dotado de obrigações[422]. Em outras palavras, consiste no Estado que, além de regido pela legalidade, também é dotado de mecanismos para controle do Poder Público e para a garantia da segurança jurídica dos indivíduos. Do ponto de vista material ou substancial, o Estado de Direito é aquele que, segundo Canotilho[423], está sujeito ao direito; atua através do direito e legisla informado pela "ideia de direito", ou seja, que é sustentado por um conjunto de valores e princípios, o que implica, por seu turno, no reconhecimento à proteção dos direitos fundamentais e também à garantia da segurança jurídica[424].

Sob qualquer ótica que se analise, observa-se que o Estado de Direito é indissociável da segurança jurídica[425], a qual se encontra intrinsecamente não somente à estabilidade legislativa, mas também à estabilidade e previsibilidade das chamadas "normas de decisão"[426], construídas pelo intérprete no decorrer do processo de concretização do direito e consubstanciadas na motivação das decisões judiciais.

À época em que predominava o positivismo jurídico, entre os séculos XIX e XX, buscava-se assegurar a segurança jurídica através da identificação do Direito à lei posta pelo Estado, abstraindo-se qualquer elemento valorativo ou axiológico, o que repercutia diretamente na motivação das sentenças, uma vez que ao Juiz bastaria a subsunção do fato à norma, que, segundo o ideário da completude do ordenamento jurídico seria capaz de regular todas as

---

[422] NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 33. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Dorense, 2011, p. 138.
[423] GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva Publicações, 1999, p. 49-52.
[424] LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016, p. 53.
[425] Ingo Wolfgang Sarlet relaciona a segurança jurídica à noção de dignidade da pessoa humana: "Considerando que também a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano, viabilizando, mediante a garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem como a sua realização, desde logo é perceptível o quanto a idéia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada à própria noção de dignidade da pessoa humana. (...) a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranqüilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas" (A Eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional*, v. 57, p. 11).
[426] GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos Juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 8.ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 35.

situações, de modo que o dever de motivar limitava-se à demonstração do raciocínio silogístico adotado, circunstância que aproximaria a atividade jurisdicional de uma operação matemática.

Contudo, o dinamismo social e o contínuo aumento da complexidade das relações sociais fizeram com que o próprio legislador, ciente da impossibilidade de regulação de todas as situações jurídicas, optasse pela elaboração de normas contendo cláusulas gerais, termos indeterminados e com conteúdo principiológico, para cuja aplicação necessariamente se demandava a prévia interpretação e integração de seu conteúdo, o que revelou a insuficiência dos métodos clássicos de interpretação.

A generalização de normas com as características acima influenciou diretamente a atividade jurisdicional, uma vez que, para solução dos litígios, especialmente dos chamados "hard cases" ou "casos difíceis", passou-se a exigir do julgador uma atividade mais intensificada de interpretação e aplicação do direito, o que propiciou o desenvolvimento de novas técnicas de hermenêutica que não se limitassem ao mero raciocínio lógico-dedutivo.

Nesse contexto de normas com conteúdo mais fluido, o julgador não mais se restringe a identificar a norma aplicável ao caso concreto e aplicá-la por silogismo. Cabe-lhe, outrossim, o papel de coparticipante do processo de criação do Direito, através da adequação da generalidade das normas à individualidade dos casos, bem como da escolha, dentre os vários sentidos possíveis, daquele que melhor se conforme à Constituição. Forçoso é, portanto, admitir-se a função criativa da jurisdição[427], também denominada de "ativismo judicial", a qual, para efeitos deste estudo, deve ser concebida como aquela que "observa conscientemente os limites constitucionais, deixando intactas as atribuições genuínas reservadas aos demais Poderes, preservando, assim, o imprescindível equilíbrio político"[428].

Por consequência, acentua-se a relevância da motivação e do processo argumentativo, o qual deve ser dotado de racionalidade e sujeitar-se às normas, aos precedentes e à doutrina[429], uma vez que ele serve tanto para justificar as escolhas interpretativas do julgador, assim como o resultado do próprio julgamento, servindo, outrossim, para legitimar a atuação do Poder Judiciário, evitando que se torne abusiva ou arbitrária.

A estruturação do ordenamento jurídico em regras e princípios, além de imprescindível para que o direito acompanhe a evolução social, contribuiu para manutenção do equilíbrio de

---

[427] Michele Taruffo sustenta que o poder criativo do Juiz, no exercício de sua função decisória, é uma premissa que pode ser assumida sem necessidade de qualquer justificativa (TARUFFO, Michele. A motivação da sentença civil. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, passim)

[428] NAGAO, Paulo Issamu. *O papel do Juiz na Efetividade do Processo Civil Contemporâneo:* de acordo com o CPC/2015 e a Lei 13.256, de 4.2.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 250.

[429] NAGAO, Paulo Issamu. *O papel do Juiz na Efetividade do Processo Civil Contemporâneo:* de acordo com o CPC/2015 e a Lei 13.256, de 4.2.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 255.

dois valores essenciais ao sistema jurídico, uma vez que "as regras desempenham o papel referente à *segurança jurídica* – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da *justiça* ao caso concreto"[430], o que não seria possível em um ordenamento composto exclusivamente de regras, que prestigiaria somente a segurança jurídica em detrimento da efetividade e da concretização dos direitos fundamentais, ou exclusivamente de princípios, que conduziria a um sistema desprovido de qualquer segurança.

Daí a importância da motivação das decisões judiciais, a qual se desenvolveu nos sistemas da *civil law* e da *common law* com o mesmo objetivo, ou seja, garantir a segurança jurídica, sendo que a principal diferença entre ambos residia no fato de que, para o primeiro, bastaria ao julgador demonstrar que o caso concreto foi solucionado através da aplicação do direito positivo, enquanto que, para o segundo, caberia demonstrar à observância dos precedentes judiciais.

A abertura do sistema jurídico e a necessidade de se garantir dois pilares da segurança jurídica, quais sejam a estabilidade e previsibilidade das decisões judiciais, propiciaram o início do movimento de aproximação entre os sistemas da *civil law* e do *common law*[431], o que trouxe a necessidade de reexame dos requisitos da motivação em nosso ordenamento jurídico, dada a sua relevância para a formação dos precedentes.

Seguindo essa esteira, o CPC/2015, tratou sobre os precedentes em vários de seus dispositivos, como, por exemplo, o art. 926, que dispõe que "Os Tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente" e o parágrafo 1º, inciso VI do art. 489, que prevê que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que "deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento".

---

[430] BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar/abr/maio de 2007, citado por NAGAO, Paulo Issamu. *O papel do Juiz na Efetividade do Processo Civil Contemporâneo:* de acordo com o CPC/2015 e a Lei 13.256, de 4.2.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 259.

[431] Tal aproximação também reflete diretamente no papel do juiz. Luiz Guilherme Marinoni explica que "Não há qualquer empenho em ressaltar que o juiz, no Estado constitucional, deixou de ser mero servo do legislativo. A dificuldade em ver o papel do juiz sob o neoconstitucionalismo impede que se perceba que a tarefa do juiz do civil law, na atualidade, está muito próxima da exercida pelo juiz do common law. É exatamente a cegueira para a aproximação destes juízes que não permite enxergar a relevância de um sistema de precedentes no civil law". (MARINONI, Luiz Guilherme, A transformação do civil law e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil. *Cadernos Jurídicos da OAB-PR*, Curitiba, v. 03, p. 1- 3, jun. 2009, p. 2. Disponível em: < http://admin.oabpr.org.br/imagens/caderno/artigos/52.pdf> Acesso em: 10 fev. 2017).

A título de esclarecimento, cumpre distinguir precedente e decisão judicial, ainda que, na prática, ambas as expressões, algumas vezes, sejam, inadvertidamente, empregadas como sinônimas. Para tanto, transcreve-se esclarecedora diferenciação feita pelo processualista Luiz Guilherme Marinoni:

> [...] se todo precedente é uma decisão, nem toda decisão constitui um precedente. Note-se que o precedente constitui decisão acerca de matéria de direito – ou, nos termos do commom law, de um point of law – e não de matéria de fato. A maioria das decisões judiciais diz respeito às decisões de fato. Quando são enfrentados pontos de direito, as decisões muitas vezes se limitam a anunciar o que está escrito na lei, não revelando propriamente uma solução judicial acerca da questão de direito, no sentido de que a solução de que ao menos de uma interpretação da norma legal. De qualquer forma, a decisão que interpreta a lei, mas segue julgado que a consolidou, apenas por si só não constitui precedente. Contudo, para constituir precedente, não basta que a decisão seja a primeira a interpretar a norma. É preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto. Até porque, os contornos de um precedente podem surgir a partir da análise de vários casos, ou melhor, diante de uma construção da solução judicial da questão de direito que passa por diversos casos.[432]

Inexiste consenso na doutrina acerca da admissão das decisões judiciais como fonte formal de direito. Tradicionalmente, como resquício da origem romano-germânica do ordenamento jurídico pátrio, defendia-se que a jurisprudência não poderia ser considerada fonte autêntica do direito, mas tão somente fonte interpretativa (material), haja vista que, ao contrário do legislador, o juiz não poderia alterar a ordem jurídica, competindo-lhe somente interpretar e aplicar o direito de acordo com lei, princípios e valores da sociedade em que está inserido[433]. Ou seja, a jurisprudência, concebida como o conjunto uniforme de decisões judiciais sobre determinada matéria, não se constituiria uma fonte formal, pois a sua função não seria de gerar normas jurídicas, apenas de interpretar o Direito à luz dos casos concretos.[434]

A aproximação do sistema da *common law*, especialmente após a promulgação do CPC/2015, reascendeu a discussão em torno do tema. Marcus Vinícius Rios Gonçalves ressalta que, embora a jurisprudência ainda não seja reconhecida como fonte formal do direito no direito

---

[432] MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIEIRO, Daniel. O projeto do CPC: crítica e propostas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.164-165 apud BARTILOTTI. Alexandre Soares. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Projeto do Novo Código de Processo Civil. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Católica de Pernambuco, 2012. Disponível em: http://www.unicap.br/tede/tde_arquivos/4/TDE-2012-11-26T153205Z-532/Publico/Dissertacao_Alexandre_Soares_Bartilotti.pdf. Acesso em: 09 Jan. 2014.

[433] Cf. LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016, p. 343.

[434] Nesse sentido, cf. NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 33. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Dorense, 2011, p. 143.

processual civil brasileiro, uma vez que se funda precipuamente na lei como principal fonte do direito, já se admite tanto a doutrina quanto a jurisprudência como fontes não formais do direito.[435]

A despeito da sua natureza, Rubens Limongi França aponta que a jurisprudência, concebida em sentido amplo, possui as seguintes funções:

a) Interpretação da lei, sobretudo em razão da superação do brocardo *in claris cessat interpretatio*, segundo o qual a lei clara não necessitaria ser interpretada[436];

b) Atualização e vivificação da lei, uma vez que uma nova lei influi e sofre influência do ordenamento que a precede, podendo surgir a necessidade de novas interpretações para a harmonização de todo o sistema jurídico;

c) Humanização da lei, porque há que se atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum;

d) Suplementação da lei, para que as lacunas – que são inevitáveis – sejam superadas e todos os eventos da vida disciplinados pelo direito;

e) Rejuvenescimento da lei, haja vista a dinamicidade das relações sociais.[437]

Como decorrência das funções acima mencionadas, o referido autor extrai duas características imprescindíveis à jurisprudência, ou seja, ela deve ser progressiva, acompanhando, portando, os avanços da sociedade e deve ser uniforme, a fim de que possa assegurar segurança ao jurisdicionado.

A confiança no ordenamento jurídico pressupõe a estabilidade[438] e a previsibilidade do Direito, o que abrange não somente a norma posta (texto normativo), mas também a norma construída pelo intérprete através das decisões judiciais (norma de decisão). Pressupõe,

---

[435] Cf. GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p.51.

[436] Segundo Paulo Nader "a inconsistência do princípio [*in claris cessat interpretatio*] se revela a partir do conceito de clareza da lei, que é relativo, pois os textos são claros para alguns e oferecem dúvidas para outros". (*Introdução ao Estudo do Direito*. 33. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Dorense, 2011, p. 267.)

[437] Cf. FRANÇA, Rubens Limongi. *A jurisprudência como Direito Positivo*. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66627/69237>. Acesso em: 14 jun. 2017.

[438] Luiz Guilherme Marinoni tece a seguinte crítica: "Não há como ter estabilidade quando os juízes e tribunais ordinários não se veem como peças de um sistema, mas se enxergam como entes dotados de autonomia para decidir o que bem quiserem. A estabilidade das decisões, portanto, pressupõe uma visão e uma compreensão da globalidade do sistema de produção de decisões, o que, lamentavelmente, não ocorre no Brasil, onde ainda se pensa que o juiz tem poder para realizar a sua 'justiça' e não para colaborar com o exercício do dever estatal de prestar a adequada tutela jurisdicional, para o que é imprescindível a estabilidade das decisões" (LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016, p. 262)

portanto, a sintonia das normas jurídicas em dois momentos distintos, isto é, por ocasião da sua elaboração e da sua aplicação.[439]

Nesse aspecto, a segurança jurídica encontra-se diretamente ligada ao princípio da confiança legítima[440], o qual diz respeito à dimensão subjetiva da segurança e que se relaciona à preservação de situações subjetivas já consolidadas, impedindo que expectativas legitimamente criadas sejam frustradas, garantindo previsibilidade ao comportamento do particular.[441]

Esse novo viés da segurança jurídica foi expressamente consagrado no CPC de 2015, que em seu art. 927, §4º dispôs que "A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia".

Além disso, na exposição de motivos, o legislador processual ressaltou que "O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas".[442] Isso porque "haver, indefinitivamente, **posicionamentos diferentes** e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da **mesma norma jurídica**, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos".

Releva notar, ainda, que a estabilidade das decisões não se confunde com imutabilidade, razão pela qual a segurança jurídica não pode ser concebida como um valor absoluto, devendo ser sopesada com outros valores, tais como a efetividade, a celeridade e a justiça material. Deve-se, no entanto, buscar a preservação de uma garantia mínima de segurança, seja no trato do direito material, seja na observância das normas processuais. Do

---

[439] Cf. NAGAO, Paulo Issamu. *O papel do Juiz na Efetividade do Processo Civil Contemporâneo*: de acordo com o CPC/2015 e a Lei 13.256, de 4.2.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 156.

[440] Como escreve Canotilho, segurança jurídica e proteção da confiança andam estreitamente associadas, "a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexionada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra, Almedina, 2002, p. 257.)

[441] Cf. LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais.* Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016, p. 331.

[442] FUX, Luiz (Coord.); NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Org.). *Novo Código de Processo Civil Comparado*. 2. ed. revista. São Paulo: Método, 2015, p. 310-211.

mesmo modo, a previsibilidade implica apenas um certo grau de certeza e nunca uma certeza absoluta.[443]

Em suma seja, todo indivíduo deve ser capaz de efetivamente compreender quais as normas jurídicas que regem a sua vida e isso somente é possível se houver uma jurisprudência coerente, homogênea e estável[444], ou seja, que seja composta de decisões judiciais cuja motivação seja clara, completa e decorra da interpretação homogênea e consistente das normas jurídicas, bem como evolua de forma contínua, serena e ponderada, sem alterações excessivamente abruptas e constantes.

### 3.4 Motivação como instrumento de controle da racionalidade e legitimação das decisões judiciais

A análise do desenvolvimento histórico do dever de motivação das decisões judiciais demonstra que o nível de importância a ela conferido depende diretamente do grau de racionalidade e transparência que se pretende atribuir à atividade jurisdicional, o que, por sua vez, se relaciona à amplitude do controle ao qual ela se submete.

A racionalidade do pensamento jurídico pressupõe que toda asserção seja acompanhada das suas razões e seja passível de confrontação, de modo que a racionalidade da decisão judicial depende da exposição de seus motivos de maneira clara, coerente e completa.[445]

Ou seja, nas palavras de Calamandrei, no atual estágio do direito e da jurisdição, "o juiz não se contenta mais em comandar, não se limita mais ao '*sic volo sic iubeo'* pronunciado do alto de seu trono, mas desce ao nível do jurisdicionado e, enquanto comanda, procura explicar-lhe a racionalidade daquele comando". [446]

---

[443] Luiz Guilherme Marinoni observa que "também é possível distinguir estabilidade de certeza e previsibilidade. Como dito em nota anterior, a previsibilidade abre oportunidade para graus de certeza, tanto é que, ainda que o sistema de precedentes garanta a previsibilidade, um determinado precedente pode estar prestes a ser revogado. Do mesmo modo, um sistema pode ser momentaneamente instável, em vista de reiteradas revogações de precedentes, ainda que dotado da previsibilidade inerente ao respeito aos precedentes." (Os Precedentes na Dimensão da Segurança Jurídica. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 14, nº 1117, 20 de março de 2014. Disponível em: http://www.tex.pro.br/artigos/261-artigos-mar-2014/6443-os-precedentes-na-dimensao-da-seguranca-juridicajuridica)

[444] Cf. LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016, p. 268

[445] Cf. LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016, p. 122

[446] Cf. CALAMANDREI, Piero. *La crisi dela motivazione*, in Processo e democrazia, in Opere Giuridiche, v. I, Org. Mauro Cappelletti. Napoli: morano, 1965, p. 664 apud LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016, p. 123.

A motivação visa ampliar a margem de racionalidade de um raciocínio, de modo que, qualquer decisão pode ser considerada arbitrária quando não tiver sustentação racional, ou seja, quando for sustentada em argumentos frágeis, inespecíficos ou dotados de alto nível de subjetividade. Diante disso, é possível afirmar que a motivação da decisão judicial equivale ao índice de racionalidade que ela possui[447], ou seja, quanto maior a completude da motivação, mais racional será a decisão[448].

Em vista disso, no Estado de Direito, assim considerado como o "Estado que se justifica", a motivação deixa ostentar o papel de mera formalidade ou exigência técnica da dogmática processual para assumir a função de efetiva garantia da legitimidade da própria atividade jurisdicional, cumprindo, pois, finalidades endo e extraprocessuais, ou seja, dentro e fora do processo. Isso porque o Poder Judiciário, diferentemente dos outros poderes do Estado, não extrai a sua legitimidade da escolha popular, mas do exercício procedimentalizado, da participação efetiva das partes no processo e da juridicidade e racionalidade das decisões ao final proferidas[449], o que conduz à possibilidade de controle da função jurisdicional pelas partes e pela sociedade e caracteriza a motivação como uma condição necessária ao processo democrático.

Desse modo, a motivação serve a todas as partes do processo, porque ao perdedor abre a possibilidade de recorrer de forma plena, servindo de explicação para a decisão, e aos terceiros, permite o direito de conhecer as razões do julgamento, para o pleno exercício da cidadania.[450]

O controle da função jurisdicional pode ocorrer tanto em relação à análise dos fatos, quanto em relação à aplicação do direito pelo juiz e, de maneira geral, pode ser interno, quando exercido pelas partes, ou externo, quando realizado pela sociedade.

Quanto à análise da matéria fática, o controle relaciona-se diretamente ao sistema do "livre convencimento motivado" ou da "persuasão racional", o qual tinha previsão expressa nos

---

[447] Cf. MONTEIRO. Cláudia Servilha. *Fundamentos para uma teoria da decisão judicial*, p. 6118. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/claudia_servilha_monteiro.pdf. Acesso em: 15 Maio. 2017.

[448] Cf. TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 374.

[449] Cf. LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016, p. 125.

[450] CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, passim.

artigos 118 do CPC/1939[451] e 131 do CPC/1973[452] e cujo reconhecimento representou a superação parcial[453] do sistema da prova legal ou tarifada no processo civil moderno.

Segundo tal sistema, o Juiz é livre para apreciar e valorar as provas, desde que, na sua decisão, exponha as razões de seu convencimento, as quais deverão ser dotadas de racionalidade e se fundar exclusivamente nos elementos constantes nos autos do processo, daí falar-se, classicamente, em "livre convencimento racional e motivado à luz dos autos".[454] Nesse sentido, o "livre convencimento" nada mais é do que a desvinculação do juiz a critérios legais de valoração de provas, o que, por sua vez, não lhe outorga poderes discricionários ilimitados para que decida fundamentado exclusivamente em suas razões pessoais[455].

