

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

Weniton Paiva Santos

**A REPARAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO E OS DESAFIOS DE SUA
QUANTIFICAÇÃO: Em busca de critérios para uma tutela mais efetiva**

**Juiz de Fora
2016**

Weniton Paiva Santos

**A REPARAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO E OS DESAFIOS DE SUA
QUANTIFICAÇÃO: Em busca de critérios para uma tutela mais efetiva**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora, sob a orientação da Professora Doutora Raquel Bellini de Oliveira Salles.

Juiz de Fora

2016

Weniton Paiva Santos

**A REPARAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO E OS DESAFIOS DE SUA
QUANTIFICAÇÃO: Em busca de critérios para uma tutela mais efetiva**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel, na área de concentração de Direito Civil, submetida à Banca Examinadora composta pelos seguintes membros:

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Raquel Bellini de Oliveira Salles
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Me. Karol Araújo Durço
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Me. Tônia Aparecida Tostes do Prado
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, 04 de fevereiro de 2016.

À minha querida mãe, Valéria, e ao meu
vovô, Jesuíno, que nos céus torce por
mim.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus pela força diária e por ser sempre um porto seguro.

Agradeço à minha mãe, irmãs e sobrinhos, bem como aos demais familiares pela compreensão no período de realização deste trabalho.

Agradeço, também, à Professora Raquel Bellini por instigar interessantes discussões desde as aulas de Responsabilidade Civil, as quais resultaram na elaboração desta monografia; pela orientação e pelos empréstimos valiosos de seus livros e artigos que foram de inestimável importância na construção das ideias aqui apresentadas.

Agradeço, por fim, aos meus amigos Amanda de Paula, Amanda Paes, Gabriela, Larissa (Ipa), Clarissa, Mariana, Marina, Fernanda, Daniel, Mirian pelas palavras de incentivo e alegrias compartilhadas, e em especial à minha amiga Kamila, por ser a minha melhor dupla de desespos, alegrias, lutas e vitórias, com você as risadas se tornaram mais do que memórias, se tornaram forças.

“Podemos ajudá-los a prevenir a guerra não repetindo suas palavras ou seguindo seus métodos, mas encontrando novas palavras e novos métodos”.

Virginia Woolf

RESUMO

O presente trabalho se dedica a analisar os critérios de quantificação do dano moral coletivo, apontados pela doutrina e jurisprudência, enfrentando um dos maiores desafios encontrados pelo instituto da responsabilidade civil atualmente. Compreendendo essa difícil tarefa destinada aos magistrados, propõe-se a excepcionalidade da função punitiva e a necessidade de uma justa fundamentação das decisões, buscando sempre a melhor forma de reparação para as partes envolvidas.

Palavras-chave: Dano moral coletivo. Quantificação. Razoabilidade. Equidade. Fundamentação.

ABSTRACT

This work aims to analyze the criteria appointed by doctrine and jurisprudence for collective moral damage's measurement, what is one of the biggest challenges faced by civil responsibility nowadays. The exceptionality of punitive damage is proposed, as well as the necessity of fare reasons for judicial decisions, that must always pursue the best reparation for the damage suffered.

Keywords: Collective moral damage. Measurement. Reasonableness. Equity. Reasons

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. O DEVER DE REPARAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS COLETIVOS.....	13
1.1 A SUPERADA DIFICULDADE PARA INTERPRETAR O INSTITUTO DO DANO MORAL EM FACE DA OFENSA A DIREITOS METAINDIVIDUAIS.....	13
1.2 A PROBLÊMÁTICA FIXAÇÃO DE PARAMÊTROS NO DIMENSIONAMENTO DO DANO E SEUS REFLEXOS NA TUTELA COLETIVA.....	17
1.3 OS LIMITES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	20
2. A PERSPECTIVA CIVIL CONSTITUCIONAL E OS SEUS REFLEXOS NA BUSCA PELA TUTELA COLETIVA JUSTA.....	24
2.1. A METODOLOGIA CIVIL-CONSTITUCIONAL E O DEVER DE SUA OBSERVÂNCIA NO ÂMBITO DO DANO MORAL COLETIVO.....	24
2.2. A NECESSIDADE DE EFETIVAÇÃO DA PERSUAÇÃO LÓGICO RACIONAL NAS DECISÕES JUDICIAIS E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES.....	26
2.3. O PRINCÍPIO DA EQUIDADE NA MENSURAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL.....	28
3. APLICAÇÃO DE CRITÉRIOS DE QUANTIFICAÇÃO PARA UMA TUTELA JURISDICIONAL MAIS EFETIVA DO DANO MORAL COLETIVO.....	30
3.1. A EXCEPCIONALIDADE DA FUNÇÃO PUNITIVA NO ARBITRAMENTO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS COLETIVOS.....	30
3.2. CRITÉRIOS RELATIVOS À FUNÇÃO COMPENSATÓRIA E PUNITIVA.....	33
3.3. O CRITÉRIO BIFÁSICO COMO ALTERNATIVA PARA O ARBITRAMENTO..	41
3.4. O PARADIGMA DA DESPECUNIARIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	43
CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS.....	47

INTRODUÇÃO

A valorização e o reconhecimento crescente dos interesses de dimensão transindividual são resultados da transformação sofrida pela sociedade, a partir do século XX, com destaque para as consequências da forte expansão industrial e comercial e dos problemas gerados pela desigualdade social em um cenário de visível opressão econômica, como também pela busca da efetividade do sistema de proteção à dignidade da pessoa humana e à coletividade, previstos na Constituição de 1988.

É exatamente nesse panorama que se coloca a questão do dano moral coletivo, como forma de tutela desses direitos e interesses difusos e coletivos. Nesse sentido, a relevância do presente estudo se dá não só pela abordagem coletiva da proteção da pessoa humana, mas em virtude da crescente ocorrência de lesões e da necessidade de uma adequada resposta do ordenamento e sistema jurídico aos seus violadores, de forma a proporcionar uma justa reparação, que, na maioria das vezes, é representada por uma quantia pecuniária arbitrada por um magistrado.

O problema central que será enfrentado é a ausência de clareza dos critérios utilizados pelos magistrados para o arbitramento e quantificação do dano moral coletivo, gerando decisões desarrazoadas e insegurança jurídica.

O desafio proposto é, assim, investigar e analisar critérios objetivos de quantificação e as funções que exercem na reparação, ressaltando a extrema necessidade de sua previsão nas decisões judiciais, de modo que sejam pautados também em observância aos princípios constitucionais, para que possibilite a justa reparação do ilícito ocorrido.

Desta forma, por meio do presente trabalho, investigar-se-á, também, a inegável importância da reparação do dano moral coletivo para a sociedade, compreendendo o seu diferenciado sistema de aplicação para uma condenação eficaz.

Assim é que serão demonstradas as bases para a aceitação do dano extrapatrimonial da coletividade, e, no segundo capítulo, apresentar-se-á a proposta de solução, que possui como norte a perspectiva civil-constitucional, em que se reconhece a incidência das normas constitucionais nas relações privadas como garantia da unidade do sistema. Ao final, serão apresentadas, de forma crítica e propositiva, as formas de que o ordenamento jurídico dispõe para a reparação dessa espécie de danos, bem como critérios

consagrados pela doutrina e pela jurisprudência que auxiliam o juiz na intrincada tarefa de arbitrar o montante da indenização dos danos extrapatrimoniais coletivos, problema este igualmente existente nos danos individuais.

O presente trabalho estrutura-se a partir de premissas da responsabilidade civil, que, por limitação temática, não serão detidamente revistas. Dessa forma, a problemática a ser enfrentada pressupõe a aceitação do próprio dano extrapatrimonial coletivo, de modo que a abordagem será delimitada à questão de sua fundamentação e quantificação.

O método de investigação será o indutivo, a fim de que sejam analisadas, mensuradas e refletidas as diversas posições jurisprudenciais e doutrinárias acerca do problema da falta de fundamentação das decisões judiciais por meio de critérios objetivos para a quantificação do dano moral coletivo.

1. O DEVER DE REPARAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS COLETIVOS

1.1 A SUPERADA DIFICULDADE PARA INTERPRETAR O INSTITUTO DO DANO MORAL EM FACE DA OFENSA A DIREITOS METAINDIVIDUAIS

Em 05 de novembro de 2015, na histórica cidade de Mariana - Minas Gerais, ocorreu o maior e, ainda, imensurável desastre ambiental brasileiro. O rompimento da barragem de dois reservatórios da mineradora Samarco, cujos donos são a empresa Vale e a anglo-australiana BHP, causou uma enxurrada de lama no distrito de Bento Rodrigues, distrito de Mariana, criando um caos urbano com mortos e desabrigados. Essa lama atingiu o Rio Doce e se espalhou por vários municípios, alcançando Governador Valadares e, posteriormente, Colatina, no estado do Espírito Santo.

No caminho, a lama deixou um rastro de desolação, que inclui a morte de peixes, vegetação de mata atlântica destruída, córregos entupidos de lama, patrimônio histórico soterrado, gado sem vida à beira de estradas, peixes boiando inertes na lama e a falta de água. Atualmente, os seus rejeitos atingiram à costa do mar capixaba, e, ainda que se tentem medidas de contenção, existem grandes probabilidades de sua chegada ao sul da Bahia.¹ (ARAÚJO, 2015).

Nesse cenário, escusando-se do apontamento de todos os responsáveis, torna-se fácil concluir a inegável existência de imensuráveis danos tanto na esfera patrimonial, quanto na esfera extrapatrimonial individual e coletiva da sociedade. É que, justamente sob circunstâncias fáticas potencialmente lesivas à sociedade, tornou-se possível construir a tese segundo a qual admite “a possibilidade de configuração de um dano moral afeto à coletividade como um todo” (LEITE, BUZAGLO DANTAS e CANA VERDE FERNANDES, 1996, p. 63), em especial grupos que se veem atingidos injustamente em seu patrimônio imaterial ou ideal, tornando-se, portanto, merecedores de tutela pelo ordenamento jurídico.

¹ Mesmo depois que a barragem de Fundão se rompeu e liberou o equivalente a 20.000 piscinas olímpicas de água e lama tóxica em Minas Gerais e no vizinho Espírito Santo, ainda não há diagnóstico oficial sobre o que pode ter causado “o maior desastre ambiental da história do Brasil”, nas palavras da presidenta Dilma Rousseff. Os técnicos da empresa mineradora responsável, a Samarco Mineração –uma joint-venture de propriedade, em partes iguais, de duas gigantes mundiais do setor, a brasileira Vale e a australiana BHP Billiton– dizem que levarão seis meses para determinar o que provocou o acidente, que arrasou por completo o povoado de Bento Rodrigues e causou a morte de 17 pessoas.

Elucida com clareza Carlos Alberto Bittar Filho sobre a responsabilidade civil moderna e os danos extrapatrimoniais coletivos:

[...] vem a teoria da responsabilidade civil dando passos decisivos rumo a uma coerente e indispensável coletivização. Substituindo, em seu centro, o conceito de ato ilícito pelo de dano injusto, tem ampliado seu raio de incidência, conquistando novos e importantes campos, dentro de um contexto de renovação global por que passa toda a Ciência do Direito, cansada de vetustas concepções e teorias.

É nesse processo de ampliação de seus horizontes que a responsabilidade civil encampa o dano moral coletivo, aumentando as perspectivas de criação e consolidação de uma ordem mais justa e eficaz (FILHO, 1994, pg. 44).

Ocorre, porém, que a mudança de entendimento que influenciou na evolução do instituto da responsabilidade civil, reconstruindo suas bases em concepções solidárias e humanistas, foi justamente a sociedade de massa, marcada pelo impacto da evolução da tecnologia e pelas relações jurídicas complexas, através do movimento de coletivização ou socialização do qual surgiram os direitos metaindividuais (FLORENCE, 2009, p. 119).

Nesse sentido, Gabriel A. Stiglitz (1996, p. 73) acentua que, no tocante ao dano extrapatrimonial coletivo, o sujeito afetado não é a pessoa física individual, mas sim um grupo ou categoria que, coletivamente e por uma mesma causa global, se vê afetado em direitos ou interesses de significação vital que são tutelados pela Constituição e pela lei.

Não obstante a superação doutrinária da dificuldade de inserção da tutela dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, na dogmática pátria construída sobre bases de interesses individualistas, ainda assim o estudo e aplicabilidade do dano extrapatrimonial coletivo dividiu o Superior Tribunal de Justiça em posições antagônicas.

Através do voto proferido pelo Relator Ministro Teori Albino Zavascki, da 1ª Turma do STJ, em 02/05/2006 no Recurso Especial de nº 598.281, assim como pelo voto exarado pelo Ministro Luiz Fux no mesmo acórdão, e, por fim, pelo voto proferido, anos depois, pela Relatora Ministra Eliana Calmon, da 2ª Turma do Egrégio Tribunal, em 01/02/2009, no Recurso Especial de nº 1.057.274, evidenciou-se, respectivamente, a discussão jurisprudencial a respeito da proteção extrapatrimonial à tutela de interesses transindividuais.

Anderson Schreiber trabalha a presente dualidade de posições, elucidando que, enquanto o ministro da 1ª Turma adotava uma posição de rejeição à figura do dano, afirmando

reiteradamente a “impossibilidade lógica” do dano moral coletivo, já que a “ofensa moral sempre se dirige à pessoa enquanto portadora de individualidade própria, de um vultus singular e único”². Em sentido oposto posicionou-se a tanto o Ministro Luiz Fux, que teve seu voto vencido no mesmo julgado, e, mais tarde, a Ministra Eliana Calmon da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, o qual ensejou um célebre precedente. O caso analisado pela Ministra envolvia a submissão de idosos a procedimento de cadastramento para o gozo do benefício do passe livre, quando o Estatuto do Idoso exige apenas a apresentação de documento de identidade, reconhecendo, assim, a configuração do dano moral coletivo (SCHREIBER, 2015, p. 86-88).

A ministra categoricamente reconheceu que:

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.

O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos³.

Assim é que se pode afirmar, sem mais dúvidas doutrinárias ou jurisprudenciais, que, da mesma forma como a pessoa humana, individualmente considerada, possui um patrimônio ideal, não há como negar que à coletividade também é atribuído um patrimônio mínimo, composto pelos interesses difusos e coletivos ou individuais homogêneos, diferenciando-se estes, em apertada síntese, de acordo com a possibilidade de determinação de sujeitos e a relação jurídica base analisada. Nesse contexto, destacam-se, em especial, os bens e direitos do âmbito consumerista, valores sociais, tais como a cultura, o bem-estar, o meio ambiente, a qualidade de vida da coletividade, bens artísticos, paisagísticos e urbanísticos, indispensáveis ao desenvolvimento e à dignidade da pessoa humana (FILHO, 1997, p. 51)⁴.

² Para o Ministro é perfeitamente viável a tutela do bem jurídico salvaguardado pela Constituição (meio ambiente ecologicamente equilibrado), tal como a realizada nesta ação civil pública, mediante a determinação de providências que assegurem a restauração do ecossistema degradado, sem qualquer referência a um dano moral. (REsp 598.281-MG - 1ª T. - STJ - maioria - rel. p/ o acórdão Min. Teori Albino Zavascki. DJ 01.06.2006 p. 147).

³ Resp. nº 1.057.274 - RS - 2ª Turma - STJ- Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ em 01/02/2009.

⁴ Nesse sentido assim se pronunciou Carlos Alberto Bittar: “A preocupação com valores coletivos é a tônica no pensamento de nosso século, tendo atentado contra o patrimônio cultural da própria humanidade (violência contra a obra-prima ‘Pietà’) gerado, inclusive, em organismos internacionais especializados, movimentos de defesa, bem como expedição de legislação própria do direito interno

Desta forma, o fundamento do dano moral coletivo encontra respaldo legal na Constituição Federal, que, ao consagrar essa espécie de dano no artigo 5º, X, não fez qualquer restrição à titularidade. Ao contrário, o artigo em questão encontra-se inserido no Capítulo I do Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), o qual se refere aos “Direitos e Deveres Individuais e *Coletivos*”, inovando em relação à Constituição anterior que não mencionava direitos fundamentais coletivos, mas apenas individuais (FLORENCE, 2009, p. 128-129).

Se o legislador constitucional não dispôs expressamente sobre o dano extrapatrimonial coletivo, o legislador infra-constitucional corrigiu essa omissão no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), elaborado com fundamento nos princípios constitucionais, que, em seu artigo 6º, VI e VII, assim determina:

Art.6º São direitos básicos do consumidor:

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

VII. O acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação dos danos patrimoniais e *morais*, individuais, *coletivos* ou *difusos*, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados.

A previsão legal expressa dos danos extrapatrimoniais supraindividuais encontra-se não só no Código de Defesa do Consumidor, mas também no artigo 1º da Lei 7.347/85, *in verbis*:

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

I – ao meio ambiente;

II – ao consumidor;

III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico;

IV – a qualquer outro *interesse difuso e coletivo*;

V – por infração da ordem econômica⁵.

Notório, portanto, que o meio ambiente, o consumidor, individual e coletivamente, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e

dos Estados: nesse sentido a crescente atuação em defesa do patrimônio histórico e cultural, do folclore, do meio ambiente e de outros tantos valores sociais, em que se destacam leis especiais editadas, tanto no exterior, como em nosso país”.

⁵ Esse inciso foi introduzido pelo art. 88 da Lei 8.884/94 (Lei Antitruste).

urbanístico estão tutelados não só na Constituição Federal, mas também na Lei da Ação Civil Pública, conforme supramencionado.

Cabe, ainda, notar que se a doutrina e a jurisprudência, ao se pronunciarem sobre o dano moral individual, ressaltam que as ofensas de menor importância, o aborrecimento banal ou a mera sensibilidade não são suscetíveis de serem indenizados, de igual forma, verifica-se essa observação em relação ao dano moral coletivo (FLORENCE, 2009, p. 120).

Revelam-se, portanto, injustificadas as discussões a respeito da existência e dever de reparação dos danos extrapatrimoniais coletivos, como no emblemático caso da cidade de Mariana acima citado. Atinente ao tema central deste trabalho cabe, por fim, frisar que os bens tutelados são, por natureza, insuscetíveis de valoração econômica na exata proporção capaz de assegurar a sua restituição integral.