O CPC/2015, norteado pelo princípio da cooperação e atendendo às sugestões de alguns juristas que enxergavam na redação do art. 131 do CPC/1973 uma certa margem para arbitrariedade e subjetividade dos juízes nas decisões[456], suprimiu a expressão "livremente" do dispositivo legal correlato, passando a dispor, em seu art. 371, que "o juiz apreciará a prova constante dos autos independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento", o que fomentou a discussão acerca da subsistência do princípio do livre convencimento motivado no direito processual brasileiro contemporâneo.

A despeito dessa controvérsia, sobre a qual não é possível maior aprofundamento em razão dos limites deste estudo, é indiscutível que o juiz, ao analisar os pontos fáticos do processo, deve basear as suas conclusões em motivos razoáveis, convincentes e extraídos exclusivamente dos autos do processo, os quais devem ser exteriorizados às partes e à sociedade, através de um raciocínio argumentativo racional que possibilite o seu controle. A

---

[451] Art. 118. Na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte. Mas, quando a lei considerar determinada forma como da substância do ato, o juiz não lhe admitirá a prova por outro meio.

[452] Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que Ihe formaram o convencimento. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

[453] Ainda foram mantidos alguns dispositivos indicativos de prova tarifada, tais como os artigos 366, 400 e 401 do CPC/1973.

[454] SANTOS, Moacy Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 380-381.

[455] Segundo Leonard Ziesemer Schmitz, "Se compreendermos adequadamente o que significa ´livre convencimento, entenderemos que, quanto mais motivada é a decisão, menos ´livre´ ela é no sentido de que a discricionariedade fica tolhida pelo próprio dever de fundamentar". Cf. Fundamentação das Decisões Judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 264.

[456] Cf. STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. *Revista de Informação Legislativa*, ano 52, n. 206, abr./jun. 2015. p. 35. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512448/001041585.pdf?sequence=1

motivação, ademais, deve ser material, isto é, juridicamente fundamentada, e formal, com a exposição e demonstração de seus fundamentos.[457]

O mesmo se pode dizer quando a análise judicial envolver questões meramente jurídicas ou questões fáticas e jurídicas, com o acréscimo de que, na atual fase do direito, caracterizada pela força normativa da Constituição e pela utilização de conceitos mais fluidos pelo legislador, que permitam o julgamento do maior número possível de casos a partir da interpretação de um mesmo texto normativo, a motivação também se presta para demonstrar que a decisão judicial encontra-se em consonância com a ordem jurídica e não usurpa as funções do Poder Legislativo. A motivação, outrossim, legitima a atividade criativa do juiz, racionalizando-a e propiciando a discussão sobre a validade da norma jurídica criada.[458]

As partes, como destinatárias primárias da motivação, exercem o controle das decisões judiciais através dos recursos ou ações autônomas para invalidá-las, reformá-las esclarecê-las ou integrá-las. Nesse aspecto, a motivação, além de permitir o exame pelo órgão *ad quem*, também possibilita a uniformização da jurisprudência pelos Tribunais Superiores. Rodrigo Ramina de Lucca[459] observa que "ainda que em pequena escala, e especificamente para litigantes não habituais, a motivação pode, sim, reduzir o número de recursos quando, por sua concretude ou pelos argumentos utilizados, a parte entender ser baixa a probabilidade de êxito na instância recursal", revelando-se, portanto, como um importante mecanismo para combate de um dos fatores responsáveis pela famigerada "crise do Poder Judiciário", ou seja, a proliferação de recursos.

O controle das decisões judiciais pela sociedade é uma decorrência do Estado Democrático de Direito, haja vista que se caracteriza como uma verdadeira prestação de contas do juiz aos legítimos detentores do poder por ele exercido, qual seja o povo. Não obstante isso, ele é alvo de algumas críticas, podendo ser destacadas duas objeções principais. A primeira delas diz respeito ao fato de que a motivação não seria destinada ao povo em geral, mas somente àqueles que teriam condições de compreender o discurso técnico-jurídico. A segunda refere-se à ausência de instrumentos de ataque às decisões antijurídicas pela população.

A primeira objeção parte de uma premissa equivocada, pois decorre de uma falha da própria motivação. Isso porque o Direito rege *toda* a sociedade e, como tal, deve ser de

---

[457] Cf. LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016, p. 123

[458] Cf. LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016, p. 136.

[459] Cf. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016, p. 137, nota de rodapé 422.

compreendido por todos. Para tanto, as decisões judiciais devem utilizar linguagem clara e concisa, evitando-se a utilização de arcaísmos e expressões obsoletas, a fim de que tanto os operadores do direito quanto os leigos possam compreendê-lo e, por consequência, fiscalizar a sua aplicação. Ou seja, a palavra, dentro de um contexto jurídico, dever ser empregada de forma clara e exata, além de se evitar uma delicadeza exagerada na semântica e ambiguidade na interpretação e na aplicação do texto legal.[460]

A segunda objeção, por seu turno, é corroborada por Lucca[461], que admite que, de fato, a população é desprovida de instrumentos processuais de ataque a decisões antijurídicas, omissão que, em parte, deve-se à tradicional concepção privatista do Direito Processual. O mesmo autor, aliás, critica a ausência de algum instrumento, a exemplo da ação popular ou da ação civil pública, que permitisse o indivíduo, ou coletividade, que não figuram no polo passivo do processo, buscarem a proteção da ordem jurídica, ao menos em algumas hipóteses, contra abusos ou erros cometidos pelo Poder Judiciário.[462]

Independentemente de tais objeções, Taruffo sustenta que o objetivo da motivação não é exatamente a efetividade do controle popular, mas a efetiva possibilidade de controle, ainda que esse controle, por características do próprio sistema jurídico, não apresente nenhuma efetividade endoprocessual[463].

De todo modo, é indiscutível que, sob o ponto de vista extraprocessual, a motivação garante a publicidade do raciocínio argumentativo e propicia a comunicação entre a atividade judiciária e a opinião pública, servindo, pois, de mecanismo de controle do exercício do poder, uma vez que assegura a apreciação geral da sociedade sobre a forma pela qual é aplicado concretamente o direito.

Cláudia Toledo, em artigo sobre a teoria da argumentação, conclui que, formalmente, a *controlabilidade* da decisão judicial somente pode ser feita pelo exame do *procedimento racional de justificação*, uma vez que afasta, no maior grau possível, a arbitrariedade de um decisionismo no âmbito dos três poderes estatais[464]. Dito de outra forma, racionalidade e a primeira depende da existência da segunda e a segunda encontra-se a serviço da primeira.

---

[460] Cf. SYTIA, Celestina Vitória Moraes. O Direito e suas Instâncias Linguísticas. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.
[461] *O dever de motivação das decisões judiciais.* Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016, p. 140.
[462] Cf. LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016, p. 140.
[463] Cf. TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, passim.
[464] Cf. TOLEDO, Cláudia. Teoria da Argumentação Jurídica. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 47-65, jan./jun. 2005, p. 64.

Partindo dessa premissa, cumpre verificar, ainda que superficialmente, quais seriam os critérios ou parâmetros mínimos para que tal racionalidade possa ser aferida. Taruffo, todavia, externa uma visão pessimista sobre o tema, ao asseverar que "não resultam identificáveis os critérios de racionalidade com que tanto o juízo de fato como a sua respectiva motivação deveriam ter se inspirado", e

> [...] isso constitui inquestionavelmente uma consequência direta da ausência de aprofundamento dos problemas inerentes à valoração discricionária das provas e aos cânones de racionalidade que devem guiá-la", afinal, a área do livre convencimento do juiz sempre foi entendida "mais como um lugar típico da valoração subjetiva e completamente incontrolável do que como o campo de valorações não vinculadas, mas aceitáveis enquanto sustentadas por uma justificação intersubjetivamente controlável.[465]

A superação da concepção de que o juízo decisório seria construído tão somente a partir de um resultado lógico e imediato do raciocínio silogístico, ou seja, sem a influência de qualquer elemento axiológico, contribuiu para que, a partir década de 1950, se desenvolvessem algumas teorias no campo da argumentação jurídica com objetivo de questionar e demonstrar a possibilidade e a validade de uma fundamentação racional do discurso, através da estipulação de algumas regras e formas.

Dentre tais teorias, cujo aprofundamento extrapolaria os limites deste estudo, destacam-se aquelas formuladas por Chaïm Perelman[466] e Robert Alexy[467], as quais, embora possuam fundamentos diversos, partem da mesma premissa, isto é, a importância de se ter uma decisão racionalmente motivada.

Ambos os filósofos mencionados se assentam em uma perspectiva pós-positivista, pois reconhecem a importância dos princípios no ordenamento jurídico, bem como a influência dos

[465] TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 370.
[466] Cf. PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica.* Nova Retórica. Trad. Vergínia K. Pupi, 2.ed., 2ª tir., São Paulo, Martins Fontes, 2010, passim.
[467] Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Editora Landy, 2001, passim.

juízos de valor no campo do direito.[468] Contudo, enquanto Perelman[469], no reconhecimento desses princípios, remonta à retórica aristotélica, para, a partir desta base, elaborar a sua teoria da argumentação, também conhecida como "nova retórica", Alexy busca em Kant a base de uma teoria da argumentação calcada em procedimentos práticos.[470]

Chaïm Perelman sustenta que o raciocínio do juiz não tem natureza lógico-demonstrativa, mas retórico-argumentativa[471], pois as argumentações jurídicas, diferentemente das lógicas, não se ajustam ao modelo de premissas verdadeiras ou falsas, já que decorrem de discurso argumentativo em face do auditório que se pretende convencer, de modo que o raciocínio realizado para a elaboração de decisões judiciais sustenta-se em outros parâmetros.[472]

O mesmo autor introduz o conceito de auditório universal, "constituído por toda humanidade ou ao menos por todos os homens adultos e normais", como critério de verificação da racionalidade da argumentação, sendo que, em relação às decisões judiciais, devem ser satisfeitos três auditórios distintos, isto é, as partes em litígio, os profissionais do direito e, por fim, a opinião pública.[473] Assim, uma decisão aceitável apenas para as partes pode ser

---

[468] Ao sustentar que a jurisprudência contemporânea não pode passar sem julgamentos ou juízos de valor, Robert Alexy, com apoio em outros autores, escreve que: "Assim, larenz fala do 'conhecimento de que a aplicação da lei não se esgota num processo de *subordinação*, porém antes requer um amplo alcance de julgamentos de valor da parte de quem aplica a lei'. A opinião de Müller é de que 'uma jurisprudência de decisões ou julgamentos de valor...não seria prática nem real'; Esser constata que 'os julgamentos de valor... tem significado central em todas decisões sofrivelmente problemáticas', Kriele chega à conclusão de que 'simplesmente não é possível fugir do elemento normativo-teleológico e dos elementos políticos inerentes a cada interpretação' e Engish reconhece que 'hoje as próprias leis em todos os ramos do direito (são) construídas de tal forma que os juízes e administradores não só têm de tomar sua decisão e justificá-la simplesmente subordinando-a a conceitos jurídicos estáveis, cujo conteúdo por certo é desenvolvido através da interpretação, mas também são chamados a se tornar independentes, a decidir e decretar de vez em quando de acordo com a lei'" (*Teoria da argumentação jurídica*. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Editora Landy, p.20, grifo nosso).

[469] Cf. *Lógica Jurídica.* Nova Retórica, trad. Vergínia K. Pupi, 2.ed., 2ª tir., São Paulo, Martins Fontes, 2010, p. 238.

[470] FLORES, Tatiana Pollo. Persuação e Administração: possíveis conexões entre os paradigmas argumentativo e regulatótio na reforma do Estado Brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2003, p. 53. Disponível em: <http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0115455_03_cap_02.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2017.

[471] A retórica é a arte de persuadir ou de convencer pelo discurso. O que caracteriza o ponto de vista retórico é a preocupação relativa às opiniões e valores do auditório a que se dirige o orador e, mais precisamente, referente à intensidade de adesão desse auditório. Perelman, ao ressaltar a importância dos estudos retóricos e argumentativos para a filosofia e o direito, escreve que "A racionalidade da teoria da argumentação, a qual não dissocia a forma do fundo do discurso, e que considera a variedade dos auditórios, exige a adaptação do discurso aos efeitos procurados no auditório do qual se pretende obter a adesão. A organização do discurso será concebida em função desta adesão; e assim também a escolha e a apresentação dos argumentos, a amplitude e a ordem da argumentação. A teoria da argumentação, desenvolvida na retórica antiga que conheceu um grande sucesso no Renascimento, sofreu um declínio a partir do século XVII, sob a influência das teses do racionalismo e do empirismo. A importância dada, no século XX, à filosofia da linguagem e à filosofia dos valores contribuiu para o renascimento da teoria da argumentação, cujos efeitos se revelam especialmente relevantes na renovação do estudo do raciocínio jurídico e filosófico" (1987:264)

[472] Cf. NAGAO, Paulo Issamu. *O papel do Juiz na Efetividade do Processo Civil Contemporâneo*: de acordo com o CPC/2015 e a Lei 13.256, de 4.2.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 227.

[473] Cf. PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica. Nova Retórica*. Trad. Vergínia K. Pupi, 2.ed., 2ª tir., São Paulo, Martins Fontes, 2010, p. 178.

juridicamente e socialmente inaceitável; uma decisão que é apenas juridicamente e tecnicamente fundamentada pode socialmente inaceitável e ineficaz para as partes; e uma decisão que conta com a aceitação social e o apoio da opinião pública pode ser juridicamente insustentável, cabendo, pois, ao juiz a tarefa de realizar esse equilíbrio.[474] Ou seja, para Perelman "motivar é justificar a decisão tomada, fornecendo uma argumentação convincente, indicando a legitimidade das escolhas feitas pelo juiz. É esta justificação (...) que deve convencer as partes de que a sentença não resulta de uma tomada de posição arbitrária".[475]

Segundo o mesmo autor, a paz judicial somente se estabelece definitivamente quando a solução, a mais aceitável socialmente, é acompanhada de uma argumentação jurídica suficientemente sólida e a sua busca incessante, por obra da doutrina e da jurisprudência, é que favoreceria a evolução do direito. Enfim, o dever de decisão e de fundamentação atribuído ao juiz, não se faz apenas em conformidade com as disposições legais, pelos simples critérios da lógica formal, uma vez que a motivação de uma decisão "constitui um elemento essencial na constituição do saber jurídico".[476]

Enfim, Perelman, ao rejeitar o modelo silogístico de raciocínio jurídico, defende que a argumentação jurídica não deve se limitar ao texto legal, nem confiar apenas no senso de justiça do juiz. Ao invés disso, deve estar apoiada em justificações formais ou internas (decorrentes da lei e do sistema jurídico em vigor) e também em justificações materiais ou externas (assentadas naquilo que é socialmente aceitável e razoável)[477].

Sustenta, ainda, que a razoabilidade ou aceitabilidade social é um valor muito mais importante para o direito do que a verdade ou a coerência lógica, de modo que, perante um direito em constante atualização, é preciso conceder ao juiz um poder criativo e normativo complementar, que deve, todavia, ser utilizado de forma justificada, socialmente e juridicamente convincente. [478]

---

[474] Cf. ALVES, Marco Antônio Sousa. A nova retórica de Chaïm Perelman: considerações sobre a racionalidade, a tensão decisionismo/legalismo e o Estado Democrático de Direito. Trabalho apresentado no *Seminário Teoria da Argumentação e Nova Retórica*, PUC-MG, Belo Horizonte, 2009, p. 11-12.

[475] PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*: nova retórica. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 222.

[476] PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*: nova retórica. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998 citado por NAGAO, Paulo Issamu. *O papel do Juiz na Efetividade do Processo Civil Contemporâneo*: de acordo com o CPC/2015 e a Lei 13.256, de 4.2.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 228.

[477] Para Perelman, "O direito se desenvolve equilibrando uma dupla exigência, uma de ordem sistemática, a elaboração de uma ordem jurídica coerente, a outra, de ordem pragmática, a busca de soluções aceitáveis pelo meio, porque conformes ao que lhe parece justo e razoável". (*Lógica Jurídica:* nova retórica. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 238.)

[478] Cf. ALVES, Marco Antônio Sousa. A nova retórica de Chaïm Perelman: considerações sobre a racionalidade, a tensão decisionismo/legalismo e o Estado Democrático de Direito. Trabalho apresentado no *Seminário Teoria da Argumentação e Nova Retórica*, PUC-MG, Belo Horizonte, 2009, p. 12.

Robert Alexy, por sua vez, parte da teoria do discurso prático para desenvolver uma teoria do discurso jurídico, constituindo este em um caso especial daquele, já que, segundo ele, em ambos há a pretensão de correção das proposições normativas introduzidas no discurso, mas o último, resumidamente, é restrito em seu objetivo pela legislação, pelos precedentes e pela dogmática legal[479]. Parte-se do paradigma de que uma decisão pode ser considerada correta ou verdadeira se puder ser o resultado do procedimento proposto, que consiste na elaboração de regras para o discurso, as quais podem ser de diversos tipos e visam garantir a universalização, a clareza, a preferência, a consideração de consequências etc.

Alexy oferece o esboço do que ele próprio chamou de código de razão prática, o qual seria "uma sinopse e uma formulação explícita de todas as regras e formas de argumentação prática racional"[480], sendo que as quatro primeiras, que ele chama de regras básicas, são apresentadas como uma "condição prévia da possibilidade de toda comunicação linguística (sic) que dá origem a qualquer questão sobre a verdade ou a correção"[481] e podem ser sintetizadas da seguinte forma:

1. Nenhum orador pode se contradizer;
2. Todo orador só pode afirmar aquilo em crê;
3. Todo orador que aplique um predicado F a um objeto A, tem de estar preparado para aplicar F a todo outro objeto que seja semelhante a A em todos os aspectos importantes;
4. Diferentes oradores não podem usar a mesma expressão com diferentes significados.[482]

Tais regras básicas conduzem à conclusão de que um discurso racional precisa ser sempre sincero, baseado em uma linguagem unívoca e pautado por uma consistência lógica.

No que tange à argumentação jurídica, Alexy emprega o termo "justificação" como sinônimo de "fundamentação", distinguindo "justificação interna" de "justificação externa".

A justificação interna, ou de primeiro nível, refere-se à estrutura silogística para aplicação de uma determinada norma a um caso concreto e fundamenta-se na exigência de "coerência" entre as premissas e a conclusão, visto que esse é o mínimo imperativo de

[479] Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Editora Landy, 2001, p. 29.
[480] ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Editora Landy, 2001, p. 186.
[481] A ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Editora Landy, 2001, p. 187.
[482] Ensaio disponível em: http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-juridica#topo

racionalidade. Refere-se, pois, à lógica interna da decisão, ou seja, investiga-se se a decisão judicial é uma conclusão lógica a partir das premissas dadas, as quais podem ser classificadas em regras de direito positivo; proposições empíricas; e premissas que não são nem proposições empíricas, nem regras de direito positivo.

De outro lado, a justificação externa, ou de segundo nível, refere-se à argumentação utilizada para justificar a escolha das premissas que fundamentam a decisão, ou seja, diz respeito à fundamentação das premissas usadas na justificação externa. Os métodos diversos de justificação externa variam conforme a categoria das premissas utilizadas.

Alexy concentra sua atenção sobre a terceira modalidade de premissas, ou seja, aquelas que não são nem proposições empíricas, nem regras de direito positivo, sustentando que elas poderiam ser justificadas por seis grupos de formas argumentativas, quais sejam: a interpretação; a argumentação dogmática; o emprego dos precedentes; a argumentação empírica; e as "formas jurídicas argumentativas especiais" [483].