Deste ponto parte o entendimento de que a agressão deve ser significativa; por isso o fato que agride o patrimônio coletivo deve ser de tal intensidade e extensão que implique na sensação de repulsa coletiva a ato intolerável.

Assim, o desafio enfrentado insere-se na dificuldade concreta de quantificação desses valores. Como mensurar a contaminação e a poluição de rios e mares com rejeitos de lama tornando-os inutilizáveis por décadas, por exemplo, ou como monetarizar o vazamento de óleo dos navios, ou sob a ótica consumerista, a veiculação de propaganda enganosa ou, discriminatória? Ou, ainda, na esfera trabalhista, como mensurar os danos nos casos de exploração de crianças e adolescentes por meio de trabalho escravo? (FLORENCE, 2009, p. 148).

1.2. A PROBLEMÁTICA FIXAÇÃO DE PARÂMETROS NO DIMENSIONAMENTO DO DANO E SEUS REFLEXOS NA TUTELA COLETIVA

Como anteriormente fundamentado, na hipótese do dano moral coletivo, assim como o dano moral individualmente considerado, o prejuízo sofrido pelas vítimas são insuscetíveis de medida econômica na exata proporção do dano, uma vez que os valores extrapatrimoniais do ser humano, por sua própria natureza, são imensuráveis.

No âmbito da responsabilidade civil, a concretização dos valores espirituais, culturais, ambientais e demais valores da coletividade esbarram no maior desafio encontrado

pela responsabilidade civil atualmente, qual seja, a dificuldade de quantificação (MORAES, 2003, p. 50).

O que se pretende abordar no presente trabalho não parte de uma premissa de desconhecimento por parte dos magistrados da necessidade de fundamentação do seu raciocínio ou, especificamente do dever de fundamentar, em critérios, o *quantum* apurado. Longe disso, o que se demonstra, em verdade, é que no atual cenário jurídico essa prática revela-se, em muito, esquecida, o que proporciona imensuráveis prejuízos às partes envolvidas, sobretudo, quando nos projetamos a analisar a responsabilidade civil numa perspectiva civil-constitucional, marco teórico da presente monografia.

Nesse sentido, podemos afirmar que a atribuição de um valor econômico a uma obra de arte mundialmente valorizada representa, apenas, critério superficial de troca, considerando que ninguém pode apreciar, em dinheiro, o *quantum* reparador de um valor estético ou imaterial de uma obra historicamente reconhecida, ou da mesma forma quantificar uma lesão ao meio ambiente, como no trágico caso da histórica cidade de Mariana-Minas Gerais, cuja dificuldade de mensuração de todos os danos, mesmo pautada em diversos critérios, ultrapassa em muito nossa capacidade e limites da responsabilidade civil.

Desta forma, na falta de previsão de critérios objetivos para quantificação dos danos extrapatrimoniais, a matéria sempre foi deixada ao que comumente chama-se “prudente arbítrio do juiz” quando da aplicação do Direito ao caso concreto. É o que analisa Pablo Stolzer e Rodolfo Pamplona:

O juiz, investindo-se na condição de árbitro, deverá fixar a quantia que considere razoável para compensar o dano sofrido. Para isso, pode o magistrado valer-se de quaisquer parâmetros sugeridos pelas partes, ou mesmo adotados de acordo com sua consciência e noção de equidade, entendida esta na visão aristotélica de ‘justiça no caso concreto (STOLZE e PAMPLONA FILHO, 2003, p. 400)

No mesmo sentido preconiza Maria Celina Bodin de Moraes:

No entanto, como o juiz deverá proceder? Diz-se, comumente que deve seguir determinados critérios preestabelecidos, na lei, na doutrina ou na própria jurisprudência, os quais deverão nortear a (complexíssima) tarefa de quantificar, nos seus mais diversos aspectos, os danos à pessoa humana. Por outro lado, e mais relevante, os critérios de avaliação usualmente aceitos, embora não sejam critérios legais, apresentam-se como lógicos, devendo, porém, ser sempre explicitado na decisão [...] (MORAES, 2003, p. 272).

Evitando-se antecipar como se daria essa atuação do magistrado na quantificação do *quantum debeatur* da reparação por danos morais coletivos, o que será objeto de análise no próximo capítulo, inegável, entretanto, a necessidade de exposição da situação preocupante em que se insere a presente temática.

Observa-se, assim, a falta irrestrita de critérios, assim como a não clareza na exposição de alguns, na construção do *decisum* pelos magistrados, objetivando o arbitramento e quantificação do dano moral coletivo, o que, por sua vez, gera decisões desarrazoadas e insegurança jurídica.

Nesse sentido, torna-se incontestável a necessidade e o dever de superação dessa dificuldade em nosso sistema jurídico, uma vez que, na medida em que as necessidades da sociedade se modificam, o ordenamento jurídico e o entendimento dos magistrados e demais aplicadores do direito também precisam se modificar.

É que o crescimento do envolvimento da sociedade na busca pela efetividade dos seus direitos também reflete na necessidade de uma justa solução, o que se estende a um arbitramento justificado do que é devido, permitindo, assim, solucionar os conflitos suscitados de forma fundamentada para todas as partes envolvidas.

Esse entendimento parte da noção prática de que não adianta o arbitramento de um *quantum debeatur* justo e pautado em critérios, verdadeiramente pertinentes, se apenas quem fixou os conhece.

Necessário, ainda, consignar que são raras as sentenças que buscam delimitar cada um dos fatores ou critérios que levaram o magistrado a fixar aquele determinado *quantum* como condenação. Assim, é possível concluir, sem dúvidas, que, na prática, o dano moral é arbitrado sem que sejam explicitadas quais as circunstâncias utilizadas pelo juiz para a formação de seu convencimento (FLORENCE, 2009, p. 170).

Mister considerar a inegável amplitude que o dever de reparação que o dano extrapatrimonial coletivo alcança dentro do ordenamento pátrio. Nesse sentido, destaca-se não só no ramo do Direito Civil, mas também fortemente no âmbito do direito do trabalho, que por sua vez tem se projetado na busca pela proteção da dignidade da pessoa humana, coletivamente considerada.

Merece análise a decisão que condenou a empresa de telecomunicações TIM a pagar R\$ 400 mil a título de dano moral coletivo por venda casada de chip e aparelho fixo. Embora no Recurso Especial Nº 1.397.870 - MG, apreciado pela 2ª turma do STJ pelo Relator Ministro Mauro Campbell Marques, em 02 de dezembro de 2014, discutia-se,

restritamente, quanto à existência de dano moral coletivo, bem como alegado cerceamento de defesa na produção de provas. No que concerne à quantificação, torna-se possível identificar a generalidade na fixação do *quantum debeat*.

Com base em diversas reclamações de consumidores do Estado de Minas Gerais, segundo os quais só poderiam adquirir chips "Tim Fixo Pré" ou "Tim Fixo Pós" se também comprassem aparelhos da empresa, o Ministério Público do estado de Minas Gerais ajuizou a ação civil pública contra a referida empresa.

No referido recurso especial, restou observado que o digno juízo de 1º grau consignou em seu *decisum* que, apesar de instado a ser manifestar, o réu ficou inerte quanto à impugnação específica dos elementos de prova que instruíam a ação, possibilitando, com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, veja-se:

Nestas circunstâncias, há a obrigação da Requerida em reparar o dano moral difuso, conforme previsto no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, c/c o art. 21, da Lei 7.347/85 c/c art. 81, parágrafo único, inciso I e art. 6º, inciso VI, da Lei 8078/90. Há que se estabelecer o valor da multa. Entendo que o montante de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), atende bem os princípios da razoabilidade e proporcionalidade que devem nortear a sua fixação, servindo de caráter pedagógico, para que a Requerida não reitere ações que visem lesar o consumidor, considerando-se, ainda, que a empresa é de grande porte. Assim, julgo, amparado pelos dispositivos legais retromencionados, procedente o pedido, para declarar abusiva a conduta da Ré, determinando que se abstenha de promover a venda casada de seus serviços e produtos, nos exatos termos do pedido exordial. Determino, ainda, que a Requerida fixe preços distintos e razoáveis para os serviços de telefonia e venda de aparelhos telefônicos, comprovando-os em juízo, no prazo de 30 dias.

Percebe-se, portanto, que decisões como a exemplificada não são incomuns no sistema processual, de forma que se verificam tanto no âmbito coletivo, e, principalmente, na esfera individual em que as demandas são quantitativamente maiores. A problemática piora quando são analisadas questões como a prejudicialidade do contraditório e impossibilidade de revisão das decisões.

1.3. OS LIMITES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como anteriormente mencionado, a fixação da indenização por danos morais é uma das tarefas que mais atormentam os operadores de direito, desde a aceitação do instituto em nosso ordenamento jurídico, tanto na esfera individual quanto coletiva.

Não é novidade a grande quantidade de decisões que arbitram valores completamente distantes em hipóteses bastante semelhantes ou valores muito próximos onde, em tese, as reparações jamais poderiam ser equivalentes. Nesse sentido, preconiza Humberto Theodoro Júnior:

Se a vítima pudesse exigir a indenização que bem quisesse, e se o juiz pudesse impor a condenação que lhe aprouvesse, sem condicionamento algum, cada caso que fosse ter à Justiça se transformaria num jogo lotérico, com soluções imprevisíveis e as mais disparatadas (THEODORO JÚNIOR, 1996, P. 89).

Assim, é que, infelizmente, resta incontestável a afirmação de que dependendo do juiz e da Câmara, para onde seja distribuída a ação, o valor da indenização pode ser muito alto ou irrisório, mesmo tratando-se de dissídios coletivos.

Desta forma, o Superior Tribunal de Justiça, a partir de reiterados acórdãos e visando estabelecer um controle sobre as reparações, vem adotando o entendimento de que para modificação do valor condenatório por danos extrapatrimoniais, caberá recurso especial, apenas de forma excepcional, nos casos em que o valor arbitrado contrariar a lei ou o bom senso ou afrontar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, mostrando-se irrisório ou exorbitante (MORAES, 2003, p. 275-278).

Nesse sentido, fundamenta o acórdão proferido pelo Ministro Relator Luis Felipe Salomão, no agravo regimental em recurso especial nº 531.755- MG, em 21/08/2014, a título exemplificativo. Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. DANO MORAL COLETIVO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO DO VALOR DOS DANOS MORAIS. ALEGAÇÃO DE VALOR EXAGERADO. REEXAME DO SUPORTE FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. O Tribunal de origem, com base nos fatos e provas dos autos, concluiu pela ocorrência do dano moral coletivo. Dessa forma, rever a conclusão do Tribunal de origem demandaria o reexame do contexto fático-probatório, conduta vedada ante o óbice da Súmula 7/STJ.

2. Nos termos da jurisprudência consolidada neste Superior Tribunal de Justiça, a revisão de indenização por danos morais só é possível em recurso especial quando o valor fixado nas instâncias locais for exorbitante ou ínfimo, de modo a afrontar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Ausentes tais hipóteses, incide a Súmula 7 do STJ, a impedir o conhecimento do recurso.

3. No presente caso, não se vislumbra nenhuma excepcionalidade que seria capaz de ensejar a redução pelo STJ do valor da indenização por danos morais arbitrado nas instâncias ordinárias.

4. Agravo regimental não provido.

A consolidação desse entendimento de inadmissibilidade, em regra, de recurso especial para revisão do *quantum debeatur* dos danos morais, parte da aplicação, de acordo com sua jurisprudência consolidada, da vedação ao reexame de questões fático-probatórias, conforme preconiza a Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça⁶.

Nas hipóteses excepcionais admitidas, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que há violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tratando-se de questão de direito, e não matéria fática, de modo que a revisão não seria um óbice da referida súmula. É o que justifica o Ministro Luiz Fux no julgado abaixo:

A jurisprudência desta Corte Superior tem-se posicionado no sentido de que esse quantum deve ser arbitrado pelo juiz de maneira que a composição do dano seja proporcional à ofensa, calcada nos critérios da exemplaridade e da solidariedade. Assim, cabe ao S.T.J aumentar ou reduzir o valor fixado a título de indenização por danos morais, quando este se configure irrisório ou exorbitante, sem que isso, implique análise de matéria fática. STJ, 1ª T., REsp 901.897, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 25/11/2008.

Por causa da Súmula nº 7, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça considera apenas os fatos expressamente consignados nas decisões de primeiro e segundo graus de jurisdição, e não revê o entendimento do tribunal local quanto à existência da ofensa, à presença do nexo de causalidade e à existência de culpa.

Desse modo, estar-se-ia revalorando em abstrato as circunstâncias narradas nas decisões recorridas, não o conjunto probatório que instrui a demanda. Isso cria situações inusitadas.

Essa afirmação – que se refere à Súmula número 7, impeditiva do reexame de provas – faz indagar se pode ser explicável racionalmente o entendimento do STJ de desconsiderar as provas dos autos (fotos, laudos periciais, etc.) na quantificação dos danos morais. Tal limitação traz ainda mais questionamentos quando se relembra que são desconsideradas todas as questões (peculiaridades do caso concreto) não expressamente consignadas no acórdão recorrido.

Outra crítica que remanesce aplica-se quando um valor apresenta-se realmente exorbitante ou irrisório. Em quais precedentes o jurisdicionado deve se basear, ou mesmo os

⁶ Súmula nº 7 - A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

ministros, quais acórdãos alcançam o status de jurisprudência pacífica ou majoritária? O critério de exorbitante ou irrisório é objetivo ou também é estabelecido conforme o “prudente arbítrio do juiz”?

2. A PERSPECTIVA CIVIL CONSTITUCIONAL E OS SEUS REFLEXOS NA BUSCA PELA TUTELA COLETIVA JUSTA

2.1 A METODOLOGIA CIVIL-CONSTITUCIONAL E O DEVER DE SUA OBSERVÂNCIA NO ÂMBITO DO DANO MORAL COLETIVO

Não pretende o presente capítulo a realização de uma análise profunda do grande avanço da metodologia da constitucionalização do direito civil, por vezes referida como “direito civil-constitucional”, mas esclarecimentos sobre sua inequívoca importância na compreensão desse método que foi fundado no pensamento de Pietro Perlingieri e teve no Brasil grande receptividade, por encontrar também um contexto constitucional de redemocratização e civilistas ansiosos por transformar um arcaico direito civil clássico em um instrumento de emancipação das pessoas e de transformação social, rumo a uma comunidade mais justa e solidária (KONDER, 2015 p. 200).

Nesse sentido, guarda total pertinência a problemática da quantificação dos danos morais coletivos, com o desafio de interpretação elucidado por Perlingieri, quando se compreende que deva existir uma lógica que, necessariamente, precisa perpassar todos os dispositivos, leis e regulações, mas mantendo-se sempre fiel aos princípios constitucionais. Lógica essa que deve estar presente, também, nas decisões judiciais em todos os seus pontos:

A teoria da interpretação assume, em um ordenamento complexo e aberto, a função mais delicada de individualizar a normativa a ser aplicada ao caso concreto, combinando e coligando disposições, as mais variadas, mesmo de nível e proveniência diversos, para conseguir extrair do caos legislativo a solução mais congruente aos valores constitucionais (PERLINGIERI, 2008).

Afirma-se, nesse sentido, que uma coisa não existe sem a outra. Perlingieri, novamente, pertinentemente esclarece esse ponto de partida: “a produção da lei e a produção da decisão da lide se configuram como um procedimento sem fim, onde a situação final se torna inicial, pronta para assumir o provisório papel final” (PERLINGIERI, 2008).

Portanto, o constitucionalismo transformou a configuração tradicional do sistema jurídico, transferindo valores antes observados apenas em parte do sistema para todo o ordenamento. Ademais, deixa de existir um centro do ordenamento, consagrando-se, por outro lado, mobilidade e plasticidade normativa. A norma constitucional, assim, torna-se parte integrante da normativa, deixando de ser encarada como mera regra hermenêutica para figurar

também como norma de comportamento, incidindo, inclusive, sobre o conteúdo das relações entre os sujeitos, dando asa a novos valores (PERLINGIERI, 2008, p. 589-592).

Assim, as características predominantes da metodologia da constitucionalização do direito civil baseiam-se na interpretação e aplicação dos princípios e regras constitucionais às relações intersubjetivas do Direito Civil, bem como a consequente defesa da unidade do ordenamento jurídico, através da superação da dicotomia público-privado, no qual guarda total pertinência temática os desafios do estudo do dano moral em todos os seus aspectos (MORAES, 2003, p. 182).

Gustavo Tepedino fundamenta com precisão que a introdução de uma nova postura metodológica, embora não seja simples, torna-se facilitada, em razão da compreensão, de amplitude difusa, do papel dos princípios constitucionais nas relações de direito privado, sustentando, ainda, que a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido o caráter normativo de princípios como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a função social da propriedade, assegurando, portanto, eficácia imediata nas relações (TEPEDINO, 2001, p. 10).

Nesse contexto, atinente aos bens e interesses extrapatrimoniais, fundamenta Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 182) que a noção de unidade de ordenamento projeta-se pela tutela à pessoa humana e à sua dignidade, sendo, portanto, esse o objetivo a ser perseguido, ou seja, oferecer a máxima garantia à pessoa humana, em todos os campos e aspectos da vida social. Configurando, assim, a tutela primordial é que a autora afirma a existência de uma “cláusula geral de tutela da pessoa”, consolidada, sobretudo, a partir dos artigos 1º, III e 3º, I, da Constituição Federal.⁷

Concernente ao conceito de dano moral enfatiza a autora que:

O dano moral não pode ser reduzido à “lesão a um direito da personalidade”, nem tampouco ao “efeito extrapatrimonial da lesão a um direito subjetivo, patrimonial ou extrapatrimonial”. Tratar-se-á sempre de violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana, seja causando-lhe um prejuízo material, seja violando direito (extrapatrimonial) seu, seja, enfim, praticando, em relação à sua dignidade, qualquer “mal evidente” ou “perturbação”, mesmo se ainda não reconhecido como parte de alguma categoria jurídica (MORAES, 2003, p. 183-184).