Assim, para o referido autor, somente seria possível dizer que uma decisão é racional e legitimamente fundamentada após se perquirir analiticamente sobre sua justificação interna e externa. Quanto à justificação interna deve ser possível identificar todas as premissas em que o juiz se baseou e inferir logicamente delas a decisão, evitando-falácias e omissões, para que se possa, após, investigar a sua legitimidade. Quanto à justificação externa, que pode ser considerada o campo mais próprio da argumentação jurídica e do discurso jurídico, todas as premissas devem ser fundamentadas, através dos precedentes judiciais, da dogmática, das formas de argumento especificamente jurídicas etc.[484]

A despeito das críticas que possam ser atribuídas às teorias acima, não há que se olvidar da relevante contribuição que elas tiveram para o desenvolvimento dos estudos acerca da racionalidade da motivação das decisões judiciais, sobretudo por tentarem introduzir critérios objetivos para aferição desta última.

Aliás, especialmente no que tange ao objeto deste trabalho, que se volta à pesquisa em torno da indefinição dos conceitos de dano social e de dano moral coletivo na jurisprudência pátria, não obstante as matrizes das teorias analisadas sejam diferentes, é possível admitir-se aplicação, basicamente, de duas de suas premissas, uma vez que ambas convergem para um denominador comum. A primeira diz respeito a uma das regras básicas da argumentação

---

[483] ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Editora Landy, 2001, p. 182-183.
[484] Cf. LEITE, André Ferreira de. Fundamentação da Decisão Judicial: Justificação Interna e Externa. *Revista do CAAP*, vol. 2, Belo Horizonte, jul-dez 2009, p. 16.

racional prática sugerida por Alexy, segundo a qual "diferentes oradores não podem usar a mesma expressão com diferentes significados" e a segunda integra a concepção proposta por Perelman de que a racionalidade do discurso jurídico depende da razoabilidade e da aceitabilidade social da decisão, a qual deve estar apoiada em justificações formais (decorrentes da lei e do sistema jurídico em vigor) e também em justificações materiais (assentadas naquilo que é socialmente aceitável e razoável).

Tais premissas evidenciam a importância da linguagem unívoca no raciocínio jurídico e reforçam a necessidade de construção de um conceito de dano social que, apoiado no ordenamento jurídico (regras e princípios), assegure a racionalidade da motivação e, consequentemente, a previsibilidade e a controlabilidade das decisões judiciais, pressupostos do Estado Democrático de Direito[485].

Em arremate, considerando que o raciocínio jurídico não se apresenta como uma lógica formal, mas como uma "uma argumentação que depende do modo como os legisladores e os juízes concebem sua missão e da ideia que têm do direito e de seu funcionamento da sociedade", e diante da impossibilidade de se adentrar com profundidade nas teorias da argumentação, cumpre trazer uma síntese daqueles que podem ser considerados como parâmetros mínimos de controle da racionalidade das decisões judiciais:

1. A argumentação deve basear-se em fundamentos normativos, inclusive implícitos, já que o intérprete não pode se valer apenas da preferência pessoal na realização da justiça;
2. A argumentação deve ser explicitamente apresentada, ou seja, a decisão judicial deve ser motivada suficientemente, sobretudo se adotada a técnica da ponderação;
3. A argumentação deve observar os princípios aplicáveis.[486]

### 3.5 Conceitos indeterminados e cláusulas gerais

[485] Luigi Ferrajoli, em obra que versa sobre matéria penal, mas que trata de fundamentos aplicáveis a sentenças em geral, reforça que "É por força da motivação que as decisões judiciárias resultam apoiadas, e portanto, legitimadas, por asserções, enquanto tais verificáveis e falsificáveis ainda que de forma apropriada; que a validade das sentenças resulta condicionada à "verdade", ainda que relativa, de seus argumentos; que, por fim, o poder jurisdicional não é "poder desumano" puramente protestativo da justiça de cádi, mas fundado no "saber", ainda que só opinativo e provável, mas exatamente por isso refutável e controlável tanto pelo imputado e sua defesa como pela sociedade. Enquanto assegura o controle da legalidade e do nexo entre o convencimento e provas, a motivação carrega também o valor "endoprocessual" de garantia de defesa e o valor "extraprocessual" de garantia de publicidade. E pode ser, portanto, considerado o principal parâmetro tanto na legitimação interna ou jurídica quanto da externa ou democrática da função judiciária" (*Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 497.)

[486] Cf. NAGAO, Paulo Issamu. *O papel do Juiz na Efetividade do Processo Civil Contemporâneo:* de acordo com o CPC/2015 e a Lei 13.256, de 4.2.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 229.

Conforme já analisado, o papel do juiz na atualidade não se resume mais à identificação da norma aplicável ao caso concreto e à revelação do sentido nela contido, haja vista que a necessidade de se atribuir sentido às normas jurídicas com feição predominantemente aberta e que utilizam de termos fluidos ou indeterminados, como, por exemplo, "função social", "boa-fé", "segurança jurídica", "dignidade humana", "dano moral" etc[487], reforça a sua função criativa e, muitas vezes, atribui-lhe a função de coparticipante do processo de criação do Direito, o que exige uma motivação composta de argumentos sólidos, racionais e fundados no próprio ordenamento jurídico, uma vez que "quanto maior a indeterminação do conceito legal, mais relevada e delicada se apresenta a função jurisdicional"[488].

Referida técnica legislativa, que não é comum no âmbito do direito penal e tributário em razão do legalismo estrito que rege tais áreas, é decorrência da própria evolução da sociedade e exige a construção de um novo caminho hermenêutico a fim de se adequar os conceitos e institutos clássicos aos modernos anseios sociais.

Cumpre esclarecer, inicialmente, que, a despeito da crítica de Eros Roberto Grau no sentido de que não existem "conceitos indeterminados", uma vez que a noção de indeterminação não seria atributo dos conceitos (ideias universais), mas de suas expressões (termos)[489], optou-se, neste trabalho, por utilizar ambas as designações ("conceitos indeterminados" e "termos indeterminados") indistintamente, uma vez que se trata de terminologia amplamente utilizada na doutrina, cujo emprego não acarreta qualquer prejuízo à análise científica da questão.

No universo das normas de conteúdo fluido, a doutrina costuma distinguir os "conceitos indeterminados" das chamadas "cláusulas gerais"[490].

Nesse contexto, caracterizam-se como conceitos jurídicos indeterminados aqueles que manifestam vaguidade, não sendo possível, de antemão, determinar-lhes a extensão

---

[487] O CPC/2015 também trouxe vários dispositivos legais contendo termos abertos, vagos ou indeterminados, como, por exemplo, "má-fé" (art. 702, §§10 11), "dano irreparável" (arts. 314 e 989, II), "manifesto risco de grave dano de difícil ou incerta reparação" (art. 521, parágrafo único) etc.

[488] NAGAO, Paulo Issamu. *O papel do Juiz na Efetividade do Processo Civil Contemporâneo:* de acordo com o CPC/2015 e a Lei 13.256, de 4.2.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 265

[489] Cf. *Por que tenho medo dos Juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 8. Ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 159.

[490] Em sentido contrário, Jorge Tosta escreve que a distinção entre as cláusulas gerais e os conceitos vagos ou indeterminados é tênue a ponto de que poderiam ser utilizados como expressões equivalentes, tendo em vista que também na concreção judicial de uma cláusula geral se recorre ao processo integrativo-interpretativo-subsuntivo, que não resulte de parecer pessoal do órgão aplicador do Direito. (Cf. Manual de interpretação do Código Civil: as normas de tipo aberto e os poderes do juiz. Rio de Janeiro, Elsevier, 2008, p. 46-47, citado por NAGAO, Paulo Issamu. *O papel do Juiz na Efetividade do Processo Civil Contemporâneo:* de acordo com o CPC/2015 e a Lei 13.256, de 4.2.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 221.)

denotativa[491], enquanto que as cláusulas gerais consistem em enunciados normativos com o conteúdo propositalmente indeterminado e que têm o intuito de propiciar uma adaptação entre o sistema jurídico calcado em normas de conteúdo rígido e uma realidade cambiante a requerer respostas mais ágeis para a solução dos conflitos sociais.[492]

Em ambas as situações de indeterminação o caminho interpretativo do magistrado é o mesmo, pois terá que primeiro preencher um espaço valorativo para, posteriormente, aplicar a consequência jurídica que decorre da integração. A diferença, contudo, reside no fato de que, na cláusula geral, o julgador, através de um maior esforço intelectivo, além de preencher o vácuo que corresponde a um termo jurídico indeterminado, é compelido também a fixar a consequência jurídica correlata, enquanto que, no conceito jurídico indeterminado, após efetuar o preenchimento valorativo, já estará apto a julgar de acordo com a consequência previamente estipulada em texto legal[493-494]. Em outras palavras, preenchido o conteúdo valorativo das enunciações abstratas pelo juiz, este decidirá de acordo com a consequência estabelecida pela lei (conceito legal indeterminado) ou construirá a solução que lhe parecer mais adequada para o caso concreto (cláusula geral).

Referido incremento na atuação judicial, que tem como objetivo primordial a adequação do arcabouço jurídico às modernas exigências sociais (o que se dá através da utilização de novos métodos de interpretação e da integração de lacunas deixadas pelo legislador), não raras vezes, resulta na releitura de institutos jurídico clássicos, bem como na reinterpretação de normas sobre as quais já havia entendimento consolidado, o que pode conduzir, inclusive, à compreensão e aplicação delas em sentido diametralmente oposto, a depender do contexto histórico em que a decisão judicial se insere.

A título de exemplo, é possível destacar a importante virada jurisprudencial ocorrida recentemente no Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC 126.292 (Rel.

---

[491] Cf. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*: Técnica, Decisão e Dominação. São Paulo: Malheiros, 2005, p.07.

[492] Cf. JORGE JR, Alberto Gosson. *Cláusulas Gerais e o novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.17.

[493] Cf. DOURADO, Sabrina. As cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados desafios do poder judiciário em face do moderno processo civil brasileiro. *Jusbrasil*, 14 jul. 2017. Disponível em: <https://sabrinadourado1302.jusbrasil.com.br/artigos/121935831/as-clausulas-gerais-e-os-conceitos-juridicos-indeterminados-desafios-do-poder-judiciario-em-face-do-moderno-processo-civil-brasileiro>. Acesso em: 10 mar. 2017.

[494] "[...] a diferença entre os conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais consiste na posição de cada um na estrutura da norma. Os conceitos jurídicos indeterminados alocam-se no antecedente da norma, descrevendo hipóteses para a incidência da norma. As cláusulas gerais, por sua vez, residem no conseqüente da norma, pois a solução a ser dada para o caso concreto que se ajusta ao antecedente da norma não é rigidamente conferida pelo sistema, devendo ser moldada pelo magistrado, conforme as exigências do caso concreto (ROSADO, Marcelo da Rocha. Alguns aspectos relevantes da usucapião e da expropriação privada, p. 415-419. In: MAZZEI, Rodrigo Reis. *Questões processuais do novo código civil.* Espírito Santo: Instituto Capixaba de Estudos, 2006, p. 417).

Min. Teori Zavascki), em 17.02.2016, que alterou o entendimento que vigorava desde 2009 no sentido de que o art. 5º, LVII, da Constituição, que consagra o princípio da presunção de inocência, impedia a execução da pena antes do trânsito em julgado da decisão. De acordo com o novo entendimento, a Corte decidiu no sentido de que a execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição e antes do trânsito em julgado não ofende o princípio da presunção de inocência, uma vez que, como destacado no voto do Min. Luís Roberto Barroso, após a condenação em segundo grau, o peso deste princípio é superado pela necessidade de efetividade da persecução penal, que protege bens jurídicos valiosos para o ordenamento constitucional, como a vida, a propriedade, a integridade física das pessoas e a probidade administrativa. [495]

De outra parte, no que tange à construção de conceitos pela jurisprudência, com objetivo de regular situações jurídicas ainda não expressamente abrangidas na legislação, é possível mencionar o instituto da terceirização, que, antes de ser regulamentado pela Lei n. 13.429/2017, teve seus contornos delineados através da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho[496].

Por fim, é possível trazer como exemplo a construção jurisprudencial, fruto de uma interpretação teleológica[497], do conceito de domicílio eleitoral, que, a despeito de estar previsto nos artigos 42 e 55 do Código Eleitoral, foi objeto de interpretação extensiva[498] pelo Tribunal Superior Eleitoral, o qual passou a admitir que, além de residência ou moradia habitual,

---

[495] Disponível em: http://s.conjur.com.br/dl/retrospectiva-barroso-2016-parte.pdf

[496] Súmula nº 331 do TST - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011
I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).
II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).
III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.
IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.
V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.
VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

[497] A interpretação teleológica concentra suas preocupações no fim a que a norma se dirige.

[498] Na interpretação extensiva, o intérprete alargará o campo de incidência da norma, em relação aos seus termos, por constatar que o legislador se utilizou deles com impropriedade, dizendo menos do que queria afirmar (cf. NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 33. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 270).

configuraria o domicílio eleitoral a existência de vínculos patrimoniais, profissionais, familiares ou comunitários entre o eleitor e determinado Município, ainda que o eleitor não resida, de fato, nele.[499]

No campo da responsabilidade civil, a necessidade de releitura interpretativa dos conceitos e pressupostos clássicos se torna ainda mais evidente, haja vista que a evolução da sociedade e do seu potencial lesivo culminaram na expansão dos danos indenizáveis e na "erosão dos filtros tradicionais da reparação"[500], papel que tem sido desempenhado primordialmente pela jurisprudência que, premida pelas necessidades impostas pela realidade social, visa suprir o atraso da doutrina e da legislação sobre a matéria, conforme será abordado adiante nesta pesquisa.

### 3.6 Requisitos mínimos da motivação

A adoção de um sistema jurídico aberto, composto por normas de conteúdo flexível, exige o aprimoramento da função criativa do juiz, a qual, como já ressaltado, conquanto assegure certa margem de liberdade ao julgador, deve ater-se aos limites do ordenamento jurídico e, ainda, ser capaz de promover a segurança jurídica, representada pela estabilidade e previsibilidade do direito, o que somente é possível através de uma jurisprudência coerente, homogênea e estável, que proporcione ao indivíduo condições de saber como deve compreender a legislação para que possa moldar a sua vida confiando que o entendimento jurídico que pautou suas condutas não será abruptamente mudado ou ignorado.[501]

Tal exigência, aliás, foi expressamente acolhida pelo CPC/215 que, em seu art. 927, §4º impõe a necessidade de "fundamentação adequada e específica" para modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivo, "considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia".

Importante salientar, ainda, que o princípio do livre convencimento motivado, a despeito da discussão acerca da sua aplicação após a alteração redacional do novo CPC, está ligado ao convencimento fático do magistrado, e não ao jurídico, uma vez que a aplicação do direito não comporta convencimento, mas interpretação. Sendo assim, a motivação das decisões judiciais pressupõe a universalidade de suas razões jurídicas, ainda que se trate de conceitos

---

[499] Recurso Especial Eleitoral nº 16397-AL, rel. Min. Jacy Garcia Vieira, em 29.08.2000, DJ de 09.03.2001.
[500] Expressão utilizada por Anderson Schreiber para designar o fenômeno consistente na perda da importância da prova da culpa e do nexo causal nas ações de ressarcimento. (Cf. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*: da erosão dos filtros de reparação à diluição de novos danos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 11.)
[501] Cf. LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016, p. 262

abertos ou indeterminados, uma vez que estes decorrem de normas jurídicas positivadas universais[502].

Daí a importância de uma motivação racional, elaborada a partir de premissas claras, concretas e coerentes.

A motivação possui uma dimensão interna, relativa à atividade subsuntiva do julgador de encaixar os fatos à norma (nexo fato-direito), e principalmente uma dimensão externa, consubstanciada na justificativa apresentada para a escolha de alguns fundamentos, de alguns fatos, em detrimento de outros.

Dessa forma, o dever de fundamentação abrange

> [...] o dever de fazer referência aos pressupostos fixados na lei, devendo o julgador mostrar concretamente que no seu entender se verificam na realidade as circunstâncias que correspondem ao quadro normativo, explicitando, inclusive as considerações em que se baseia para qualificar essas circunstâncias em termos de subsumi-las nos pressupostos abstratamente definidos (justificação externa); e também o dever de desenvolver uma cadeia argumentativa coerente a desencadear na decisão (justificação interna).[503]

De acordo com o art. 489 do CPC/2015, a motivação, assim entendida como a exposição dos fundamentos de fato e de direito da decisão, ao lado do relatório e do dispositivo, constitui elemento essencial da sentença.

No que tange aos requisitos formais mínimos da motivação, a leitura do art. 1022 do CPC/2015, que trata sobre as hipóteses de cabimento dos embargos de declaração, quais sejam a obscuridade, a contradição, a omissão e o erro material, permite extrair que eles consistem, basicamente, na clareza, na coerência e na completude[504].

Tais requisitos, aliás, são complementados pelo art. 489, §1º do CPC/2015, que traz em seus incisos as hipóteses em que a decisão não se considera fundamentada e, especialmente em seu inciso IV, reforça o dever de completude ao exigir que o juiz enfrente todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a decisão proferida.

---

[502] Cf. LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016, p. 371.

[503] AMARAL, Jasson Hibner. Considerações acerca do dever de fundamentação das decisões: a legitimidade democrática argumentativa do Poder Judiciário no Estado democrático de direito brasileiro. *Jus Navegandi*. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/8248/consideracoes-acerca-do-dever-de-fundamentacao-das-decisoes. Acesso em: 09 maio. 2016.

[504] Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:
I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;
II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;
III - corrigir erro material. (...)

No que diz respeito especificamente às razões jurídicas, deve-se acrescentar, ainda, o requisito da universalidade, sobretudo pela importância que os precedentes judiciais passaram a ter no sistema jurídico brasileiro com a entrada em vigor do novo CPC.[505]

Quanto ao requisito da **clareza**, é imperioso que a motivação seja pautada por uma linguagem simples e acessível, que permita às partes, aos operadores do direito e à sociedade em geral o perfeito entendimento e compreensão da solução dada ao litígio, bem como das premissas sobre as quais se fundou a decisão, o que, aliás, é imprescindível para que a motivação cumpra as suas funções endo e extraprocessuais.

Para tanto, a motivação deve ser **objetiva**, ou seja, deve fixar-se no pontos e questões principais do processo, evitando divagações desnecessárias e supérfluas que, ao final, visam apenas esconder uma motivação deficitária e frágil sob o ponto de vista racional. Nesse ponto, aliás, relevam-se criticáveis as decisões cuja motivação é constituída por considerações genéricas, argumentos retóricos[506] e citações doutrinárias ou jurisprudenciais completamente impertinentes ou irrelevantes ao caso *sub judice*.

Nesse particular, deve-se evitar a chamada "manipulação semântica", consistente na utilização de argumentos e expressões meramente retóricas, desprovidas de conteúdo substancial e que se prestam apenas para impedir o efetivo controle da atividade jurisdicional.

Também neste ponto é importante tratar, ainda que brevemente, da distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, uma vez que, no sistema do *common law*, do qual o ordenamento jurídico pátrio tem se aproximado, sobretudo com a valorização dos precedentes no CPC/2015, somente a primeira possui eficácia vinculante, embora o segundo possa, em alguns casos, apresentar eficácia persuasiva.[507]

Ambos são partes integrantes do precedente, sendo que a *ratio decidendi* (ou *holding)* é o fundamento da decisão, enquanto *obiter dicta* (ou, no singular, *obiter dictum*), são as considerações que, embora possam ser úteis para a compreensão da decisão, não constituem parte de seu fundamento jurídico, ou seja, "fazem parte de uma argumentação jurídico-retórica acessória, formulada para reforçar ulteriormente uma premissa qualquer de um silogismo judicial"[508].

---

[505] Cf. LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016, p. 225.

[506] Neste ponto, utiliza-se a designação "retórico" em sua concepção pejorativa, isto é, como o "uso de mecanismos contundentes e ostentosos para ludibriar ou vangloriar-se; discurso enfadonho e vazio". Cf. Dicio – Dicionário *on line* de Português. Disponível em: https://www.dicio.com.br

[507] Cf. LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016, p. 293.

[508] LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016, p. 306.

Em outras palavras, a *ratio decidendi* é o que foi discutido, arguido e efetivamente decidido no caso anterior, enquanto que o *obter dictum* é o que se afirma na decisão, mas que não é decisivo (necessário) para o deslinde da questão.