Cabe, ainda, consignar que não há como falar do conceito de dano sem falar de sua quantificação, uma vez que o conceito e aplicabilidade deste só faz sentido na medida em

⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] *III - a dignidade da pessoa humana* [...]; Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: *I - construir uma sociedade livre, justa e solidária* [...]

que seja possível chegar a um *quantum* que guarde relação com os interesses tutelados, observando, para tanto, princípios e critérios norteadores do *decisum*.

2.2. A NECESSIDADE DE EFETIVAÇÃO DA PERSUAÇÃO LÓGICO-RACIONAL NAS DECISÕES JUDICIAIS E APLICAÇÃO DA GARANTIA DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES

O ordenamento brasileiro determina que cabe ao magistrado a tarefa de quantificar o dano extrapatrimonial, exercendo, com liberdade, uma análise lógico-racional dos fatos e provas trazidos aos autos para fundamentar sua decisão. Nesse contexto, torna-se comum a ideia de que todo convencimento judicial está pautado num juízo de verossimilhança, uma vez que como bem preconiza Fredie Didier em brilhante citação de Michele Taruffo “a verdade, portanto, com a qual deve e pode preocupar-se o conhecimento racional - e com o qual se deve preocupar também o processo – é aquela *relativa* a um determinado contexto” (TARUFFO, 2007 *apud* DIDIER JR., ALEXANDRIA DE OLIVEIRA e SARNO BRAGA, 2015, p. 314).

Dessa maneira, o pensamento jurídico evoluiu, tendo em vista a aplicação da lei pelo judiciário sob critérios valorativos os quais priorizavam a justiça e o bem-estar social. No mesmo sentido, os poderes do juiz foram ampliados no que tange ao entendimento de que cabe ao julgador dar a solução mais justa possível ao litígio (ARONNE, 1996, p. 19-21).

Surge, então, um sistema novo de valoração dos fatos e da prova, tendo limites mais racionais para o julgador e implicações no Direito Processual Civil. Trata-se do sistema da convicção racional, que motivou o aparecimento do Princípio do Livre Convencimento do Juiz, podendo ser traduzido e materializado na conjunção dos seguintes artigos: artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil⁸; artigo 126 do Código de Processo Civil⁹ e artigo 131 do Código de Processo Civil¹⁰.

Desse entendimento, conclui-se que a busca processual é pela “verdade possível”, e nesse ponto nasce o importante e necessário dever de justificação da convicção do

⁸ Artigo 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

⁹ Artigo 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973.

¹⁰ Artigo 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 lhe formaram o convencimento.

magistrado, e a exigência de fundamentar a sua decisão, na qual “a motivação, nesse sentido, é a explicação da convicção da decisão” (DIDIER JR., ALEXANDRIA DE OLIVEIRA e SARNO BRAGA, 2015, p. 313-314).

É que a garantia da motivação das decisões possui não só natureza jurídica de orientação, mas de direito fundamental do jurisdicionado, pois é na Constituição Federal, por meio do artigo 93, IX, que o legislador preocupou-se em estabelecer esse direito, ao prever que toda decisão judicial, sem exceções, seja fundamentada e motivada, prescrevendo, ainda, norma sancionadora de nulidade para as decisões desmotivadas. Compartilha desse entendimento também Didier, Rafael Alexandria e Paula Sarno ao aduzirem que mesmo se não houvesse disposição constitucional, o dever de motivar não deixaria de corresponder a um direito fundamental do jurisdicionado, pois inerente e consequente também da garantia do devido processo legal e manifestação do Estado de Direito (DIDIER JR., ALEXANDRIA DE OLIVEIRA e SARNO BRAGA, 2015, p. 314).

Ressalta-se que este princípio decorre da proteção de um interesse das partes, e também de um interesse público. No primeiro caso, analisa-se o interesse das partes sob o prisma de que cabe a elas saber o motivo que levou o juiz a decidir a questão de tal forma. Já o outro caso, compreende o interesse público, haja vista a importância de se averiguar a imparcialidade do julgador. Na realidade, exerce-se um controle difuso da legitimidade da atuação do magistrado, assegurando a participação da sociedade no controle da atividade jurisdicional.

A esse respeito fundamentam Fredie Didier, Rafael Alexandria e Paula Sarno que a primeira função seria endoprocessual, possibilitando às partes controlar a decisão por meio dos recursos cabíveis, assim como para que ministros ou juízes em instâncias superiores possam ter subsídios para eventual reforma ou permanência da sentença proferida pelo órgão *a quo*. Citam, ainda, que essa segunda função denomina-se *exoprocessual* ou *extraprocessual*, possibilitando, como dito, um controle pela via difusa da democracia participativa, exercida pelo povo (DIDIER JR., ALEXANDRIA DE OLIVEIRA e SARNO BRAGA, 2015, p. 315).

No mesmo sentido enfatiza Maria Celina Bodin de Moraes, a importância estrutural da fundamentação da decisão judicial, e esclarecendo que “se a extensão da motivação depende das circunstâncias mais ou menos complexas do caso concreto, a obrigação de motivação não se contenta com a vaga alusão à razoabilidade em relação ao valor da condenação” (MORAES, 2003, p. 274).

Nessa afirmação pode-se verificar a atual problemática apontada no presente estudo, onde os magistrados se restringem a uma alusão vaga e genérica aos princípios da

equidade e da razoabilidade sem que exerçam, de fato, uma detida análise para se chegar ao valor da reparação, pelo que, sem muita dúvida conclui-se que a fixação, na maioria das vezes, tem sido no “chute”.

Do mesmo modo, por derradeiro, a autora critica que “o problema que aqui se quer ressaltar, sublinhando sua importância, diz respeito à insuficiente motivação nas decisões de reparação do dano moral, especialmente no que se refere à determinação do *quantum respondeatur*” (MORAES, 2003, p. 274-275).

2.3. O PRINCÍPIO DA EQUIDADE NA MENSURAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

Tendo em vista que não há diretrizes ou *standards* de tabelamento oriundos do sistema legal, o equacionamento do *quantum* da reparação por danos extrapatrimoniais, como vimos, passa ser tarefa relevante atribuída ao prudente arbítrio do juiz em cada caso concreto. Na verdade, o juiz completa a tarefa do legislador, onde muitos fatores hão de intervir na fixação.

Portanto, deve o juiz, com base no ordenamento jurídico, arquitetar e compor a solução concreta e justa para a hipótese de lesões aos valores de convivência social, sobretudo, na esfera dos danos à coletividade, que fundamentam o sistema.

Nesse sentido, de acordo com o princípio da equidade, entende-se que este concede ao juiz ou ao intérprete maior autonomia para buscar o novo direito, como solução justa para casos concretos. Para tanto a norma jurídica é a tipificação axiológica de uma situação de fato a ser aplicável a comportamentos futuros. Já a sentença que dela decorre resulta da individualização do preceito, da conversão da norma genérica na norma concreta, mediante o processo do conhecimento prático da prudência judicial.

Esse é o entendimento de Francisco Amaral, que conceitua a equidade no ordenamento brasileiro como um princípio ético, ou seja, um modelo ideal de justiça inspirador do direito e que visa à realização de igualdade material, transformando-se, portanto, em um modelo jurídico quando aplicado pelo órgão jurisdicional a um conflito de interesses específico.

Entretanto, para esse autor, embora a equidade seja um conceito “multissignificativo”, representando, portanto, uma cláusula geral, apresenta-se, também por sua natureza, de forma excepcional. É que, nesse sentido, a equidade não representa uma

forma ou meio de integração de lacuna da lei, em razão do previsto no artigo 127 do Código de Processo Civil que reduz o recurso à equidade aos casos previstos em lei.¹¹

Esta ressalva de que a equidade somente será utilizada para julgar em casos específicos se dá porque muitas vezes a equidade se opõe à legalidade estrita, trata-se de liberdade dada ao juiz para julgar sem a aplicação da lei escrita, mas sim pelo valor do justo. Nesse sentido, preconiza o artigo 5º LINDB determinando que o juiz aplique a lei atendendo aos seus fins sociais de ao bem comum, que pode também ser entendido como aplicação de equidade, num conceito mais moderno.

Não obstante isso, Francisco Amaral ainda elucida outras ocasiões em que o direito recorre-se ao princípio da equidade, são elas:

- A) Quando a lei assim determinar
- B) Quando as partes assim convencionarem, compromisso arbitral
- C) Quando o juiz tiver de decidir com base em cláusulas gerais e tendo em vista a equidade um critério histórico de igualdade e proporcionalidade

O desafio da quantificação se insere nessa última possibilidade de aplicação do princípio, pois determinando o sistema jurídico que o juiz arbitre o valor do quantum, conforme o “bom senso” e a razoabilidade, nada mais do que estabelece uma cláusula geral de orientação. Esse também é o entendimento desse ilustre autor, que se separa a aplicação do princípio em quatro funções: a de natureza interpretativa, corretiva, quantificadora e supletiva. Veja-se:

Pode-se reconhecer que ela tem uma função básica e geral de natureza interpretativa, no sentido de adequar a regra ao caso concreto, recorrendo aos critérios da igualdade e da proporcionalidade, de modo a realizar não a justiça do caso concreto, mas o direito do caso concreto tem ainda uma função corretiva, no sentido de temperar o direito positivo, principalmente, em matéria contratual, e uma função quantificadora, quando se constitui em uma medida, uma quantificação dos efeitos de aplicação de uma norma, como ocorre, por exemplo no caso de se fixarem valores de uma indenização. Sendo a lei omissa e devendo o juiz fixar um valor retributivo, o recurso é o princípio da equidade quando então lhe será reconhecida uma função supletiva.

Concernente ao presente tema, a função quantificadora do princípio da equidade representa a legitimação da sua utilização por parte dos magistrados na busca por uma quantificação que represente valores justificados ao caso concreto.

¹¹ Art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

3. APLICAÇÃO DE CRITÉRIOS DE QUANTIFICAÇÃO PARA UMA TUTELA JURISDICIONAL MAIS EFETIVA DO DANO MORAL COLETIVO

3.1 A EXCEPCIONALIDADE DA FUNÇÃO PUNITIVA NO ARBITRAMENTO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS COLETIVOS

Como já apontado, o interesse comum em se alcançar a paz e a harmonia social, levando-se em conta interesses individuais, da coletividade, bem como as regras de convivência e organização, conduzem à valorização cada vez maior da responsabilidade civil como um o mecanismo estrutural jurídico de garantia do equilíbrio da sociedade (NETO, 2014, p. 94).

Nesse sentido, análises cautelosas das funções da reparação dos danos extrapatrimoniais são de extrema necessidade, uma vez que a quantificação do valor correspondente à lesão sofrida constitui aspecto dos mais relevantes. Cabe ressaltar, ainda, o compreensível grau de complexidade presente no dimensionamento do *quantum* correspondente, ocasionado por força das variantes que se revelam caso a caso, ainda mais se tratando de bens insitos à esfera extrapatrimonial, na qual, conforme já mencionado, exige do magistrado redobrado senso de observação, objetivando-se, ao final, a não banalização do próprio instituto da responsabilidade civil.

À vista das características próprias dos danos extrapatrimoniais coletivos, cabe frisar que a sua análise enseja um tratamento próprio no plano de responsabilização do agente causador, o que se difere em relação à função que orienta, por excelência, os danos extrapatrimoniais individuais. Nesse sentido, o norte do presente trabalho parte da noção de excepcionalidade da função punitiva como método utilizável para auferir o *quantum debeat* da condenação, inserindo-se, portanto, os danos à coletividade como exceção à posição adotada por parte da doutrina que preconiza uma preponderância da função compensatória como viés reparador das lesões.

Posição essa também adotada no presente trabalho, a qual não é detidamente explorada, em razão da limitação temática que esta monografia se propôs. Entretanto, em resumo, cabe considerar que se torna evidente que o objetivo punitivo, na esfera individual, concretizado na condenação a uma indenização superior ao que normalmente seria arbitrada para fins compensatórios, é incompatível com o princípio da moderação e da razoabilidade na

fixação do *quantum*, sobretudo sob uma perspectiva de vedação ao enriquecimento sem causa da vítima, transformando o dano em fonte de lucro, e gerando o que comumente denominou-se de “indústria do dano” (MORAES, 2003).

Assim, é necessário fundamentar a excepcionalidade da função punitiva para arbitramento do dano moral coletivo, tendo em vista que na esfera individual ela se revela imprópria. No que concerne à esfera coletiva, não são poucas as situações em que se torna possível verificar que condutas ilícitas, refletindo efeitos danosos à coletividade, deixam seus ofensores isentos de uma responsabilização adequada, em que pese o proveito obtido com as violações praticadas, sobretudo se fosse aplicado na quantificação do dano apenas o caráter reparador da função compensatória.

Nesse cenário que, aliado a dificuldade do real e integral dimensionamento do dano moral coletivo, em razão da imprecisão dos parâmetros para compensar o dano, torna-se ainda mais pertinente o objetivo de sancionar o agente causador, por meio da aceitação e incorporação na esfera coletiva do caráter sancionador da condenação, com o fim maior de desestimular outras possíveis condutas ofensivas.

Sobre o tema, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho pronuncia-se:

Havendo dano a interesse público ou difuso, perfeitamente possível a imposição de reparação civil com caráter marcadamente sancionatório sob a forma de dano punitivo. Contudo, a imposição de indenização com caráter de sanção deve ser cercada de cuidados para não exorbitar sua finalidade repressiva e dissuasiva. [...] A sua aplicação comedida e prudente levaria a uma maior esfera de proteção ao interesse público e aos novos conceitos de interesse difuso e coletivo. A reparação, nesses casos, deve ser feita por arbitramento judicial, a exemplo do que ocorre no dano moral tradicional (CARVALHO, 2000, p. 37).

Destaca-se, ainda, a posição abalizada de José Augusto Garcia:

Antes de forma um tanto receosa, e ultimamente de maneira bem mais resoluta, passou-se a admitir uma função punitiva para as condenações relativas a danos morais. Na verdade, poderíamos falar, mais apropriadamente, em uma função preventivo-pedagógica para os danos morais, a qual se mostra intimamente conectada ao tema da coletivização jurídica. De fato, em conflitos meramente intersubjetivos, a aludida função preventivo-pedagógica pouco tem a brilhar, mormente porque se trata, em regra, de lides eventuais, não habituais, não profissionais. Tudo muda de figura, entretanto, quando estamos diante de conflitos carregados de dimensão coletiva. [...] A função preventiva da indenização por danos morais

e a ênfase na conduta do ofensor, para efeitos de quantificação da indenização, há anos e anos não traduzem mais novidade alguma no meio jurídico.[...] Com efeito, a manifestação pretoriana há de demonstrar cabalmente a reprovação estatal em relação a comportamentos que infrinjam a ordem pública [...], desestimulando o infrator da maneira a mais persuasiva possível. Não é possível que a decisão judicial, mesmo condenando (o ofensor), estimule ainda mais o proceder ilícito (GARCIA, 1998, p. 28).

Cabe, ainda, frisar que Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 263), embora tenha assumido uma posição restritiva no que diz respeito à natureza punitiva da reparação do dano moral individual, admite o dano punitivo, em sua função de exemplaridade, quando a ação versar sobre casos em que se faça imperioso dar uma resposta à sociedade, isto é, à consciência social. Por exemplo, quando tratar-se de conduta particularmente ultrajante ou insultuosa em relação à consciência coletiva, ou, ainda, se der o caso, não incomum, de prática danosa reiterada.

A autora, enfaticamente, reconhece:

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

Com base nessas assertivas, é possível concluir que, nas questões individuais, onde as peculiaridades da lesão em face da vítima são mais visivelmente identificadas, a função compensatória assume supremacia em relação ao caráter punitivo ou sancionador-pedagógico, ensejando sobre si maior consideração na esfera jurisprudencial. Mas, nas hipóteses de dano moral coletivo, em vista da inegável relevância de sua reparação, torna-se essencial cumprir as duas funções.

Tatiana Florence, citando dois autores argentinos, Matilde Zavala de González e Rodolfo Martín González, fundamenta que a indenização punitiva teria três funções a desempenhar: a) sancionar o responsável; b) prevenir condutas lesivas similares e c) eliminar os benefícios injustamente obtidos através da atividade danosa. Sobre essa última, afirmam

que “não se infere um ‘mal adicional’ ao ofensor, mas se destrói o ‘benefício adicional’ que ele criou em interesse próprio e sobre o sacrifício alheio” (FLORENCE, 2009, p. 166).

Nesse sentido, o desafio que se configura é exatamente o de superar o contrasenso de considerar uma sanção punitiva nas hipóteses do dano moral coletivo caracterizado por responsabilidade objetiva, sem que se estabeleça a razão pela qual o ofensor está sendo punido.

3.2. CRITÉRIOS RELATIVOS À FUNÇÃO COMPENSATÓRIA E PUNITIVA

Como visto, cuida-se a reparação do dano moral coletivo, diante do imperativo constitucional de proteção e tutela a direitos transindividuais, de modalidade peculiar de quantificação, uma vez que se admite, excepcionalmente, a função punitiva. Deste modo, a relevância da previsão legal dessa reparação (artigos 1º e 13º da Lei número 7.347/85), conforme exposto nos capítulos anteriores, é facilmente verificada quando se constata que a simples cessação da conduta danosa ilícita ou o cumprimento de determinada obrigação de fazer ou não fazer, deixaria impune o ofensor, se comparar o proveito obtido com a violação, que muitas vezes revela-se exorbitante, em detrimento, portanto, de bens e valores titularizados pela coletividade.

Nesse sentido, considerando que os critérios adotados para a fixação do dano extrapatrimonial representam a resposta do sistema jurídico a essas condutas danosas, surge a necessidade de que o magistrado esteja orientado pela observância dos princípios da equidade e da motivação lógico-racional, estabelecendo e separando no seu *decisum* o valor atribuído com relação a cada critério adotado.