Da conceituação acima é possível depreender-se que apenas a *ratio decidendi*, que equivale aos "fundamentos determinantes" a que se refere o art. 489, §1º, V do CPC/2015, pode servir como precedente, uma vez que somente ela integra a efetiva motivação da decisão judicial.

Nessa toada, além de clara, a motivação também deve ser moderadamente **concisa**. Deve, pois, tratar dos pontos e questões relevantes ao processo, o que abrange todos os argumentos nele deduzidos e que sejam capazes de, em tese, infirmar a sua decisão (art. 479, §1º, IV do CPC/2015), sem alongar-se demasiadamente, seja fazendo citações desnecessárias, seja explicando conceitos ou institutos básicos, cuja compreensão não demanda maior esforço intelectivo.

Além disso, a motivação também deve se revestir de **coerência**, o que pressupõe a ausência de contradições internas ou externas. Nesse particular, é importante tratar dos conceitos de justificação interna e externa, as quais dizem respeito à estrutura lógica da decisão judicial, ou seja, reputa-se que

> [...] uma decisão é internamente justificada se as suas inferências são válidas e a solidez de suas premissas não é posta à prova, constituindo um aspecto formal. A justificação externa, por sua vez, examina não apenas a validade das inferências, mas também a firmeza das premissas da decisão. O amplo alcance da justificação externa é especialmente exigido pela decisão judicial enquanto paradigma de decisão jurídica em razão dos elevados padrões a ela impostos.[509]

Por fim, a motivação deve ser **completa** sob o ponto de vista fático e jurídico.

Para Michele Taruffo, a completude da motivação não deve ser dimensionada a partir de coisas estranhas à justificação da decisão, como, por exemplo, as "razões reais" de decidir ou o iter lógico-psicológico que conduziu à formação da decisão. Para o autor, considera-se "completa" a motivação que enuncia, além das premissas e dos dados relevantes para a decisão, as regras de escolha a partir das quais a referida decisão pode ser considerada uma consequência válida dessas premissas, ou seja, os chamados "critérios de decisão".[510]

---

[509] WRÓBLEWSKI, Jerzy. Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica. (1985) Madrid: Civitas, 1988, p. 412 apud FORTES, Luiz Henrique Krassuski. *Justificação dos precedentes*: direito como planejamento, poder judiciário e motivação a partir do precedente. Dissertação (Mestrado em Direito) –Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 167.

[510] TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 374.

A motivação da sentença deve, portanto, revelar uma síntese do debate processual, com foco na indicação das razões fático-jurídicas que justificam o dispositivo e no afastamento expresso de todas as alegações da parte desfavorecida da decisão, uma vez que estas são capazes, em tese, infirmar a conclusão judicial (art. 489, §1º, IV do CPC/2015).

Ao lado do dever de completude, exige-se, ainda, a observância do dever de **concretude**, segundo o qual toda afirmação deve vir acompanhada das razões que a suportam, as quais devem versar especificamente sobre a causa em julgamento.

Referido dever, que foi expressamente acolhido pelo CPC/2015 nos parágrafos 1º e 2º do art. 489, exprime "como" a decisão deve ser motivada e impõe duas obrigações ao julgador, quais sejam: que o enfrentamento das alegações seja concreto, isto é, não lacônico, e que todas as razões apresentadas na decisão estejam amparadas em fatos e documentos constantes nos autos ou razões jurídicas extraídas do ordenamento jurídico.[511]

Michele Taruffo, por sua vez, ao tratar sobre o "conteúdo mínimo necessário da motivação", sustenta que ele compreende, em síntese: 1) a afirmação das escolhas realizadas pelo juiz a respeito da individualização das normas aplicáveis, verificação dos fatos, qualificação jurídica do caso concreto e consequências jurídicas daí derivadas; 2) o contexto dos nexos de implicação e de coerência entre os enunciados, que permitem dizer que as escolhas do juiz parecem racionalmente corretas.[512]

Ocorre que, a despeito da exigência da completude e concretude já analisadas, a prática forense, muitas vezes, releva motivações demasiadamente excessivas no plano retórico e incompletas no plano racional, ou seja, decisões "recheadas" de elementos supérfluos, citações doutrinárias e jurisprudenciais desnecessárias, com utilização de linguagem excessivamente arcaica ou rebuscada e sobrevalorização dos *obter dicta* como mecanismo para encobrir uma *ratio decidendi* desprovida de justificação racional.

Dentre os artifícios da motivação utilizados para frustrar o dever constitucional de motivar as decisões, é possível destacar a motivação *per relationem* e a motivação *aliunde*, as quais, nas palavras de Rodrigo Ramina de Lucca, consistem em "técnicas utilizadas para reduzir o 'empenho justificativo' da decisão".[513]

Em linhas gerais, ambas se tratam de reproduções de razões contidas em outro ato jurídico, que pode ou não ter sido elaborada pelo próprio órgão julgador, ou seja, são hipóteses

---

[511] Cf. LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016, p. 233.
[512] Cf. TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 387.
[513] *O dever de motivação das decisões judiciais*. Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016, p. 233.

em que o juiz não elabora uma justificação autônoma e específica para o caso, mas remete à justificação contida em outra decisão[514], "apropriando-se" de razões dadas em outro ato jurídico para motivar a decisão por ele tomada.

Não obstante alguns estudiosos costumem referir-se indistintamente à motivação *per relationem*[515], é prudente diferenciá-la da motivação *aliunde*, haja vista a possibilidade de aceitação desta última em algumas hipóteses, uma vez que somente a primeira corresponderia, em qualquer situação, à falta de motivação.

Destarte, entende-se como motivação *per relationem* aquela que utiliza razões de uma decisão do mesmo processo, enquanto a motivação *aliunde* seria aquela que busca razões produzidas em ambiente externo ao processo.

Nessa esteira, segundo Rodrigo Ramina de Lucca[516], a motivação *aliunde* somente seria aceitável desde que, e somente se, a causa:

a) Verse sobre questão exclusivamente de direito;

b) Seja análoga à que foi julgada pela decisão "apropriada";

c) Não contenha nenhuma alegação fática ou jurídica que não esteja contemplada pela decisão "apropriada".

Em tais hipóteses, seria possível a utilização da motivação *aliunde* como medida de economia e racionalidade da atividade judicial, haja vista a identidade da *ratio decidendi* da nova decisão e da decisão pretérita ("apropriada"). Tal possibilidade, aliás, encontrava-se expressamente consagrada no art. 285-A do CPC/1973.[517]

Já a motivação *per relationem* se trata de uma evidente violação ao dever de motivação, pois ainda que tribunal considere válida e correta a decisão recorrida, não lhe é dado simplesmente transcrevê-la, uma vez que, procedendo desta maneira, o acordão perde a dialeticidade necessária a todo provimento judicial.

---

[514] Cf. TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 353.

[515] José Carlos Barbosa Moreira escreve que também ocorre a motivação *per relationem*, quando se faz referência a outra peça, bem elaborada, para fundamentar a decisão, o que pode ser admitido, por economia processual, em hipóteses de rotina, mas nunca como regra, sempre como exceção. Também na invocação de jurisprudência, deve o juiz, na motivação, expor as razões pelas quais "adere ou não adere a ela", e, ainda que se trate de jurisprudência consolidada, precisa documentar a afirmação de que ela seria predominante (O que deve e o que não deve figurar na sentença, In: *Temas de direito processual* (oitava série). São Paulo: Saraiva, 2004. p. 121-122).

[516] *O dever de motivação das decisões judiciais*. Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016, p. 234.

[517] Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. (Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006)

De tudo que foi dito, é possível concluir que a motivação, como justificação racional da decisão, além de declaratória e retrospectiva[518], deve apresentar uma estrutura lógico-argumentativa que permita o cumprimento de suas funções, especialmente a perfeita compreensão e controle pelas partes e pela sociedade, tendo em conta que somente uma motivação que explicite as 'boas razões' da decisão pode ser considerada aceitável[519]. E isso somente é possível quando as razões apresentadas são claras, coerentes, concretas e, sob o ponto de vista da análise jurídica, universais, o que também é essencial para a formação dos próprios precedentes. Nesse ponto, aliás, também se mostra relevante a uniformização de expressões e conceituação de institutos, afinal disso decorre a homogeneidade das decisões, que, além de assegurar a segurança jurídica em seu duplo aspecto (previsibilidade e estabilidade), também facilita a pesquisa jurisprudencial pelos operadores de direito, bem como a utilização das decisões pretéritas como subsídio aos casos análogos.

### 3.7 A importância da motivação para a formulação de um conceito de dano social

Diante de tudo que foi exposto, não há que se olvidar que a motivação das decisões, especialmente a *ratio decidendi*, se presta para, dentro do âmbito de discricionariedade conferido ao julgador, justificar as suas escolhas e, por conseguinte, a própria criação jurisprudencial do direito. Daí decorre, inclusive, a importância conferida aos precedentes, expressamente reconhecida pelo legislador pátrio no Código de Processo Civil de 2015[520], afinal, ensina Wambier, ao se prestigiar a previsibilidade das decisões, assegurada estará a segurança jurídica do jurisdicionado, e o seu comportamento social será mais facilmente adaptado ao posicionamento dos tribunais[521].

Dessa forma, a motivação adequada, além de assegurar a previsibilidade, garante também a racionalidade, a igualdade e a efetividade do direito.

No que diz respeito ao objeto do nosso estudo, cujos contornos não são estabelecidos expressamente pelo legislador, mas decorrem de uma interpretação sistemática do

---

[518] Declaratória no sentido de que não cria o Direito, mas somente declara como o Direito regula o caso concreto e retrospectiva por fornecer o embasamento jurídico necessário à decisão tomada. (cf. LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016, p. **142.**

[519] Cf. TARUFFO, Michele. Legalidade e justificativa da criação judiciária do direito (Título original: Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto). Revista da Esmape, Recife, v. 6, n. 14, p. 431-456, jul./dez. 2001, p. 454.

[520] Vide, por exemplo, o art. 926 do CPC/2015, o qual dispõe que "Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente".

[521] Cf. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 172, ano 34, jun. 2009, p. 129.

ordenamento, a motivação assume um papel extremamente relevante, haja vista que é nesta oportunidade que o julgador analisa os aspectos fáticos da controvérsia que, em cotejo com o direito material, o conduzirão a reconhecer a procedência ou improcedência da ação. Diante disso e em face da omissão normativa, somente a análise das razões de decidir poderá permitir a extração de um conceito ou de critérios que permitam delinear os contornos daquilo que se convencionou denominar "dano social".

Ocorre, no entanto, que, em que pese a aproximação do sistema brasileiro ao do *common law*, a prática revela que os tribunais nem sempre enfrentam diretamente às questões postas em juízo, limitando-se a proferir decisões-padrão, não raras vezes dissociadas de discussões e debates mais aprofundados, circunstância que impede que a motivação cumpra de fato o papel que lhe compete.

Nesse contexto, a utilização de precedentes com o único objetivo de descongestionar o judiciário de processos, sem qualquer critério qualitativo, geralmente conduz a julgamentos diferentes para casos análogos e decisões iguais para situações diferentes, o que inviabiliza a previsibilidade das decisões e malfere a segurança jurídica, impedindo, ainda, a construção e consolidação de conceitos pela jurisprudência, haja vista a ausência de uniformidade das decisões.

Ao tratar sobre o tema, Dierle Nunes admite que "no Brasil a padronização decisória é dimensionada somente para a resolução quantitativa das demandas seriais"[522], prática que, por seu turno, é objeto de crítica por parte de Nestor Eduardo Araruna Santiago, uma vez que "a interpretação legal em conjunto com a interpretação e a aplicação de precedentes judiciais confere previsibilidade às decisões, desembocando na 'confecção do direito'[523].

Finalmente, não é demais notar que o refinamento da argumentação jurídica das decisões constitui-se um dos grandes desafios dos tempos contemporâneos e a evolução da jurisprudência no sentido de uniformizar o tratamento dispensado às novas modalidades de danos indenizáveis, tal como o dano social, depende, sobremaneira, disso.

---

[522] Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências "não compreendidas" de padronização. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 199, ano 36, set. 2011, p. 72-73.

[523] MAGALHÃES, Nestor Eduardo Araruna Santiago; MAGALHÃES, Átila de Alencar Araripe. Novo Código de Processo Civil e Função Qualitativa dos Precedentes: um Debate Necessário. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 13, n. 74, p. 78-91, set./out. 2016, p. 83.

# 4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

## 4.1 Considerações iniciais

Por se tratar de um assunto relativamente novo, o tema concernente aos danos de natureza difusa e coletiva ainda carece de uma análise aprofundada pela doutrina e pela jurisprudência.

Especialmente quanto às figuras do dano moral coletivo e do dano social, observa-se que, não obstante o esforço doutrinário para, à míngua de previsão legal específica, delinear-se os exatos contornos dos institutos, ainda paira sobre o tema um verdadeiro "descalabro conceitual", o que contribuiu para que, no campo prático, também exista grande indefinição jurisprudencial, o que se deve, sobretudo, à ausência de uma construção teórica sólida nesse particular.

Tais fatores, além de repercutirem na qualidade da motivação das decisões que reconhecem ou não os institutos acima mencionados como categorias autônomas de danos indenizáveis, também afetam diretamente a efetividade da tutela dos interesses de natureza metaindividual, surtindo, pois, efeitos, no próprio modo de agir da sociedade, haja vista a falta de decisões que possibilitem extrair um referencial comportamental.

Sendo assim, considerando a dinamicidade do direito, especialmente no campo da responsabilidade civil, propõe-se neste capítulo identificar quais critérios têm sido utilizadospela jurisprudência para reconhecer a existência do dano moral coletivo e/ou do dano social.

Para tanto, parte-se da premissa de que, ao lado da expansão qualitativa e quantitativa dos danos indenizáveis, fenômeno inevitável e irreversível diante dos avanços sociais, mostra-se também imperiosa a identificação de critérios que permitam a seleção dos interesses merecedores de tutela.

Buscar-se-á, portanto, a partir das decisões judiciais analisadas, verificar a possibilidade de se extrair um conceito único, ou distinto, para as figuras do dano moral coletivo e do dano social, ou, ainda, tentar extrair critérios que permitam a correta aferição de tais espécies de danos.[524]

Desse modo, em que pese as expressões dano moral coletivo e dano social tenham sido utilizadas como filtros de pesquisa das decisões analisadas, não está descartada a possibilidade

[524] Os critérios para seleção dos interesses merecedores de tutela já foram abordados no tópico 1.7 do capítulo 1.

de, ao final da análise, a partir dos resultados obtidos, sugerir-se a alteração das referidas denominações.

Por fim, cumpre ressaltar que a opção por estender a pesquisa às decisões da Justiça Comum (Tribunais de Justiça) e da Justiça Trabalhista (Tribunais Regionais do Trabalho) deveu-se ao fato de que as figuras do dano moral coletivo e do dano social, ainda que versem sobre temas distintos, são abordadas em ambas as esferas, de modo que a análise de decisões proferidas por Cortes de vetor principiológico distinto poderia contribuir para uma visão mais ampla sobre o assunto. A análise, contudo, tratou separadamente as decisões da Justiça Comum Estadual e da Justiça do Trabalho.

## 4.2 Mineração dos textos[525]

### *4.2.1 Análise descritiva*

A pesquisa utilizando os filtros acima mencionados obteve como resultado uma amostra total de 4.397 acórdãos, sendo 3.340 provenientes dos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, São Paulo, Rio de Janeiro e Santa Catarina, e 1.057 oriundos dos Tribunais Regionais do Trabalho da 4º e da 15ª Região, respectivamente, Rio Grande do Sul e São Paulo (interior).

É importante destacar que, para assegurar uniformidade na análise, somente foram selecionados os acórdãos proferidos em sede de recurso de apelação (para as decisões cíveis) e recurso ordinário (para as decisões trabalhistas), tendo sido excluídas as decisões criminais e interlocutórias, que não abordam o mérito da questão.

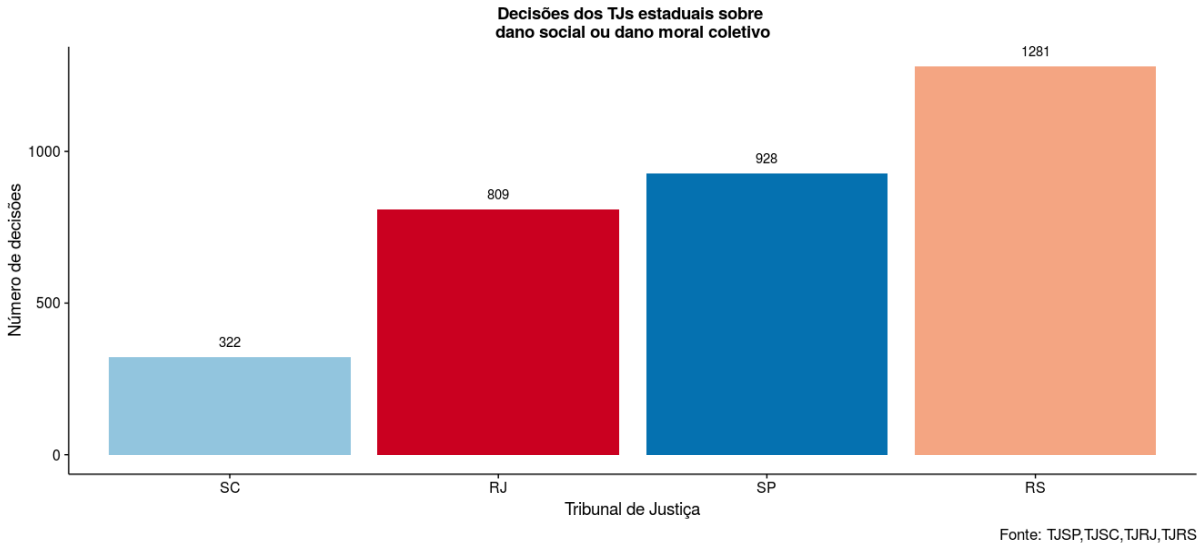
No âmbito da Justiça Comum, constatou-se que a maior número de acórdãos versando sobre dano moral coletivo e dano social encontra-se no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, como se verá adiante, revela um perfil distinto de decisões.

Já o Tribunal de Justiça de Santa Catarina apresentou número reduzido comparado com os demais estados pesquisados.

---

[525] "A Mineração de texto é um processo que utiliza algoritmos capazes de analisar coleções de documentos texto - tais como arquivos PDF, páginas Web, documentos XML e campos CLOB ou VARCHAR de tabelas relacionais - com o objetivo de extrair conhecimento valioso". (CORRÊA. Eduardo. Mineração de texto - Conceitos e aplicações práticas. *Revista SQL Magazine*, ed. 105. Disponível em: <http://www.devmedia.com.br/mineracao-de-texto-conceitos-e-aplicacoes-praticas-revista-sql-magazine-105/26328>. Acesso em: 10 Jul. 2017).
"A mineração de textos surge, então, da necessidade de se descobrir, de forma automática, informações (padrões e anomalias) em textos. [...] é um conjunto de métodos usados para navegar, organizar, achar e descobrir informações em bases de textos. Pode ser vista como uma extensão da área de *Data Mining*, focada na análise de textos. É também chamada de *Text Data Mining, Knowledge Discovery in Texts* (KDT)." (BARION, Eliana Baron. Mineração de textos. *Revista de Ciências Exatas e Tecnologia,* Anhanguera Educacional S.A., vol. III, n.3, 2008.)

Segue, abaixo, gráfico ilustrativo da distribuição das decisões entre os Tribunais de Justiça Pesquisados:




*4.2.2 Análise da rede de expressões*

Na sequência, passou-se a extrair do inteiro teor dos acórdãos as ocorrências de pares consecutivos de palavras, também conhecidos como bigramas.

Os bigramas apresentam a vantagem de indicar quais são as expressões mais comuns nos textos e, por via de consequência, quais os temas mais debatidos.

Tal procedimento foi realizado nas decisões provenientes dos Tribunais de Justiça, uma vez que, para os Tribunais Regionais do Trabalho, por se tratar de Justiça Especializada, a matéria é única, isto é, trabalhista.

O gráfico abaixo, denominado de "rede de expressões", mostra como os temas identificados estão conectados em rede.