Contudo, antes de separar e explicar alguns critérios apontados doutrinariamente torna-se importante revisar que, não obstante a vedação do tabelamento para fixação do *quantum debeatur* da condenação, parte da doutrina via na entrada em vigor do Código Civil de 2002 a oportunidade de uma orientação legal e objetiva de critérios. Entretanto, os critérios para a fixação do dano extrapatrimonial não foram regulados pelo novo Código Civil¹² (SCHREIBER, 2015).

Elucida com clareza Maria Celina Bodin de Moraes:

¹² O Código Civil de 1916 chegou a indicar alguns critérios a serem observados no ressarcimento dos danos extrapatrimoniais, como, por exemplo, nos arts. 1.538, 1.547 e 1.548.

[...] Para o dano moral, a liquidação fica exclusivamente ao arbítrio do juiz, não estando ele adstrito a qualquer limite legal ou tarifa pré-fixada. Com efeito, a amplitude do dispositivo constitucional acerca da indenização por dano moral fez com que, tanto em doutrina como na jurisprudência, viessem a ser considerados inconstitucionais todos os limites previstos em lei para tal reparação (MORAES, 2003, p. 162-163).

Dessa forma, o desafio dessa previsão ficou sob responsabilidade da doutrina e da própria jurisprudência, que apontam diversos outros critérios objetivos, a serem observados. Tais critérios devem ser relacionados especificamente à função compensatória ou à função punitiva, mas devem ser fundamentados, pois a alusão de forma genérica à função que se utilizou na condenação recai, também, nas diversas críticas existentes, sobretudo, as apontadas pela corrente desfavorável ao caráter punitivo.

Em relação às funções compensatória e punitiva, também chamada de sancionatória ou pedagógica-preventiva, verifica-se, através dos entendimentos de autores como Antônio Jeová dos Santos, Maria Celina Bodin de Moraes e Xisto Tiago de Medeiros Neto, que se pode separar e elencar, com base nos aspectos principais de cada função, os critérios mais adotados.

Relativo à função compensatória, destaca-se o critério da natureza, gravidade e repercussão da lesão (extensão do dano), abrangendo a corrente que adota dentro dessa perspectiva a prevalência do interesse do bem jurídico lesado. Já com relação à função punitiva, verifica-se que são mais comumente adotados os critérios da condição social, econômica e política do ofensor e da vítima; o grau de culpabilidade; os benefícios obtidos ou almejados com a conduta ilícita; o grau de reprovabilidade social da conduta e a finalidade dissuasiva futura perseguida (SANTOS, 1999, p. 181) (MORAES, 2003, p. 275-295) (NETO, 2014, p. 211-213).

Apresenta o critério da verificação da extensão do dano extrema relevância para a fixação da reparação por dano moral coletivo, o qual é consagrado no artigo 944 *caput* do Código Civil: “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Nesse sentido, afirma-se que a extensão do dano é mensurada considerando o bem ou interesse jurídico lesado como a vida, liberdade, solidariedade, honra, imagem, intimidade, saúde, entre outros; a gravidade do dano perpetrado, seja ele pequeno, médio ou grande; a duração do dano, se por um curto, médio, longo prazo ou permanente, e a repercussão social do dano.

Enfatiza, ainda, Tatiana Magalhães Florence (FLORENCE, 2009, p. 178) que a análise da extensão do dano sempre foi necessária para quantificação da indenização, independentemente de previsão legal nesse sentido. Esclarece, portanto, a impossibilidade de não se ater ao impacto, a natureza e a repercussão da lesão na vida dos ofendidos para se chegar a um valor justo que possa representar uma mitigação ao sofrimento experimentado.

Concernente ao critério de extensão do dano, parte da doutrina entende que deve prevalecer o critério de valorização do bem ou interesse jurídico lesado. Este entendimento foi exposto pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino¹³ em brilhante voto que debatia os critérios de quantificação em determinado caso, o qual será analisado no próximo tópico.

O Ministro enfatiza que esse critério foi sugerido por Judith Martins-Costa, ao observar que o arbítrio do juiz na avaliação do dano deve ser realizado com observância ao “comando da cláusula geral do artigo 944, regra central em tema de indenização” (COSTA, 2003, p. 351).

Essa vertente sugere, ainda, que:

[...] O ideal seria o estabelecimento de “**grupos de casos típicos**”, “conforme o interesse extrapatrimonial concretamente lesado e consoante a identidade ou a similitude da *ratio decidendi*, em torno destes construindo a jurisprudência certos tópicos ou parâmetros que possam atuar, pela pesquisa do precedente, como amarras à excessiva flutuação do entendimento jurisprudencial”. Ressalva que esses “tópicos reparatórios” dos danos extrapatrimoniais devem ser flexíveis de modo a permitir a incorporação de novas hipóteses e evitar a pontual intervenção do legislador.

O jurista segue considerando que a vantagem desse método é a preservação da igualdade e da coerência nos julgamentos pelo juiz ou tribunal. Assegura igualdade, porque casos semelhantes recebem decisões similares, e coerência, pois as decisões variam na medida em que os casos se diferenciam. Outra vantagem desse critério seria permitir a valorização do interesse jurídico lesado, ensejando que a reparação do dano extrapatrimonial guarde uma razoável relação de conformidade com o bem jurídico efetivamente ofendido.

Entretanto, ressalva que esse método apresenta alguns problemas de ordem prática, caracterizando o primeiro deles o fato de ser utilizado individualmente por cada unidade jurisdicional (juiz, câmara ou turma julgadora), havendo pouca permeabilidade para as soluções adotadas pelo conjunto da jurisprudência. Outro problema apontado reside no

¹³ Resp. 959.780-ES, 3ª T, Rel. Paulo de Tarso Sanseverino, DJ 26.4.11

risco de sua utilização com excessiva rigidez, conduzindo a um indesejado tarifamento judicial das indenizações por prejuízos extrapatrimoniais, o que, por sua vez, ensejaria um engessamento da atividade jurisdicional, transformando o seu arbitramento em uma simples operação de subsunção, e não mais de concreção.

Desta forma, concluir que o tarifamento judicial, tanto quanto o legal, não se mostra compatível com o princípio da reparação integral, uma vez que possui como uma de suas funções fundamentais, a exigência de avaliação concreta da indenização, inclusive por prejuízos extrapatrimoniais (SANSEVERINO, 2010).

Parte-se agora para a análise dos principais critérios punitivos apontados pela doutrina e jurisprudência, iniciando pelo critério da condição social, econômica e política do ofensor e da vítima. Com relação a esse critério, verifica-se, uma tendência geral à imputação de valores indenizatórios mais elevados a determinados ofensores com alta capacidade econômica, ao passo que outros de baixo padrão socioeconômico arcam com indenizações menores. Maria Celina Bodin de Moraes assevera que “o critério do nível socioeconômico do ofensor é o verdadeiro critério da punição. No entanto, é sempre apontado como tendo de ser conjugado ao porte econômico da vítima” (MORAES, 2003, pg. 298).

A pertinente afirmação da autora visa evitar a configuração do instituto do enriquecimento sem causa do ofendido. Entretanto, na esfera dos danos extrapatrimoniais coletivos verifica-se uma impossibilidade fática dessa ocorrência, em razão não só da impossibilidade de análise das condições econômicas de todos os sujeitos, quando determináveis ou indetermináveis, mas, sobretudo, em razão da destinação do *quantum* da condenação.

Nessa lógica, a Lei n. 7.347, de 1985, prevê em seu artigo 13¹⁴ que as condenações em dinheiro havidas no âmbito das ações civis públicas reverterão a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais, com a necessária participação do Ministério Público e de representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à

¹⁴ **Art. 13.** Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

§ 1º. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária. Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 12.288, de 2010[...]

reconstituição dos bens lesados, o qual se inclui nessa parcela os valores concernentes à reparação de dano moral coletivo.

Assim, adverte Xisto Tiago de Medeiros Neto, com relação à importância da verificação objetiva da condição financeira e patrimonial do autor do dano na esfera coletiva:

[...] condenações sem expressão pecuniária significativa, em face de empresas ou corporações de grande porte - principalmente aquelas que se revelam contumazes descumpridoras das normas jurídicas -, não significará nem sanção eficaz, nem também dissuasão suficiente a impedir novas violações do ordenamento jurídico e a reiteração dos danos (NETO, 2014, p. 211).

Fundamenta, entretanto, Tatiana Magalhães Florence a importância de consignar que esse critério, concernente ao ofendido, mesmo nos casos dos tradicionais danos morais individuais, não deve ser utilizado como orientação para a fixação da indenização, por configurar-se como discriminatório e violador do princípio da isonomia. Entende, também, que levando tal aplicação para a prática, esse critério leva à conclusão de que “a honra, a privacidade, a integridade física, enfim, a dignidade de uma pessoa abastada vale mais do que daquele que não desfruta de uma boa situação financeira. Tal entendimento é completamente contrário aos ideais de justiça e moral em que foi fundada a Constituição Federal” (FLORENCE, 2009, p. 176).

O critério do grau de culpabilidade tem sido um dos parâmetros mais lembrados pela jurisprudência na fixação da condenação por danos extrapatrimoniais. Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem decidido que o ofensor deve pagar mais se agiu com dolo ou maior negligência, imprudência ou imperícia. Percebe-se, portanto, que esse é um critério mais punitivo do que compensatório.