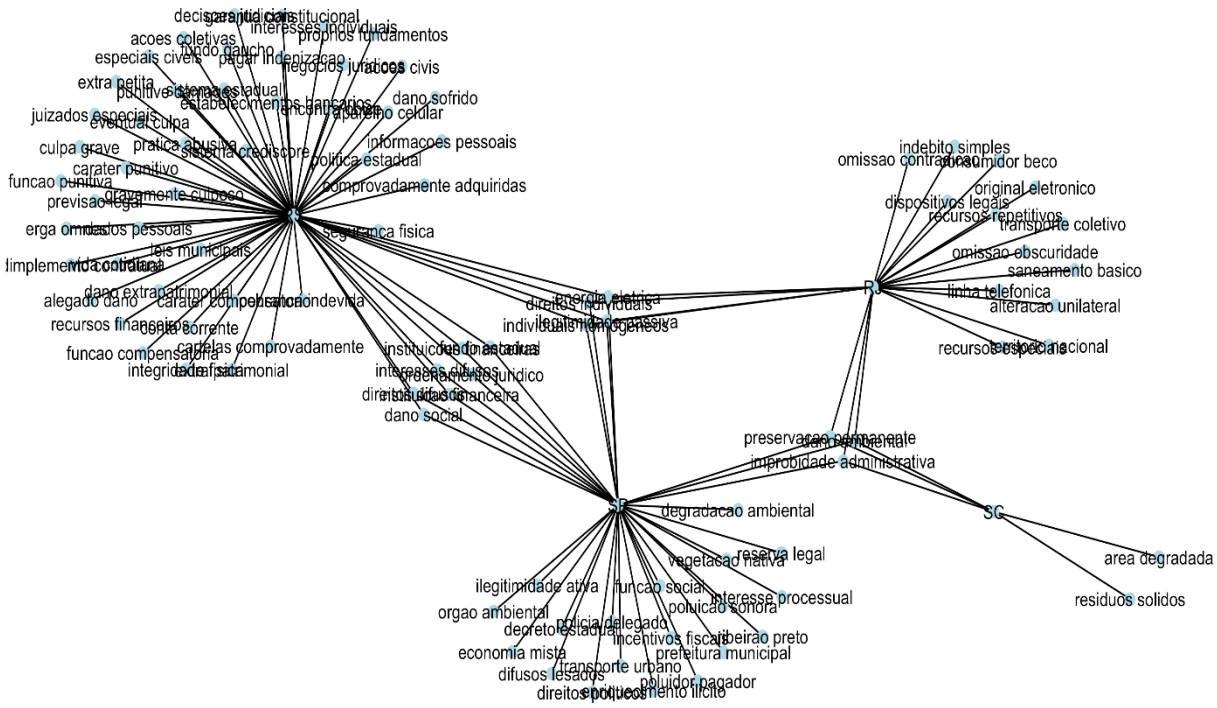
Observa-se que há quatro concentrações de expressões, sendo que a maior delas, à esquerda, representa as decisões do TJ do Rio Grande do Sul, onde se destacam os temas privados e do mercado financeiro, com algumas ações em torno da questão do patrimônio público.

Em comum com o TJ de São Paulo (concentração abaixo) e o TJ do Rio de Janeiro (concentração acima à direita), estão os temas dos direitos individuais, direitos difusos e energia elétrica.

Curiosamente, os temas debatidos no Tribunais de Justiça da região sul do país (Rio Grande do Sul e Santa Catarina) não são comuns. A questão ambiental é comum a São Paulo, Rio de Janeiro e Santa Catarina, mas é incipiente no estado do Rio Grande do Sul.

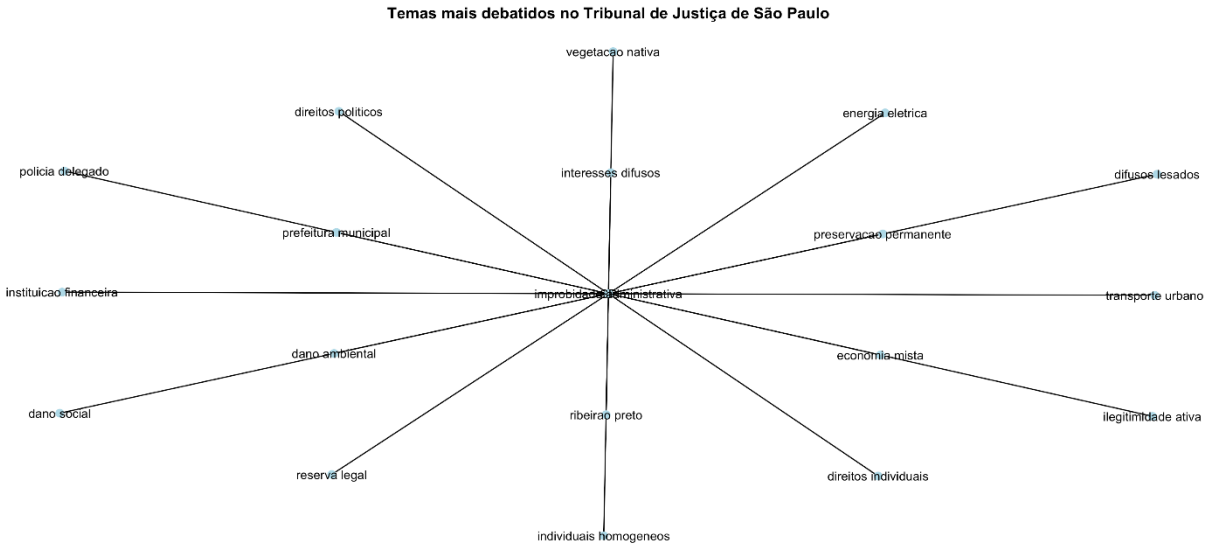
O TJ do Rio de Janeiro debateu isoladamente a questão telefônica e do saneamento básico, enquanto o TJ de São Paulo focou na degradação ambiental, na poluição sonora, no transporte coletivo e na vegetação. Ressalta-se que o município de Ribeirão Preto (SP) aparece em destaque. Isso indica que, provavelmente, houve uma forte demanda para preservação do meio ambiente nessa região.

**Rede de expressões**



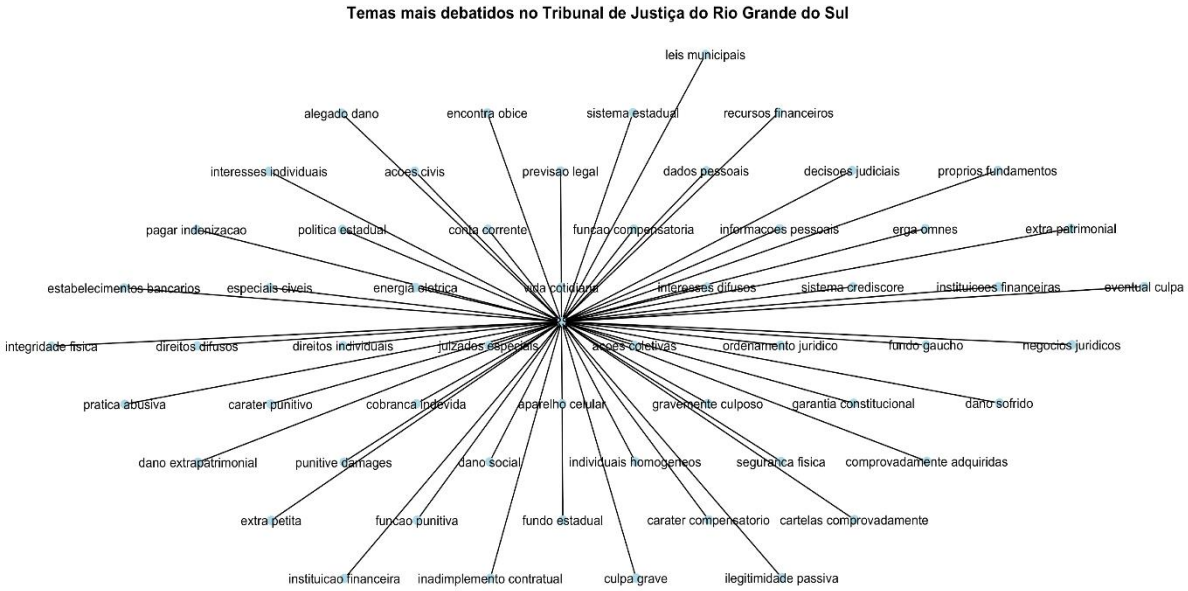

Fonte: TJ-SP, TJ-RJ, TJ-RS, TJ-SC

Considerando que a rede acima não é de fácil visualização, incluiu-se, abaixo, os gráficos de cada um dos estados. Iniciando por São Paulo, as expressões foram posicionadas conforme sua centralidade no debate. A improbidade administrativa esteve no centro do debate em São Paulo sobre dano social e dano moral coletivo.



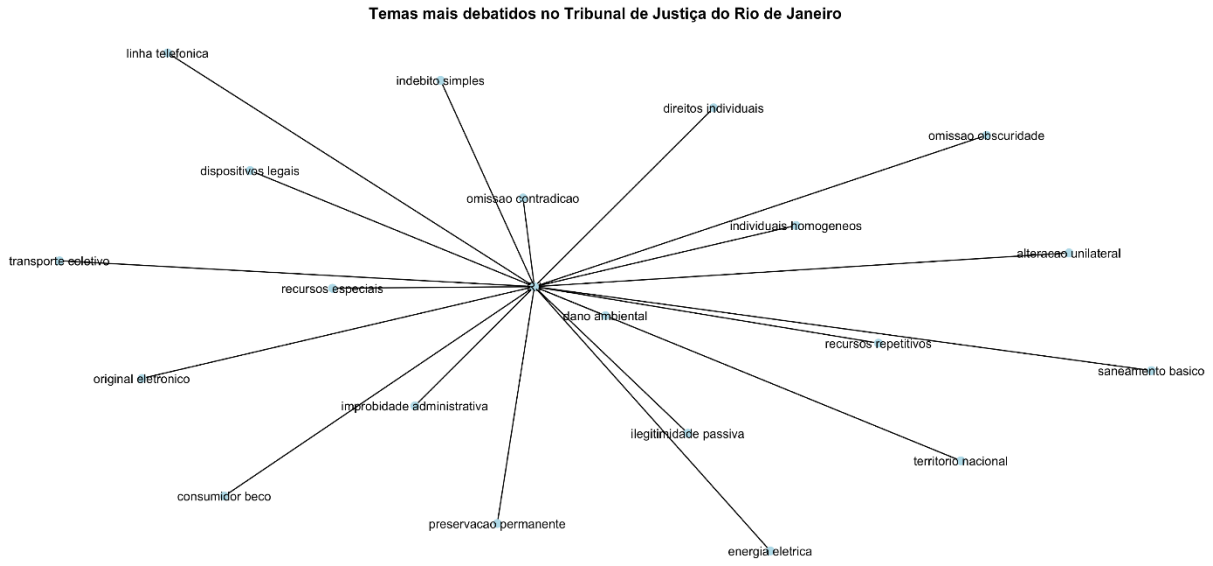

Fonte: TJ-SP, TJ-RJ, TJ-RS, TJ-SC

No Rio Grande do Sul, ainda que não se possa considerar um tema absolutamente central, o debate parece girar em torno das relações de consumo no mercado financeiro e se a condenação por dano moral coletivo ou dano social tem caráter punitivo ou não.



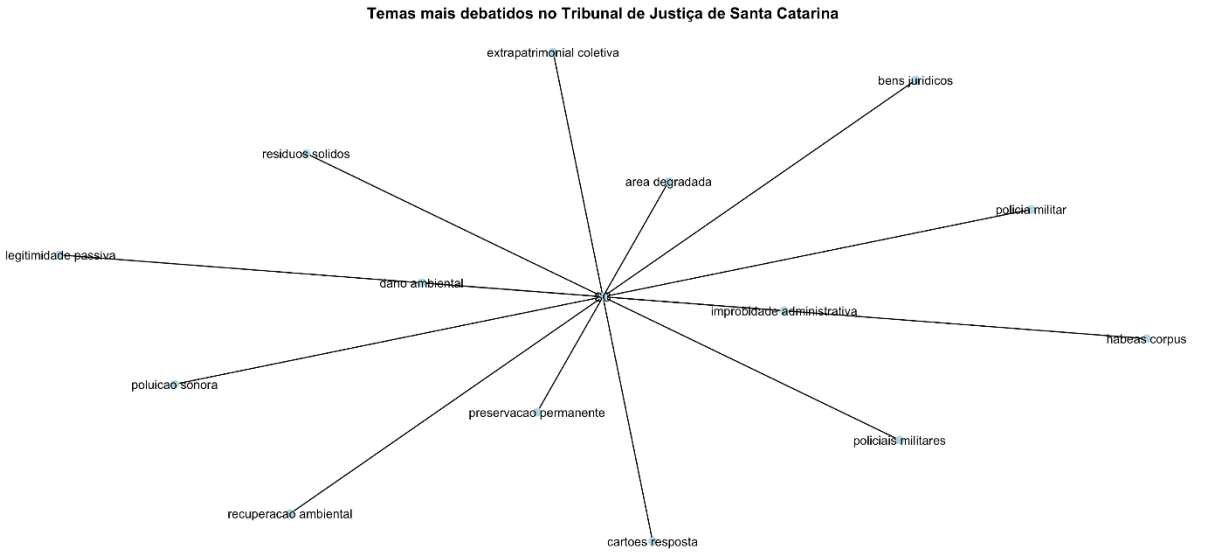

Fonte: TJ-SP, TJ-RJ, TJ-RS, TJ-SC

No Rio de Janeiro, o debate se aproxima muito do de São Paulo, com a diferença que o dano ambiental assume maior centralidade que a improbidade administrativa. Temas como transporte urbano e energia elétrica parecem ter sido importantes questões levadas ao Tribunal.




Fonte: TJ-SP, TJ-RJ, TJ-RS, TJ-SC

Santa Catarina, como em São Paulo e Rio de Janeiro, debateu principalmente a questão ambiental e a improbidade administrativa. A atuação das polícias militares também foi debatida. Diferentemente dos demais estados, o problema da poluição sonora e dos resíduos sólidos foi tema de debate.



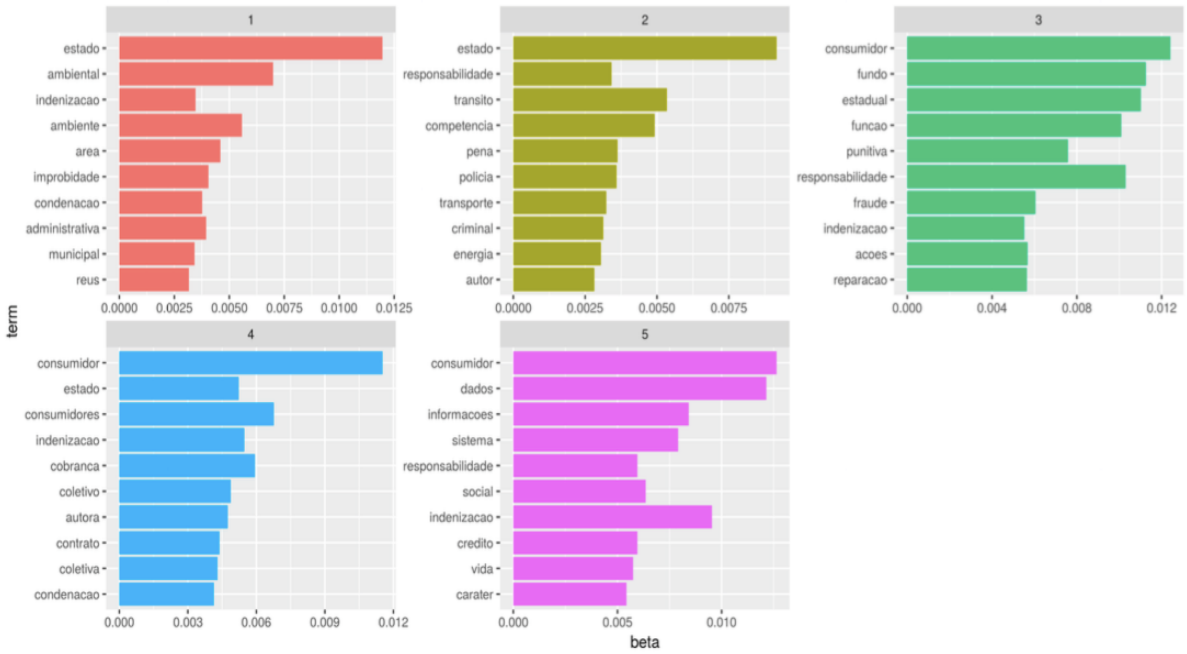

Fonte: TJ-SP, TJ-RJ, TJ-RS, TJ-SC

Dos dados até agora levantados, aparentemente, estados como São Paulo e Rio de Janeiro, onde há grandes centros urbanos, o tema do transporte aparece como uma questão relevante. Em Santa Catarina, a questão ambiental é mais relevante.

*4.2.3 Modelagem tópica*

A seguir, avançamos na análise por meio da extração dos tópicos mais relevantes nas decisões. Para tanto, rodamos um algoritmo chamado LDA (*latent dirichlet allocation*) sobre o conjunto dos textos. Esse algoritmo cria tópicos e agrega as palavras conforme sua probabilidade de pertencer a um determinado tópico. No gráfico abaixo, dividimos os textos em seis tópicos. O algoritmo alocou as palavras conforme sua recorrência e proximidade nos textos. O primeiro tópico relaciona a questão ambiental com a probidade administrativa, sugerindo que as ações envolveram práticas irregulares por parte dos administradores públicos municipais na questão ambiental.

**Modelagem tópica**




Fonte: TJ-SP, TJ-RJ, TJ-RS, TJ-SC

## 4.3 O conceito de dano social na jurisprudência. Análise textual

*4.3.1 Tribunais de Justiça (TJ-SP, TJ-RJ, TJ-RS e TJ-SC)*

Conforme já mencionado, dentre os quatro tribunais pesquisados, o TJ do Rio Grande do Sul é aquele que concentra o maior número de decisões sobre o tema, tendo sido identificados 609 acórdãos.

A despeito disso, observa-se que ainda não há consenso naquela Corte acerca da própria existência do dano social como uma categoria autônoma de dano indenizável.

Vários julgados rejeitam a possibilidade de condenação por danos sociais sob o fundamento de ausência de previsão no direito brasileiro[526], sendo que, dentre aqueles que a admitem, parece ser unanimidade o reconhecimento da ilegitimidade do autor para postulação da indenização em epígrafe em sede de ação individual[527].

Outro aspecto interessante que merece ser destacado é que em cerca de 66% dos acórdãos do TJ do Rio Grande do Sul pesquisados, o que equivale a 407 julgados, constatou-se que foram utilizados idênticos fundamentos seja para rejeitar, seja para acolher o pedido indenizatório por dano social, ou, ainda, para se atribuir ou não efeito punitivo à indenização, inclusive com a transcrição do mesmo trecho do artigo "Dano moral à brasileira", da lavra da professora Judith Martins Costa. Tal fato, por sua vez, sugere uma certa "mecanização" da atividade jurisdicional, o que, conforme já analisado nos capítulos pretéritos, não contribui para o desenvolvimento e aprofundamento da matéria e, tampouco, para o aprimoramento das decisões judiciais. Trata-se, ao contrário, de artifício que, não obstante atenda aos ditames da celeridade processual e assegure, de certa forma, uma razoável uniformidade das decisões, não contribui efetivamente para a construção de um processo justo.

Ressalvada a crítica acima, observa-se que tais julgados, em sua fundamentação, fazem menção à teoria do professor Antonio Junqueira de Azevedo, ressaltando, contudo, que ela não vem sendo corretamente aplicada tal qual foi pensada pelo referido autor. Admite-se, ainda, em tais decisões, que, em razão do falecimento do seu precursor, que não teve tempo para desenvolvê-lo, o tema ainda é inconcluso quanto a vários aspectos, finalizando com o conceito trazido por Junqueira de Azevedo, segundo o qual o "dano social caberia apenas quando praticado ato doloso ou gravemente culposo capaz de pôr em perigo a segurança física ou psíquica das pessoas humanas ou afetar a qualidade de vida de uma população"[528].

De outro lado, observa-se que alguns julgados, especialmente do TJ de Santa Catarina, equiparam a figura do dano social ao instituto do *punitive damages*, considerado que o reconhecimento do primeiro implica em atribuir a função punitiva à indenização.

No mesmo sentido já mencionado acima, também é possível extrair de vários julgados o conceito de que o dano social indenizável e aquele que repercute socialmente podendo gerar prejuízos de ordem material ou imaterial a toda coletividade, sendo que somente em situações

[526] Cita-se, como exemplo: TJ-RS. Processo n. 70063329825 (nº CNJ: 0018360-51.2015.8.21.7000)
[527] Cita-se, como exemplo: TJ-RS. Processo n. 70068911106 (nº CNJ: 0101304-76.2016.8.21.7000)
[528] Cita-se, por exemplo, o Recurso inominado n. 71006736862 (nº CNJ: 0016043-26.2017.8.21.9000), Relator Luis Francisco Franco, da Terceira Turma Recursal Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

em que reste evidenciado rebaixamento moral ou perda da qualidade de vida é que restaria caracterizada tal espécie de dano.[529]

Por fim, no âmbito do TJ de São Paulo, observa-se que a figura do dano social geralmente está associada à reprovabilidade social e repercussão negativa e/ou rebaixamento da qualidade de vida da sociedade[530], o que está em consonância com o próprio conceito trazido por Antonio Junqueira de Azevedo[531], o qual, aliás, é a base teórica utilizada como referência na grande maioria das decisões.

A propósito, sob este aspecto, na amostra de acórdãos da Justiça Comum, identificou-se 813 referências ao doutrinador em epígrafe.

Finalmente, da análise da amostra de julgados oriundos dos Tribunais de Justiça selecionados, é possível extrair como elementos recorrentes do conceito de dano social:

Elemento central: repercussão ou reprovabilidade social.

Elemento secundário: perda ou rebaixamento da qualidade de vida da sociedade.

### *4.3.2 Tribunais Regionais do Trabalho (TRT-4 e TRT-15)*

No âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho, em que a amostra foi restrita aos processos eletrônicos, foram identificados 491 acórdãos envolvendo a expressão "dano social".

A análise textual permitiu identificar, inicialmente, que, na seara trabalhista, a denominação "dano social" comumente é substituída pela nomenclatura "*dumping social*", em referência à prática comercial caracterizada pela venda de produtos a preço inferior ao do mercado com o objetivo de eliminar a concorrência.[532] Assim sendo, observa-se que, em todas as decisões, ambas as expressões são tidas como sinônimas, sendo possível sugerir que a preferência pela expressão "*dumping social*" no âmbito da Justiça Especializada decorre das particularidades do dano social no universo das relações de trabalho, onde geralmente ele se

---

[529] Cita-se, como exemplo: TJ-SC. Processo n. 0027734-17.2010.8.24.0038

[530] Cita-se, como exemplos: Processos n. 1012076-63.2015.8.26.0309 e 0027158-41.2010.8.26.0564, ambas do TJ-SP.

[531] Conforme já analisado neste trabalho, para Junqueira Azevedo "os danos sociais são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição na qualidade de vida*"* (*Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social.* In: O Código Civil e sua interdisciplinaridade, op. cit., p. 376).

[532] A Lei n. 8.884/94 tipifica o *dumping* como infração à ordem econômica, nos seguintes termos:

"Art. 21 – as seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

[...]

XVIII – vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo;

[...]

encontra associado ao descumprimento deliberado e reiterado das normas trabalhistas pelas empresas e, portanto, teria o condão de produzir impactos na esfera concorrencial.

Além disso, é possível extrair da amostra em análise que a expressão "delinquência patronal" também é empregada como sinônimo de dano social[533].

Observa-se, ainda, que, nas decisões trabalhistas, além do professor Antonio Junqueira de Azevedo, Jorge Luiz Souto Maior também se revela como uma recorrente referência teórica sobre o assunto.

Sobre o aspecto conceitual, verifica-se que o dano social geralmente encontra-se associado à prática empresarial caracterizada pelas agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas. Segue, abaixo, breve compilação de alguns conceitos recorrentes nas decisões integrantes do universo de pesquisa:

a) [...] medida reparatória contra a empresa que pratica atos ilícitos trabalhistas reincidentes e inescusáveis, precarizadores da mão de obra, com o afã aético de diminuição dos custos com a produção, aumento demasiado do lucro e obtenção de vantagens indevidas perante a concorrência.[534]

b) [...] comportamento anti-social do empregador, ínsito na transgressão abusiva e iterativa dos direitos tutelares do empregado na relação de emprego.[535]

c) [...] comportamentos reincidentes e agressivos à margem da legislação trabalhista, de modo a angariar vantagem comercial indevida, com evidente desconsideração de toda a estrutura do estado social e de direitos mínimos a assegurar a dignidade da pessoa do trabalhador.[536]

d) [...] reiterado descumprimento às normas trabalhistas, causando macro-lesões e gerando concorrência desleal.[537]

e) [...] Tendo a reclamada agido de forma reiterada e sistemática na precarização e violação de direitos, principalmente os trabalhistas, o entendimento referente à indenização por dano social é plenamente aplicável e socialmente justificável para a situação que estabeleceu na presente demanda.[538]

f) [...] lesão abusiva e reiterada a direitos trabalhistas mínimos , em prejuízo, pois, de toda a sociedade [...].[539]

Enfim, da análise da amostra de julgados oriundos dos Tribunais Regionais do Trabalho selecionados, é possível extrair como elementos recorrentes do conceito de dano social:

Elemento central: agressão reiterada, reincidente, sistemática aos direitos dos trabalhadores e às normas trabalhistas.

---

[533] Cita-se, como exemplos: TRT-15. Processos n. 0010029-52.2014.5.15.0107 e 0006006-70.2012.5.04.0000, ambas do TRT-15.
[534] TRT-15. Processo n. 0010029-52.2014.5.15.0107.
[535] TRT-15. Processo n. 0010029-52.2014.5.15.0107.
[536] TRT-15. Processo n. 0010010-74.2014.5.15.0033.
[537] TRT-15. Processo n. 0012613-04.2014.5.15.0007.
[538] TRT-04. Processo n. 0131000-63.2009.5.04.0005.
[539] TRT-04. Processo n. 0000512-44.2013.5.04.0372.

Elemento secundário: objetivo de obtenção de vantagens indevidas perante a concorrência.

### *4.3.3 Considerações preliminares*

A análise dos conceitos de dano social utilizados nas decisões da Justiça Comum e da Justiça do Trabalho permitiu que fossem extraídas algumas conclusões preliminares sobre o assunto.

Primeiramente, identificou-se, em ambas as esferas, uma tendência de se reconhecer o dano social como uma modalidade autônoma de dano, merecedora de indenização específica, sendo, ainda, ponto em comum o fato de que ambas as Cortes reconhecem que o dano social tem natureza transindividual. Sem embargo disso, observou-se que algumas decisões não distinguem o dano social do dano moral coletivo, tratando o primeiro como gênero do qual o segundo seria uma das espécies[540].

Além disso, constatou-se que tanto na Justiça do Trabalho, como na Justiça Comum, inexiste aprofundamento teórico sobre a matéria, haja vista que as fundamentações, quando apreciam o mérito, na grande maioria das vezes, não delimitam os contornos do instituto, limitando-se repetir, de forma breve e sucinta, os mesmos conceitos clássicos sobre o instituto para depois concluir pela procedência ou improcedência da indenização, geralmente com base em uma percepção pessoal do julgador, isto é, sem a utilização de critérios objetivos claros sobre a questão, ou, ainda, com base no prévio reconhecimento de determinada situação fática como ensejadora de dano social nas decisões dos Tribunais. Observou-se também que a discussão geralmente se concentra em torno da possibilidade ou não de se conferir função punitiva à indenização.

E outro lado, observou-se que, não obstante se trate, sob o ponto de vista ontológico, do mesmo instituto, o conceito a ele atribuído em cada um dos dois ramos da Justiça analisados varia principalmente em razão do enfoque que é conferido ao fenômeno. Assim, no âmbito da Justiça Comum, observa-se que o enfoque para definir o que caracterizaria o dano social é o efeito produzido pela conduta, especialmente o grau de repercussão ou reprovabilidade social. Já na Justiça do Trabalho, o enfoque reside na própria conduta, de modo que se enquadraria na modalidade de dano mencionada a situação fática caracterizada por condutas reiteradas de agressão a direitos trabalhistas.

---

[540] Cita-se, como exemplo: TRT-15. Processo n. 0011586-45.2013.5.15.0031.

Verifica-se, contudo, que em ambas as esferas, os conceitos empregados constituem-se de termos abertos e imprecisos, que conferem grande margem interpretativa ao magistrado. Veja-se, nesse particular, que, nos Tribunais de Justiça, o elemento central do conceito é a repercussão ou reprovabilidade social, enquanto que, nos Tribunais Regionais do Trabalho, o elemento central é a agressão reiterada às normas trabalhistas. No que diz respeito ao primeiro, as fundamentações das decisões demonstram que não há preocupação em especificar as razões que, no caso concreto, conduziram à constatação de relevância ou irrelevância social de certo prejuízo, sendo isso, pois, decorrência da percepção pessoal do magistrado ou do seu prévio reconhecimento em outras decisões judiciais, como já mencionado.

## 4.4 Conceito de dano moral coletivo na jurisprudência

### *4.4.1 Tribunais de Justiça (TJ-SP, TJ-RJ, TJ-RS e TJ-SC)*

A amostra com a expressão "dano moral coletivo" corresponde a 2.208 acórdãos. Nesse ponto, cabe destacar que diante da proximidade entre os institutos do dano moral coletivo e do dano social, nem sempre é feita a distinção entre eles, de modo que, não raras vezes, se observa, na fundamentação de uma mesma decisão, a utilização concomitante das duas denominações, que são empregadas indistintamente.

Da mesma forma que foi constatado nas decisões envolvendo o dano social, observa-se que não existe grande variabilidade dos fundamentos utilizados para se reconhecer ou se rejeitar o dano moral coletivo. Nesse mesmo sentido, verifica-se uma grande repetição de conceitos, inclusive entre Tribunais diversos, além de uma reiterada remissão a determinado doutrinador. É o caso, por exemplo, de Carlos Alberto Bittar Filho, que, no universo pesquisado, aparece na fundamentação de 289 acórdãos[541].

Além disso, assim como ocorre com o dano social, também não se verifica grande aprofundamento no delineamento dos elementos que caracterizam o dano moral coletivo, muito embora, por se tratar de um tema cujos debates já se iniciaram há mais tempo, observa-se que, regra geral, o conceito utilizado revela-se um pouco mais elaborado, sendo composto por um número maior de elementos.

Assim, conforme já ressaltado, um conceito bastante recorrente é de que o "o dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação

[541] Como exemplos de decisões que empregam o conceito do autor mencionado, pode-se citar: Processos n. 70032622383 (TJ-RS), 1056174-21.2011.8.19.0002 (TJ-RS) e 0045901-08.2010.8.26.0562 (TJ-SP)

antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico; quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial".[542]

No mais, observa-se que os conceitos elaborados pela jurisprudência dos Tribunais pesquisados encontram-se, na sua grande maioria, bem próximos da definição acima, ressalvada uma reduzida quantidade de julgados que apresenta uma maior variação de elementos.

Segue, abaixo, a transcrição de alguns conceitos destacados do universo de pesquisa:

a) [...] O dano moral coletivo, compreendido como o resultado de uma lesão à esfera extrapatrimonial de determinada comunidade, se dá quando a conduta agride, de modo totalmente injusto e intolerável, o ordenamento jurídico e os valores éticos fundamentais da sociedade em si considerada, a provocar repulsa e indignação na consciência coletiva.[543]

b) [...] Não basta a mera infringência à lei ou ao contrato para a caracterização do dano moral coletivo. É essencial que o ato antijurídico praticado atinja alto grau de reprovabilidade e transborde os lindes do individualismo, afetando, por sua gravidade e repercussão, o círculo primordial de valores sociais. Com efeito, para não haver o seu desvirtuamento, a banalização deve ser evitada.[544]

c) [...] atinge direitos de personalidade em seu aspecto coletivo ou difuso, cujas vítimas são determinadas ou determináveis, e decorrem do reconhecimento dos chamados direitos de solidariedade inseridos na terceira geração dos direitos fundamentais.[545]

d) [...] grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva.[546]

e) [...] imprescindível a lesão à honra coletiva, à dignidade coletiva, à valores culturais [...][547]

---

[542] Conceito de Carlos Alberto Bittar Filho (*Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro*. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30881-33349-1-PB.pdf. Acesso em: 10 Jun. 2016).
[543] TJ-SP. Processo n. 0340646-88.2011.8.19.0001.
[544] TJ-SP. Processo n. 0340646-88.2011.8.19.0001.
[545] TJ-RJ. Processo n. 0212635-07.2012.8.19.0001.
[546] TJ-SP. Processo n. 0219493-29.2007.8.26.0100.
[547] TJ-SP. Processo n. 9206282-39.2008.8.26.0000

f) [...]somente é devido quando toda a comunidade sente o mesmo efeito ou no mínimo um contingente expressivo do grupo acusa o efeito lesivo da violação.[548]

Da análise dos conceitos acima, é possível extrair os seguintes elementos característicos:

1. Injusta lesão à esfera extrapatrimonial da comunidade;
2. Alto grau de reprovabilidade, gravidade e repercussão social;
3. Ofensa a valores fundamentais da sociedade.

Por fim, observou-se que existe certa controvérsia acerca da necessidade de comprovação de prejuízo para a caracterização do dano moral coletivo, sendo que alguns julgados sustentam que ele existiria *in re ipsa*[549], bastando a comprovação da injusta lesão, e outros que seria necessária a prova do impacto à comunidade, por exemplo[550].

*4.4.2 Tribunais Regionais do Trabalho (TRT 4 e TRT 15)*

Utilizando-se o filtro "dano moral coletivo", foram identificados 566 acórdãos.

Observou-se que, no âmbito trabalhista, também não existe considerável variabilidade dos conceitos atribuídos à espécie de dano em epígrafe e, tampouco, aprofundamento dos argumentos utilizados na fundamentação. De outra parte, observou-se que, nas Cortes trabalhistas, a referência ao doutrinador Carlos Alberto Bittar Filho como fundamento da decisão, diferentemente do que ocorre no âmbito da Justiça Estadual, não é frequente, tendo sido identificados, dentro da amostra de pesquisa, somente 55 decisões nesta condição.

Quanto ao aspecto conceitual, a análise textual permitiu extrair que, no campo da Justiça Especializada, o dano moral coletivo geralmente está associado à violação de direitos ou interesses titularizados por toda coletividade, assim compreendida em sua conotação coletiva (*stricto sensu*) ou difusa, de modo a abranger os direitos de natureza transindividual.

Segue, abaixo, a transcrição de alguns conceitos destacados do universo de pesquisa:

a) [...] a lesão injusta [que] atinge não apenas os direitos do trabalhador, individualmente considerados, mas os direitos transindividuais, repercutindo sobre toda a coletividade;[551]

[548] TJ-SP. Processo n. 0241186-35.2008.8.26.0100.
[549] Cita-se, como exemplo: TJ-RJ. Processo n. 0134260-26.2011.8.19.0001.
[550] Cita-se, como exemplo: TJ-SP. Processo n. 0005496-68.2004.8.26.0099.
[551] TRT-15. Processo n. 0010911-29.2013.5.15.0081.

b) [...] aquele que decorre da violação de direitos de certa coletividade ou a ofensa a valores próprios dessa mesma coletividade, como sucede, por exemplo, com a crença religiosa, o sentimento de solidariedade que vincula os respectivos membros , a repulsa a atos de discriminação [...];[552]

c) [...] lesão injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados por toda a coletividade (considerada em seu todo ou em qualquer de suas expressões - grupos , classes ou categorias de pessoas) os quais possuem natureza extrapatrimonial;[553]

d) [...] lesão à ordem jurídica, patrimônio jurídico de toda a coletividade;[554]

e) [...] não observância das normas de segurança, pela abrangência e consequências que acarreta no seio da sociedade, caracteriza o dano moral coletivo [...].[555]

Da análise dos conceitos acima, é possível extrair os seguintes elementos característicos do dano moral coletivo:

1. Lesão injusta a direitos extrapatrimoniais de natureza transindividual;
2. Repercussão sobre toda a coletividade.

Imperioso notar, portanto, a similitude entre o interesse lesado nos casos de dano social e de dano moral coletivo, haja vista que ambos, de acordo com o universo de decisões trabalhistas pesquisadas, caracterizam-se pela lesão injusta a direitos extrapatrimoniais de natureza transindividual. Outro aspecto em comum, que, no entanto, não é mencionado expressamente em todas as decisões, é a repercussão da lesão na coletividade. Por fim, cabe destacar como mais um ponto de aproximação, o fato de que várias decisões fazem menção à lesão à ordem jurídica em ambas as espécies de dano, circunstância que dificulta sobremaneira a distinção no plano prático.

### *4.4.3 Considerações preliminares*

A título de conclusões preliminares, pode-se afirmar que o tratamento do dano moral coletivo no universo de decisões pesquisadas pode ser objeto das mesmas críticas atribuídas ao

[552] TRT-15. Processo n. 0011973-65.2014.5.15.0018.
[553] TRT-15. Processo n. 0010563-75.2014.5.15.0113.
[554] TRT-15. Processo n. 0011794-51.2014.5.15.0077.
[555] TRT-15. Processo n. 0010911-29.2013.5.15.0081.

dano social, uma vez que, da mesma forma, carece de uma análise mais aprofundada e da elaboração de conceitos mais elaborados. Os conceitos utilizados seguem certa uniformidade, mas são compostos de termos abertos e indeterminados, geralmente associados à repercussão do dano no plano concreto, o que confere ao julgador uma margem de discricionariedade exacerbada e não assegura qualquer previsibilidade que seja capaz de, na forma de exemplo, estimular a mudança de comportamento no caso concreto.

Observa-se também uma certa confusão entre as figuras do dano social e do dano moral, que não raras vezes são concebidas como sinônimas.[556]

No entanto, a leitura das decisões que distinguem ambas as espécies de dano, observa-se que o elemento "reiteração" da conduta aparece somente nas decisões envolvendo dano social, o que sugere que ele possa ser um elemento diferenciador dos institutos no âmbito da Justiça do Trabalho.

**4.5 Quadro comparativo (dano social)**

| TRIBUNAIS DE JUSTIÇA | TRIBUNAIS REGIONAIS DO TRABALHO |
|---|---|
| Repercussão ou reprovabilidade social | Agressão reiterada, reincidente, sistemática aos direitos dos trabalhadores e às normas trabalhistas |
| Perda ou rebaixamento da qualidade de vida da sociedade | Objetivo de obtenção de vantagens indevidas perante a concorrência |

A análise comparativa dos principais elementos conceituais do dano social (ou *dumping social*) pelos Tribunais de Justiça e pelos Tribunais Regionais do Trabalho permite extrair a ausência de identificação entre eles, o que sugere que, no âmbito trabalhista, o fenômeno possui conotação distinta, sendo caracterizado pela agressão reiterada dos direitos trabalhistas.

[556] É o caso, por exemplo, da decisão proferida nos autos do Processo n. 0012400-92.2014.5.15.0105 do TRT-15, cuja ementa é transcrita a seguir: "DANO SOCIAL OU DANO MORAL COLETIVO. NÃO COMPROVADO. O dano moral coletivo é o resultado de uma conduta antijurídica que, por ser absolutamente injusta e intolerável, agride os valores éticos mais caros à comunidade, provocando repulsa e indignação na consciência coletiva"

**4.6 Quadro comparativo (dano moral coletivo)**

| TRIBUNAIS DE JUSTIÇA | TRIBUNAIS REGIONAIS DO TRABALHO |
|---|---|
| Injusta lesão à esfera extrapatrimonial da comunidade | Lesão injusta a direitos extrapatrimoniais de natureza transindividual; |
| Alto grau de reprovabilidade, gravidade e repercussão social | Repercussão sobre toda a coletividade |
| Ofensa a valores fundamentais da sociedade | |

A análise comparativa dos principais elementos conceituais do dano moral coletivo pelos Tribunais de Justiça e pelos Tribunais Regionais do Trabalho permite extrair a identidade entre alguns elementos caracterizadores utilizados por ambas as esferas da Justiça, a saber: a injusta lesão a direitos extrapatrimoniais de natureza transindividual e a repercussão social.

**4.7 Considerações sobre a análise textual**

De tudo que foi exposto acerca da análise textual, é possível extrair as seguintes considerações:

1. Observa-se, em ambas as esferas da Justiça (Trabalhista e Comum) uma crescente tendência de se reconhecer o dano social como objeto de tutela, não obstante ainda existam decisões que deixem de reconhecê-lo, sobretudo, em razão da ausência de previsão legal.
2. O instituto do *dumping social*, apresentado como sinônimo de dano social no âmbito da Justiça do Trabalho, constitui um fenômeno distinto, haja vista a ausência de identificação dos seus elementos caracterizadores àqueles indicados no âmbito da Justiça Comum acerca da matéria. Nesse particular, releva notar que o *dumping social* se caracteriza pela reiteração da conduta ofensiva, requisito que, a princípio, não é exigido para a caracterização do dano social nas decisões integrantes da amostra de pesquisa da Justiça Estadual.

3. Não obstante o enfoque conceitual em cada ramo da Justiça seja diferente, observa-se que, no que diz respeito ao dano moral coletivo, em ambas as esferas se encontram presentes os seguintes elementos caracterizadores: injusta lesão; repercussão social; e ofensa a direitos extrapatrimoniais de natureza transindividual. Ainda, no que tange às espécies de direitos atingidos, ambos os Tribunais (TRTs e TJs) são uníssonos quanto aos valores fundamentais da sociedade, sendo que, no âmbito dos Tribunais de Justiça pesquisados, faz-se referência à "perda ou rebaixamento da qualidade de vida", o que, por sua vez, sugere-se que já estaria inserido dentro do primeiro.
4. A mesma identidade se verifica quando se compara o conceito de dano social nas decisões dos Tribunais de Justiça e de dano moral coletivo em ambas as Justiças (TJs e TRTs), o que sugere que, ontologicamente, dano social e dano moral coletivo dizem respeito ao mesmo fenômeno, ou seja, se confundem.
5. Tanto na Justiça do Trabalho, quanto na Justiça Comum, observa-se que as decisões raramente aprofundam-se no desenvolvimento de critérios mais objetivos para a caracterização do fenômeno do dano social/dano moral coletivo. Opta-se pela utilização de termos e conceitos abertos, que conferem ampla margem de discricionariedade ao julgador, o que faz com que, neste particular, a seleção dos danos merecedores de tutela seja essencialmente casuística.
6. A relevância social é um elemento comum que raramente é especificado no caso concreto, sendo geralmente atribuído em razão da percepção pessoal do julgador ou a partir de outros casos anteriores já apreciados pelos tribunais.
7. Observa-se também que, em sua grande maioria, os julgadores limitam-se a repetir conceitos e referências a marcos teóricos já consolidados, sugerindo uma "mecanização" da atividade jurisdicional, ao invés de desenvolverem uma fundamentação mais robusta sobre o assunto, que possibilite o seu desenvolvimento e aprimoramento do conceito, condição indispensável para a efetividade.
8. Ao se associar o dano social a sua repercussão na sociedade, sugere-se que ele se caracteriza como uma modalidade de dano-prejuízo, e não de dano-evento, uma vez que a sua caracterização se encontra atrelada à consequência danosa e não ao evento danoso.
9. Em grande parte das vezes, a figura do dano social e o instituto do *punitive damages* são tratados como sinônimos, sugerindo que o reconhecimento da espécie de dano mencionada teria como objetivo atribuir a função punitiva à indenização, em consonância com a teoria do desestímulo.

## CONCLUSÃO

Buscou-se demonstrar neste trabalho que a expansão quantitativa e qualitativa dos danos indenizáveis integra o rol das modernas tendências da responsabilidade civil, o que se deve, sobretudo, ao aumento do potencial lesivo da sociedade, ao abandono do paradigma liberal eminentemente individual e patrimonialista, bem como à progressiva perda da importância da culpa e do nexo de causalidade como óbices ao ressarcimento dos danos, fenômeno denominado de "erosão dos filtros tradicionais de reparação", o que deslocou o dano de uma condição secundária para o núcleo central da responsabilidade civil, tornando-o o principal elemento a atrair o dever de indenizar.

Verificou-se que o fenômeno da expansão dos danos indenizáveis desenvolveu-se, essencialmente, em duas vertentes, sendo a a primeira, através do reconhecimento da necessidade de tutela dos interesses existenciais, do que resulta a admissão da indenização por danos morais; e a outra, por meio do reconhecimento dos interesses metaindividuais como objeto de ressarcimento em caso de violação.

Nesse cenário, identificou-se o surgimento das figuras do "dano moral coletivo" e, mais recentemente, "do dano social", objetos da presente pesquisa, cujo reconhecimento ainda enfrenta obstáculos advindos da visão tradicionalmente individualista do próprio instituto da responsabilidade civil, os quais, para serem superados, exigem uma nova construção dogmática do instituto.

Simultaneamente à "avalanche de novos danos", fenômeno indissociável do estágio evolutivo atual da sociedade, advieram críticas a respeito das adjetivações casuísticas elaboradas a partir da fragmentação da dignidade da pessoa humana, haja vista que a falta de técnica e a desmedida discricionariedade judicial na apreciação da questão, fizeram surgir, em toda parte, um certo temor em relação à falta de previsibilidade e uniformidade das decisões judiciais, o que atenta diretamente contra a segurança jurídica.

Quanto a esse aspecto, após a menção à experiência italiana no que tange ao reconhecimento de novos danos indenizáveis, advertiu-se que um dos maiores desafios naquele país, assim como no Brasil, reside na seleção dos interesses merecedores de tutela, ou, dito de outra forma, na seleção dos danos que merecem ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário.

Destacou-se, portanto, a necessidade de se verificar a possibilidade de se estabelecer certos parâmetros ou critérios objetivos que orientem o julgador na seleção dos mencionados interesses merecedores de tutela, a fim de que o reconhecimento de novos danos não fique à mercê somente da criatividade do intérprete e da flexibilidade da jurisprudência, uma vez que

a admissibilidade de novos pleitos indenizatórios, de forma atécnica e sem uma fundamentação adequada, conduz, inevitavelmente à banalização do instituto.

Nesse contexto, analisou-se as modernas vertentes que tratam do dano-evento e do dano prejuízo, admitindo a possibilidade de reconhecimento de dois momentos distintos do elemento dano, que por sua natureza seria unitário, bem como da chamada reparação sem dano, segundo a qual, sob uma perspectiva preventiva, seria possível falar em responsabilidade civil a partir da ocorrência do dano-evento, o que, aliás, desmitifica a ideia recorrente de que o dano estaria associado necessariamente à violação de um direito subjetivo, justificando, outrossim, a proteção aos interesses de natureza supraindividual.

Observou-se, ainda, que a despeito das controvérsias que envolvem o tema, a função punitiva-preventiva, indubitavelmente, revela-se como uma das modernas tendências da responsabilidade civil, o que se deve, sobretudo, à constatação de que as evoluções concernentes à objetivação da culpa, à coletivização e à socialização dos riscos, impactaram de maneira negativa na aptidão do instituto de prevenir condutas socialmente reprováveis, e, por consequência, o surgimento de novos danos, demonstrando a insuficiência do paradigma exclusivamente ressarcitório para o atingimento da função precípua da responsabilidade civil, qual seja a manutenção do equilíbrio social.

De outro lado, defendeu-se que o advento do Estado Social e, posteriormente do Estado Democrático de Direito, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que alçou a dignidade da pessoa humana a princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, contribuíram para a grande revolução paradigmática, ainda em andamento, consistente na redescoberta do ser humano social como o verdadeiro sujeito de direito, culminando na afirmação dos chamados "novos direitos", em especial dos direitos metaindividuais ou supraindividuais, o que repercutiu diretamente no campo processual, fazendo surgir, um novo processo civil brasileiro, marcado por uma instrumentalidade irrestrita, necessariamente aberta e flexível à nova moldura dos conflitos sociais.

Nessa esteira, o reconhecimento dos chamados "novos direitos" como objeto de tutela contribuiu diretamente para o redimensionamento da técnica processual, ensejando uma reformulação do sistema jurisdicional, de modo que, ideologicamente, o processo coletivo deve ser tratado como possível instrumento ensejador não da vontade exclusiva do juiz, muitas vezes arbitrária e volúvel, mas sim da concretização da vontade constitucional a ser operada, urgente e legitimamente, pelo Poder Judiciário.

Sustentou-se que a ação coletiva é o meio adequado para tutela dos direitos de natureza transindividual, tal como aqueles atingidos pelo dano moral e pelo dano moral coletivo,

advertindo-se sobre a necessidade de se equilibrar as modernas tendências aos princípios constitucionais e, especialmente, ao princípio do devido processo legal, se constitui um dos grandes desafios do processo coletivo na contemporaneidade.

Além de reconhecer a expansão dos danos indenizáveis como uma das modernas tendências da responsabilidade civil, o que trouxe profundas implicações no âmbito deste último instituto, além de reflexos no campo processual, como já destacado acima, o presente trabalho partiu da premissa de que a motivação adequada é essencial à efetividade do direito.

Desse modo, reconhecendo-se a discricionariedade judicial como uma das decorrências do Estado Democrático de Direito, caracterizado por uma técnica legislativa marcada pela utilização de cláusulas gerais e conceitos abertos e indeterminados, destacou-se a importância da motivação como instrumento de controle da racionalidade e legitimidade das decisões, assim como da própria garantia da segurança jurídica.

Isso porque a racionalidade do pensamento jurídico pressupõe que toda asserção seja acompanhada das suas razões e seja passível de confrontação, de modo que a racionalidade da decisão judicial depende da exposição de seus motivos de maneira clara, coerente e completa. Assim, somente seria possível dizer que uma decisão é racional e legitimamente fundamentada após se perquirir analiticamente sobre sua justificação interna e externa. Quanto à justificação interna deve ser possível identificar todas as premissas em que o juiz se baseou e inferir logicamente delas a decisão, evitando-falácias e omissões, para que se possa, após, investigar a sua legitimidade. Quanto à justificação externa, que pode ser considerada o campo mais próprio da argumentação jurídica e do discurso jurídico, todas as premissas devem ser fundamentadas, através dos precedentes judiciais, da dogmática, das formas de argumento especificamente jurídicas.

Concluiu-se, pois, que a motivação, como justificação racional da decisão, além de declaratória e retrospectiva, deve apresentar uma estrutura lógico-argumentativa que permita o cumprimento de suas funções, especialmente a perfeita compreensão e controle pelas partes e pela sociedade. E isso somente é possível quando as razões apresentadas são claras, coerentes, concretas e, sob o ponto de vista da análise jurídica, universais, o que também é essencial para a formação dos próprios precedentes. Nesse ponto, aliás, também se mostra relevante a uniformização de expressões e elementos característicos dos institutos, afinal disso decorre a homogeneidade das decisões, que, além de assegurar a segurança jurídica em seu duplo aspecto (previsibilidade e estabilidade), também facilita a pesquisa jurisprudencial pelos operadores de direito, bem como a utilização das decisões pretéritas como subsídio aos casos análogos.

No que diz respeito ao dano social (ou qualquer outra denominação que a jurisprudência atribua ao mesmo fenômeno), cujos contornos não são estabelecidos expressamente pelo legislador, mas decorrem de uma interpretação sistemática do ordenamento, a motivação assume um papel extremamente relevante, haja vista que é nesta oportunidade que o julgador analisa os aspectos fáticos da controvérsia que, em cotejo com o direito material, o conduzirão a reconhecer a procedência ou improcedência da ação. Diante disso e em face da omissão normativa, somente a análise das razões de decidir poderá permitir a extração de um conceito ou de critérios que permitam delinear os contornos daquilo que se convencionou denominar "dano social.

Partindo-se de tal pressuposto, seguiu-se à análise da jurisprudência dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais do Trabalho selecionados, a fim de se tentar identificar critérios que permitam extrair um conceito de dano social (ou do dano moral coletivo).

A análise textual permitiu identificar que, ressalvado o *dumping* social, que possui tratamento específico e diferenciado no âmbito da Justiça do Trabalho, os elementos característicos atribuídos pela jurisprudência às figuras do dano social e do dano moral coletivo, tanto na Justiça Comum, como na Justiça Especializada, são os mesmos, podendo ser sintetizados em: injusta lesão a direitos extrapatrimoniais de natureza transindividual e repercussão social.

Tal constatação permite extrair que, conceitualmente, no universo de pesquisa analisado, predomina o entendimento de que dano social e dano moral coletivo são sinônimos.

Em que pese tal uniformidade, observou-se que os elementos acima indicados são bastante abertos e indeterminados, propiciando grande margem de discricionariedade judicial, o que faz com que o enquadramento das situações fáticas às espécies de danos em estudo seja essencialmente casuístico, dependendo da percepção pessoal do julgador ou da forma com que a matéria vem sendo tratada na jurisprudência, numa espécie de "tipificação jurisprudencial dos danos".

A par disso, constatou-se que não há aprofundamento nas motivações acerca da elaboração de critérios mais objetivos sobre a questão, sendo que, frequentemente, são repetidos os mesmos argumentos e referências para fundamentar casos diferentes, o que revela uma certa "mecanização" da atividade jurisdicional e atenta diretamente contra a efetividade e a segurança jurídica.

Do mesmo modo, a ausência de uma fundamentação adequada e a omissão de se tentar indicar critérios mais robustos para o tema, inviabiliza que a motivação cumpra o seu papel de instrumento de controle da racionalidade e da legitimidade das decisões.

De outra parte, admitindo-se que, sob o aspecto conceitual, dano social e dano moral coletivo possuem os mesmos elementos caracterizadores, cumpre destacar que a nomenclatura "dano moral coletivo" não se mostra adequada, uma vez que a expressão "moral" se encontra associada à noção de dor, angústia ou sofrimento, o que, inclusive, já foi objeto de objeções no âmbito do "dano moral" individual, haja vista a constatação de que o instituto não pode ser caracterizado a partir de suas consequências, razão pela qual se sugere, através desta pesquisa, que seria mais apropriada a utilização da terminologia "dano extrapatrimonial".

Outrossim, a expressão " dano social" revela-se demasiadamente vaga, sendo muitas vezes empregada na jurisprudência com a conotação do senso comum, ou seja, como algo grave que atinge a sociedade. É o que se verifica, por exemplo, em algumas decisões proferidas no âmbito criminal, em que se defende que o crime causou "dano social", o que não tem qualquer relação com o instituto da responsabilidade civil.

Destarte, em que pese parte da doutrina sustente que o dano social e o dano moral coletivo distinguiriam-se quanto as suas consequências, uma vez que o primeiro, além do aspecto moral, também poderia repercutir patrimonialmente, entende-se neste trabalho que, ontologicamente, ambos equivalem ao mesmo fenômeno, razão pela qual se propõe que a denominação mais apropriada para o instituto seria "dano extrapatrimonial coletivo".

Ademais, considerando que a efetividade da tutela depende não só do afastamento momentâneo da lesão ou ameaça, mas também do desestímulo da prática da conduta lesiva, sugere-se que, nas situações em que a indenização não se mostrar suficiente a alcançar esse resultado e diante do dolo ou culpa grave do infrator (a indiciar a provável reiteração), é necessário que a ordem jurídica forneça instrumento apropriado para dissuadi-lo, sendo possível a condenação ao pagamento de uma prestação suplementar punitiva, figura equivalente ao instituto dos *punitive damages*.

Por fim, quanto à questão atinente à possibilidade de se extrair um conceito ou critérios da jurisprudência que permitam delinear os contornos do instituto, a resposta que é negativa. Isso porque, conforme já destacado acima, os elementos indicados nas decisões judiciais pesquisadas são bastante vagos e indeterminados, e a motivação geralmente não enfrenta a questão com profundidade. Desse modo, reconhecendo-se que o dano não é um fenômeno estático, uma vez que as suas nuances acompanham a evolução da sociedade, chega-se à conclusão de que não é possível a formulação de um conceito estático, que poderia ser indistintamente aplicado a todas as situações.

Diante disso, propõe-se que a seleção dos critérios dos danos indenizáveis deve ser casuística, a partir de um juízo de ponderação entre os interesses envolvidos no caso concreto.

Nesse mister, a injusta lesão e a repercussão do dano poderão ser utilizadas como parâmetros, o que não dispensa, contudo, que outros critérios sejam construídos pela doutrina e pela jurisprudência, a fim de se reduzir a margem de discricionariedade judicial, assegurar certa previsibilidade e uniformidade das decisões, bem como possibilitar que elas sirvam como padrões de comportamento, garantindo a efetividade no plano material e evitando a repetição das condutas danosas no futuro. Para tanto, é imprescindível que haja o aprimoramento da argumentação da motivação das decisões judiciais, as quais não devem se limitar a repetir mecanicamente os mesmos argumentos com o escopo de, assim como na "cama de Procusto" da mitologia grega[557], as situações fáticas sejam forçosamente neles enquadradas, prática que, sob a ótica deste trabalho, se mostra inadequada e insuficiente para que a motivação cumpra efetivamente o papel que lhe incumbe.

[557] O mito grego de Procusto é relativamente bem conhecido: conta o mito que Procusto era um ladrão que sequestrava quem atravessasse o caminho da floresta especular onde vivia—e feita a sua imagem e semelhança—atando as vítimas a sua cama. Dos que eram maiores que sua cama, Procusto cortava os pés; dos que eram muito pequenos para a cama, Procusto os esticavam.

**BIBLIOGRAFIA**

ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de; ABREU, Ilana Flávia Barbosa Vilar de. Responsabilidade civil e teoria da imputação objetiva do resultado. *Revista Parahyba Judiciária da Justiça Federal*, vol. 9, n. 9, 2015. Disponível em: <http://biblioteca.jfpb.jus.br/revista/index.php/revista/article/view/54/55>. Acesso em: 14 jul. 2017.

AGUIAR DIAS, José de. Da responsabilidade civil. Atual. Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Editora Landy, 2001.

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano existencial* – a tutela da dignidade da pessoa humana. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/doutrinas/DANO%20EXISTENCIAL.doc>. Acesso em: 14 jul. 2017.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro* – um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVES, Marco Antônio Sousa. *A nova retórica de Chaïm Perelman*: considerações sobre a racionalidade, a tensão decisionismo/legalismo, e o Estado Democrático de Direito. Trabalho apresentado no Seminário Teoria da Argumentação e Nova Retórica, PUC-MG, Belo Horizonte, 2009. Disponível em: <http://ufmg.academia.edu/MarcoAntonioSousaAlves/Papers/898214/A_nova_retorica_de_Chaim_Perelman_Consideracoes_sobre_a_racionalidade_a_tensao_decisionismo_legalismo_e_o_Estado_Democratico_de_Direito>. Acesso em: 29 abr. 2017.

AMARAL, Jasson Hibner. Considerações acerca do dever de fundamentação das decisões: a legitimidade democrática argumentativa do Poder Judiciário no Estado democrático de direito brasileiro. *Jus Navegandi*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8248/consideracoes-acerca-do-dever-de-fundamentacao-das-decisoes>. Acesso em: 09 mai. 2016.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral & Indenização Punitiva*: Os punitive damages na experiência do Common Law e na perspectiva do Direito Brasileiro. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ATIYAH, Patrick. *The damages lottery*. Oxford: Hart Publishing, 1997.

AUGUSTIN, Sérgio; ALMEIDA, Ângela. A indefinição jurisprudencial em face do dano moral coletivo. *Revista da AJURIS*, v. 36, n. 115, set. 2009. Disponível em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/caa5/cb06/d468?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>. Acesso em 18 jan. 2016.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito como sistema complexo e de segunda ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul./set. 2013. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Azevedo-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2017.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coord.). *O Código Civil e sua interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 370-374.

BAPTISTA, Silvio Neves. *Teoria Geral do Dano*. São Paulo: Atlas, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O que deve e o que não deve figurar na sentença, In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual* (oitava série). São Paulo: Saraiva, 2004.

BARBOSA, Maria da Graça Bonança. *Os princípios do processo coletivo e o papel do juiz em prol da efetividade da reparação do dano moral coletivo na Justiça do Trabalho*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

BARION, Eliana Baron. Mineração de textos. *Revista de Ciências Exatas e Tecnologia*, Anhanguera Educacional S.A., vol. III, n.3, 2008.

BARROSO, Lucas Abreu. Novas Fronteiras da obrigação de indenizar e da determunação da responsabilidade civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Novo Código Civil*: questões controvertidas. Vol 5: Responsabilidade civil. São Paulo: Método, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./maio 2007. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-

content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2016

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001,

BERNARDES, Marcelo Di Rezende. O princípio constitucional da motivação das decisões judiciais. *Revista Fragmentos de Cultura*, Goiânia, v. 23, n. 2, abr./jun. 2013.

BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. *Revista da Direito e Liberdade*, Mossoró, v.7, n. 3, jul./dez. 2007.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, n.12, 1994. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30881-33349-1-PB.pdf. Acesso em: 10 jun. 2016.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana*: uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Deveres parentais e responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 31, 2005.

BONNA, Alexandre; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Responsabilidade civil sem dano-prejuízo. *Jus Navigandi*, n. 5074, 23 maio 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/57920>. Acesso em: 10 jun. 2017.

BRUSCATO, Wilges Ariana. Os princípios do Código Civil e o Direito de Empresa. *Gestão e Conhecimento*, v. 3, n. 2, art. 3, março/ junho 2007. Puc-Minas. Disponível em: <www.pucpcaldas.br/graduacao/administracao/nupepu/online/inicial.htm>. Acesso em: 16 abr. 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. 1: Teoria Geral do Direito Processual Civil. 7.ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2013,

BULOS, Jaime Leandro. *A reparação civil de danos sociais através de instrumentos processuais coletivos.* Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, UNAERP, Ribeirão Preto, 2014.

CAETANO, Joane Marieli Pereira; CABRAL, Hildeliza Boechat Cabral; LUQUETTI, Eliana Crispim França. A (in)compreensão da linguagem jurídica e seus efeitos na celeridade processual. *Litterata* – Revista do Centro de Estudos Portugueses Hélio Simões, vol.3, n.1, 2013. Disponível em: <http://periodicos.uesc.br/index.php/litterata/article/view/819>. Acesso em: 15 fev. 2017.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 3 ed. rev., ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CALAMANDREI, Piero. *La crisi dela motivazione*, in Processo e democrazia, in Opere Giuridiche, v. I, Org. Mauro Cappelletti. Napoli: morano, 1965

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

CARDOSO, Jair Aparecido, SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *Entre a exegese e a heresia jurídica: a busca pela efetividade do projeto jurídico constitucional*, 2017. No prelo.

CARNEIRO, Paulo Cézar Pinheiro. *Acesso à Justiça* – Juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

CATALAN, Marcos Jorge. O princípio da congruência e o acesso à ordem jurídica justa: reflexões sobre o tema na legalidade constitucional. *Revista de Processo*, São Paulo, n.147, maio 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CHINELATO, Silmara Juny. Tendências da responsabilidade civil no direito contemporâneo: reflexos no Código de 2002. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.).

*Novo Código Civil*: questões controvertidas. Vol. 5: Responsabilidade civil. São Paulo: Método, 2006.

CHIRONI, G. P. *La Colpa nel Diritto Civile Odierno: Colpa Extra-Contrattuale*, Turim: Fratelli Bocca Editori, 1903.

CORRÊA. Eduardo. Mineração de texto – Conceitos e aplicações práticas. *Revista SQL Magazine*, ed. 105. Disponível em: <http://www.devmedia.com.br/mineracao-de-texto-conceitos-e-aplicacoes-praticas-revista-sql-magazine-105/26328>. Acesso em: 10 jul. 2017

COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Dano Moral Coletivo nas Relações Laborais* – De acordo com o Novo Código de Processo Civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

COSTA, Susana Henrique da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva: 1987.

CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho. *Danos Extrapatrimoniais e função Punitiva*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

DA SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Curso de Processo Civil*. Vol. 1. 3.ed. Porto Alegre: Fabris Editor, 1996.

DA SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano Canônica*. 3.ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DA SILVA, Talita de Paula Uchôa. *Análise crítica da motivação judicial como discurso*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DEL MASTRO, André Menezes. A função punitivo-preventiva da responsabilidade civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 110, jan./dez. 2015.

DESTEFENNI, Marcos. *A responsabilidade civil ambiental e as formas de reparação do dano ambiental*: aspectos teóricos e práticos. Campinas: Bookseller, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Direito Processual Civil*. Vol. 1. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 7: Responsabilidade Civil. 22.ed. rev. atual e ampl. de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 7: Responsabilidade Civil. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DOURADO, Sabrina. As cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados desafios do poder judiciário em face do moderno processo civil brasileiro. *Jusbrasil*, 14 jul. 2017. Disponível em: <https://sabrinadourado1302.jusbrasil.com.br/artigos/121935831/as-clausulas-gerais-e-os-conceitos-juridicos-indeterminados-desafios-do-poder-judiciario-em-face-do-moderno-processo-civil-brasileiro>. Acesso em: 10 mar. 2017.

FACHIN, Luiz Edson. *Responsabilidade civil contemporânea no Brasil*: notas para uma aproximação. Disponível em: <https://www.fachinadvogados.com.br/artigos/FACHIN%20Responsabilidade.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRARI, Irany; MARTINS, Melchíades Rodrigues. *Dano Moral*: Múltiplos aspectos nas relações de trabalho. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*: Técnica, Decisão e Dominação. São Paulo: Malheiros, 2005.

FERRO, Thania Maria Bastos Lima. *A função Punitiva da Responsabilidade Civil em Acidentes de Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FLORES, Tatiana Pollo. Persuação e Administração: possíveis conexões entre os paradigmas argumentativo e regulatótio na reforma do Estado Brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/ 0115455_03_cap_02.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2017.

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. *Dano-evento e dano-prejuízo*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

FORTES, Luiz Henrique Krassuski. *Justificação dos precedentes*: direito como planejamento, poder judiciário e motivação a partir do precedente. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

FRANÇA, Rubens Limongi. *A jurisprudência como Direito Positivo*. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66627/69237>. Acesso em: 14 jun. 2017.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. Os poderes do juiz nas ações coletivas e breves sugestões de lege ferenda ao aprimoramento do processo coletivo. *Revista de Processo*, n.117, set./out. 2004.

FUX, Luiz (Coord.); NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Org.). Novo Código de Processo Civil Comparado. 2. ed. revista. São Paulo: Método, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Vol. 3: Responsabilidade Civil. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Vol. 4: Contratos – Teoria Geral. São Paulo: Saraiva, 2005.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade Procedimental*: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

GIDI, Antonio. *A* class action *como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva Publicações, 1999

GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal — Parte Geral*. Vol. 2 (não publicado)

GOMES JR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: SRS Editora, 2008.

GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Vol. 4: Responsabilidade Civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONDIN, Glenda Conçalves. *Responsabilidade civil sem dano:* da lógica reparatória à lógica inibitória. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos Juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 8. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9.ed. São Paulo: Forense, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Defesa do meio ambiente em juízo como conquista da cidadania. *Revista CEJ*, vol. 3 n. 9 set./dez. 1999. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/rt/printerFriendly/244/406>. Acesso em: 01 jun. 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 79, 1984. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67016/69626>. Acesso em: 15 jun. 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law:* uma análise de direito comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. In: MILARÉ, Édis. (org.). *Ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta – Evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 31, n. 1. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/12029/7983>. Acesso em: 20 nov. 2016.

JORGE JR, Alberto Gosson. *Cláusulas Gerais e o novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

JORNADA DE DIREITO CIVIL. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-

justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/IV%20Jornada%20volume%20I.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2017.

KUGUIMIYA, Luciana Lie. Indenização por dano social: primeiros julgados. *Jus Navigandi*, n. 3801, 27 nov. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25938>. Acesso em: 01 set. 2015.

LEITE, André Ferreira de. Fundamentação da Decisão Judicial: Justificação Interna e Externa. *Revista do CAAP*, Belo Horizonte, vol.2, jul./dez. 2009.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LIRA, Daniel Ferreira de. Breves notas sobre os princípios informativos do processo coletivo brasileiro. *Conteúdo Juridico*, Brasilia, 19 maio 2012. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.37091&seo=1>. Acesso em: 02 jul. 2017

LONFHI, João Victor Rozatti; Letícia Rezende. *A função punitiva da responsabilidade civil*: uma análise da indenização punitiva por dano social no Brasil. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=25102b27fa432b4b>. Acesso em: 18 abr. 2016.

LOUZADA BERNARDO, Wesley de Oliveira. *Dano Moral*: Critérios de Fixação de Valor, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

LOUZADA, Wesley de Oliveira Louzada. O princípio da dignidade da pessoa humana e o novo direito civil: breves reflexões. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VII, n. 8, jun. 2006.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais.* Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial e efetividade do processo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (org.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MAGALHÃES, Nestor Eduardo Araruna Santiago; MAGALHÃES, Átila de Alencar Araripe. Novo Código de Processo Civil e Função Qualitativa dos Precedentes: um Debate Necessário.

*Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 13, n. 74, p. 78-91, set./out. 2016.

MAIA, Cristiane Campos Mamede. Dano social. Uma visão tripartida da teoria da reparação do dano no âmbito cível como mecanismo de efetividade da tutela jurisdicional nas demandas recorrentes. *Jus Navigandi*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50081/dano-social#_ftn3>. Acesso em: 30 jun. 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O Município enquanto co-legitimado para a tutela dos Interesses Difusos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 12, n. 48, 1987.

MARANHÃO, Ney Stany Morais. *Responsabilidade civil contemporânea*: influência constitucional e novos paradigmas. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/responsabilidade-civil-contempor%C3%A2nea-influ%C3%AAncia-constitucional-e-novos-paradigmas>. Acesso em: 14 jul. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme, A transformação do civil law e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil. *Cadernos Jurídicos da OAB-PR*, Curitiba, v. 03, p. 1- 3, jun. 2009. Disponível em: < http://admin.oabpr.org.br/imagens/caderno/artigos/52.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. Os Precedentes na Dimensão da Segurança Jurídica. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 14, n. 1117, 20 mar. 2014. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/artigos/261-artigos-mar-2014/6443-os-precedentes-na-dimensao-da-seguranca-juridica>. Acesso em: 14 jul. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do Estado*. Vol.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. A proteção ressarcitória de danos coletivos e o devido processo legal: a experiência brasileira. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 58, jan./fev. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*: Processo de Conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Os danos à pessoa no Direito brasileiro e a natureza da sua reparação. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 789, jul., 2001

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister (org.). *A reconstrução do direito privado*: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura no Novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coords). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MELO, Raimundo Simão de. *Ações Acidentárias na Justiça do Trabalho*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. Rumos Cruzados do Direito Civil Pós-1988 e do Constitucionalismo de Hoje. Rumos Cruzados do Direito Civil Pós-1988 e do Constitucionalismo de Hoje. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo*: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional – Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.

MONTEIRO. Cláudia Servilha. *Fundamentos para uma teoria da decisão judicial*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/claudia_servilha_monteiro.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2017.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. Direito, Estado e Sociedade, v. 9, n. 29, p. 233-258, jul./dez. 2006.

MOURA, Paulo Cesar Cursinho de. *Manual de Direito Romano*: instituições de direito privado. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 33.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NAGAO, Paulo Issamu. *O papel do Juiz na Efetividade do Processo Civil Contemporâneo*: de acordo com o CPC/2015 e a Lei 13.256, de 4.2.2016. São Paulo: Malheiros, 2016.

NASCIMENTO, Márgara Bezerra do. *O precedente judicial como norma e fonte do direito no Brasil à luz do novo CPC*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15223#_ftn51>. Acesso em: 14 jul. 2017.

NAVEIRA ZARRA, Maria Maita. *El ressarcimento del daño em la responsabilidade civil extracontractual*. Madrid: ER, 2006.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do direito privado. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). *Doutrinas essenciais*: responsabilidade civil. São Paulo: RT, 2010

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 761, 1999.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. Vol. 1. São Paulo, Saraiva: 2003

NUNES, Dierle José Coelho, Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA Marcelo Andrade Cattoni (coords.). *Constituição e processo*: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

NUNES, Dierle José Coelho. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências "não compreendidas" de padronização. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 199, set. 2011.

OLIVEIRA, Swarai Cervone. *Poderes do juiz nas ações coletivas*. Coleção Atlas de Processo Civil. São Paulo: Atlas, 2009.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos Vilas Boas. A torre de babel das novas adjetivações do dano. *Revista Direito UNIFACS*, n. 176, 2015. Disponível em: http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3477/2491. Acesso em: 13 abr. 2017.

PEREIRA, Caio Mario da Silva, Responsabilidade Civil, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*: nova retórica. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica.* Nova Retórica. Trad. Vergínia K. Pupi. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

PINTO JÚNIOR, Amaury Rodrigues. A função social dissuasória da indenização por dano moral coletivo e sua incompatibilidade com a responsabilidade civil objetiva. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte, v. 56, n. 86, jul./dez. 2012. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/74982/2012_junior_ amaury_funcao_social.pdf?sequence=1&isAllowed=y >. Acesso em: 11 mar. 2016>. Acesso em 11 mar. 2016.

PIZZOL, Patricia Miranda. *Coisa julgada nas ações coletivas*. Disponível em: www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf. Acesso em: 20 out. 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado* – Parte especial. Tomo LIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1996.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 2003.

RAMOS, André de Carvalho. Ação civil pública e o dano moral coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 25, p. 82, jan./mar. 1988.

REBOUÇAS, Nathaniel de Vasconcelos. *Punitive Damages*: uma análise econômica de sua viabilidade no sistema de responsabilidade civil brasileiro. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

ROCHA, Cesar Asfor. *A luta pela efetividade da jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

ROMITA, Arion Sayão. *Dano moral coletivo*. Revista IOB – Trabalhista e Previdenciária, n. 216, jun.2007.

ROSADO, Marcelo da Rocha. Alguns aspectos relevantes da usucapião e da expropriação privada, p. 415-419. In: MAZZEI, Rodrigo Reis (org.). *Questões processuais do novo código civil.*. Espírito Santo: Instituto Capixaba de Estudos, 2006.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013.

ROSSI, Maria Paula Cassone. *Poderes do juiz na ação coletiva*: a imposição das indenizações por dano moral coletivo e a mitigação do princípio da congruência. Tese (Doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

SAMPAIO COSTA, Marcelo Freire. *Dano moral (extrapatrimonial) Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SANTOS, Antonio Jeová dos. *Dano moral indenizável*. São Paulo: Lejus, 1997

SANTOS, Moacy Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. Vol.2. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SARMENTO, Daniel. Direitos *Fundamentais e relações privadas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SCHIMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das Decisões Judiciais*: a crise na construção de respostas no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SCHREIBER, Anderson. O futuro da responsabilidade civil: um ensaio sobre as tendências da responsabilidade civil contemporânea. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (coord.). *Responsabilidade civil contemporânea*: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. Fontes Acontratuais das Obrigações e Responsabilidade Civil, 5. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

SERPA, Pedro Ricardo E. *Indenização Punitiva*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, USP, São Paulo. 2011. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/pt-br.php. Acesso em: 14 jun. 2016.

SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996

SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. *Estudo da motivação das decisões judiciais no século da jurisdição*: uma reavaliação do momento jurisprudencial do direito. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo, 2010.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado*: Novos Paradigmas em face da Globalização. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *A responsabilidade civil objetiva do empregador com relação a danos pessoais e sociais no âmbito das relações de trabalho*. Disponível em: < http://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/a_responsabilidade_civil_objetiv

a_do_empregador_com_rela%C3%87%C3%83o_a_danos_pessoais_e_sociais_no_%C3%82mbito_das_rela%C3%87%C3%95es_de_trabalho..pdf>. Acesso em: 19 Jun. 2016.

SOUTO MAIOR, Jorge Luis. O dano social e sua reparação. *Revista LTr*, vol. 71, n º 11, novembro. São Paulo: LTr, 2007.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; MENDES, Ranúlio; SEVERO, Valdete Souto. *Dumping Social nas relações de Trabalho*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Motivação e fundamentação das decisões judiciais e o princípio da segurança jurídica. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 2, n.7, jan./jun. 2006. Disponível em: <http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/viewFile/345/338>. Acesso em: 15 abr. 2017.

SOUZA, Rogério Soares de. A jurisprudência como fonte do Direito. *Periódico Científico Projeção, Direito e Sociedade*, v.5, n.2, dez/2014.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil, doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial. 5. ed. rev., atual. e ampl. do livro Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. *Revista de Informação Legislativa*, ano 52, n.206, abr./jun. 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512448/001041585.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2017.

SYTIA, Celestina Vitória Moraes. *O Direito e suas Instâncias Linguísticas*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*: direito das obrigações e responsabilidade civil. Vol. 2. 7.ed. São Paulo: Método, 2012.

TARTUCE, Flavio. Reflexões sobre o dano social. *Revista Evocati*, n. 47, nov. 2009. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=370>. Acesso em: 19 jun. 2017.

TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TARUFFO. Michelle. L'abuso del processo: profili comparatistici. *Revista de Processo*, São Paulo, vol.96, out./dez. 1999.

TEPEDINO, Gustavo. A evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas Controvérsias na Atividade Estatal. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Nexo de causalidade: conceito, teorias e aplicação na jurisprudência brasileira, p. 106-119. In: RODRIGUES JR., Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; VITAL DA ROCHA, Maria (Coord.) Responsabilidade civil contemporânea. São Paulo: Atlas, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 13, n. 1091, 21 nov. 2013. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/257-artigos-nov-2013/6336-processo-justo-e-contraditorio-dinamico>. Acesso em: 10 jun. 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Tutela Coletiva dos Direitos Individuais Homogêneos. Legitimação Processual das Associações no Direito Brasileiro. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 63, nov./dez. 2014.

TOLEDO, Cláudia. Teoria da Argumentação Jurídica. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, jan./jun. 2005.

TOSTA, Jorge. *Manual de interpretação do Código Civil*: as normas de tipo aberto e os poderes do juiz. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

V Jornada de Direito Civil / Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. – Brasília: CJF, 2012. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil. Acesso em: 15 jan. 2017.

VENTURI, Elton. *Execução da tutela coletiva*. São Paulo: Malheiros, 2000.

VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade civil preventiva*: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014.

VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões Judiciais por meio de Recursos de Estrito Direito e de Ação Rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 172, ano 34, jun. 2009.

WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 6, ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica. (1985) Madrid: Civitas, 1988

ZUFELATO, Camilo. *Coisa Julgada Coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011.

# ANEXOS

**ANEXO A** - CD-ROM

Conteúdo do CD-ROM: Amostra de pesquisa indicada no item METODOLOGIA:

1. Tabela de mineração de textos contendo as decisões judiciais dos Tribunais de Justiça selecionados, em formato Excel, com a utilização do filtro “dano social”;
2. Tabela de mineração de textos contendo as decisões judiciais dos Tribunais de Justiça selecionados, em formato Excel, com a utilização do filtro “dano moral coletivo”;
3. Tabela de mineração de textos contendo as decisões judiciais dos Tribunais de Justiça selecionados, em formato Excel, com a utilização do filtro “Junqueira de Azevedo”;
4. Tabela de mineração de textos contendo as decisões judiciais dos Tribunais Regionais do Trabalho selecionados, em formato Excel, com a utilização do filtro “dano social”;
5. Tabela de mineração de textos contendo as decisões judiciais dos Tribunais Regionais do Trabalho selecionados, em formato Excel, com a utilização do filtro “dano moral coletivo”;
6. Tabela de mineração de textos contendo as decisões judiciais dos Tribunais de Justiça selecionados, em formato Excel, com a utilização do filtro “Junqueira de Azevedo”.