Estampa com clareza a utilização desse critério o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino:

Na análise da intensidade do dolo ou do grau de culpa, estampa-se a função punitiva da indenização do dano moral, pois a situação passa a ser analisada na perspectiva do ofensor, valorando-se o elemento subjetivo que norteou sua conduta para elevação (dolo intenso) ou atenuação (culpa leve) do seu valor, evidenciando-se claramente a sua natureza penal, em face da maior ou menor reprovação de sua conduta ilícita (SANSEVERINO, 2010).

Importante esclarecer que o Código Civil de 1916 acolheu a teoria da integral reparação do dano, não fazendo qualquer alusão à culpa do ofensor ao dispor sobre as perdas e danos em seus artigos 1.059¹⁵ a 1.061¹⁶. Nesse sentido, a conduta do ofensor não gozava de relevância para a reparação da lesão.

Observa Maria Celina Bodin de Moraes que:

A escolha legislativa pela irrelevância do grau de culpa foi uma opção de ordem lógica. Uma alternativa excluía a outra, porque das duas, uma: ou bem se determinava a indenização de todo o dano, e o grau da culpa não poderia ser levado em consideração, ou bem se media a conduta, permitindo a indenização menor do que seria necessário à reparação, em caso de culpa mais leve (MORAES, 2003, p. 297).

Entretanto, como visto anteriormente, o Código Civil vigente, por meio do seu artigo 944, parágrafo único, estabelece que, não obstante a indenização ser medida de acordo com a extensão do dano (*caput*), “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano poderá o juiz reduzir a indenização”.

A gradação da culpa, então, passa a ter relevância, mas especificamente em relação à análise do grau de culpa do ofensor para a fixação do dano moral, o legislador nada dispôs.

Nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes fundamenta que o caráter punitivo do critério da culpabilidade não teria sido consagrado como critério para a fixação do dano moral, já que o aludido parágrafo único do artigo 944 possibilita ao magistrado apenas reduzir a indenização em função da conduta do ofensor, mas não aumentá-la. Esse dispositivo, portanto, em obrigatória interpretação a *contrario sensu*, deveria impedir que o juiz aumentasse a indenização além da extensão do dano, mesmo que o ofensor tenha agido com dolo (MORAES, 2003).

¹⁵ **Art. 1.059.** Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Parágrafo único: O devedor, porém, que não pagou no tempo e forma devidos, só responde pelos lucros, que foram ou podiam ser previstos na data da obrigação. Código Civil - Lei nº 3.071 de 01 de Janeiro de 1916.

¹⁶ **Art. 1.061.** As perdas e danos nas obrigações de pagamento em dinheiro, consistem nos juros da mora e custas, sem prejuízo da pena convencional. Código Civil - Lei nº 3.071 de 01 de Janeiro de 1916.

O critério dos benefícios econômicos auferidos pelo ofensor parte do entendimento da necessidade da percepção dos eventuais benefícios ou vantagens, principalmente de ordem econômica, em razão da prática ilícita. Para Xisto Tiago de Medeiros Neto esse critério pode sinalizar a existência de motivação para a causação do dano, ampliando a visão da gravidade da conduta e, por consequência, da necessidade de um arbitramento que signifique sanção e desestímulo a sua repetição.

Elucida esse autor:

É possível verificar, igualmente, se se tratou de conduta única ou de uma prática reiterada do ofensor, para obtenção de ganho indevido ao longo do tempo, elemento que influirá na fixação de um valor mais significativo da condenação (NETO, 2014, p. 212).

Para Tatiana Magalhães Florence (2004, p. 179) essa circunstância é especialmente relevante no tocante à danosidade ambiental, que na maioria dos casos se dá em virtude da não observância de medidas de prevenção ou de parâmetros para despejo de resíduos das atividades potencialmente poluidoras. Esclarece que muitos optam pela rentabilidade da produção do dano e o pagamento da indenização do que atender exigências previamente estabelecidas.

O critério punitivo do grau de reprovabilidade social da conduta lesiva nem sempre é demonstrado nas decisões judiciais, mas não é difícil de identificar a reprovação social de acordo com o que reflete o senso comum à vista do desrespeito a valores fundamentais. Nesse sentido que fundamenta Xisto Tiago de Medeiros Neto, assumindo o órgão judicial necessariamente função de “intérprete dessa realidade, tomada como ponto de consideração para traduzir-se o critério de justiça exigido para quantificação da parcela. Esse é, portanto, aspecto punitivo de importante observação [...]” (NETO, 2014, p. 156).

Passa-se a analisar um último parâmetro puramente punitivo, o chamado critério da finalidade dissuasiva futura perseguida ou, propriamente, critério do caráter pedagógico-punitivo das indenizações, uma vez que faz referência expressa à parcela da condenação que visa a punir o ofensor para que ele não volte a incorrer na ofensa. Ressalte-se, ainda, que há diversas denominações para se referir a essa finalidade, como desestimuladora e punitiva da reparação.

Assim como o critério do grau de reprovabilidade social da conduta, esse critério, quando usado, nem sempre é explicitado nas decisões, mas, quando mencionado, apresenta essa função desestimuladora como algo separado dos demais critérios punitivos, como o da culpabilidade e da capacidade econômica do ofensor.

Conjugando o critério de desestímulo com a condição econômica da vítima, elucida a Ministra Nancy Andrighi:

Assim, no cumprimento do dever de uniformizar a interpretação da lei e jurisprudência federais, cumpre ao STJ sopesar a proporcionalidade e a razoabilidade dos valores fixados, para garantir que a reparação não se constitua motivo de enriquecimento indevido, mas, ao mesmo tempo, seja elemento de desestímulo à repetição do ato ilícito¹⁷.

Assim, não se pode olvidar que, em sede de tutela de direitos metaindividuais, o sistema de responsabilidade civil somente será eficaz socialmente, e atenderá às suas finalidades, se a reparação pecuniária estabelecida pela Justiça representar um valor arbitrado equitativamente e pautado em critérios fundamentados, de forma que sejam, também, superiores aos do custo da prevenção do dano. E é por isso que o procedimento de fixação judicial do valor da condenação por dano moral coletivo não pode ignorar a necessária análise econômica da responsabilidade civil, para que haja coerência e efetividade nesse mesmo sistema.

Caso contrário, pode-se facilmente identificar uma perda paulatina do conteúdo ético e de justiça da responsabilidade civil, tendo em visto a vivência em uma sociedade de fortes desigualdades, na qual se verifica a lamentável realidade do sistemático descumprimento das normas jurídicas, até mesmo diante dos efeitos das condenações judiciais.

Evidencie-se, por derradeiro, que sempre haverá o eventual risco de ocorrer discrepância entre valores arbitrados pelos órgãos judiciais, em casos que apresentem semelhança, por isso mesmo não se admite o critério do tarifamento. Entretanto, necessário considerar que essa circunstância não é alheia à racionalidade e à abertura compreensiva informada pelo princípio da motivação lógico-racional das decisões, equidade e proporcionalidade que caracterizam o procedimento de quantificação dos danos morais, especialmente no campo em análise, não apresentando relevância suficiente a gerar

¹⁷ REsp 1.025.104, STJ, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 27.04.2010.

insegurança jurídica ou mesmo deslegitimar essa forma de procedimento previsto em lei (NETO, 2014, p. 215-216).

3.3. O CRITÉRIO BIFÁSICO COMO ALTERNATIVA PARA O ARBITRAMENTO

Após análise dos critérios apontados pela doutrina e jurisprudência de acordo com a função que exercem, cabe, ainda, elucidar outro critério relevante, adotado em 2011 pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁸. Assim, objetivando-se evitar o tabelamento jurisprudencial para quantificação do dano moral, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino apresentou um novo método para o arbitramento da indenização por dano moral, reproduzindo a teoria que havia sustentado em sede doutrinária, no livro que cita como fundamento no próprio acórdão julgado (SANSEVERINO, 2010).

Segundo o Ministro, o método mais adequado para um arbitramento razoável da indenização por dano extrapatrimonial é um critério bifásico, resultante da valorização sucessiva do critério do interesse jurídico lesado e das circunstâncias particulares do caso:

Na primeira fase, arbitra-se o valor básico ou inicial da indenização, considerando-se o interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos). Assegura-se, com isso, uma exigência da justiça comutativa que é uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes, assim como que situações distintas sejam tratadas desigualmente na medida em que se diferenciam. Na segunda fase, procede-se à fixação definitiva da indenização, ajustando-se o seu montante às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias. Partindo-se, assim, da indenização básica, eleva-se ou reduz-se esse valor de acordo com as circunstâncias particulares do caso (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes) até se alcançar o montante definitivo. Procede-se, assim, a um arbitramento efetivamente equitativo, que respeita as peculiaridades do caso.

Assim, em síntese, o critério bifásico sustentado pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino consiste em estabelecer uma indenização básica conforme a média dos arbitramentos feitos nos precedentes jurisprudenciais em casos semelhantes (primeira fase) e,

¹⁸ Resp. 959.780-ES, 3ª T, Rel. Paulo de Tarso Sanseverino, DJ 26.4.11

em seguida, ajustar a indenização básica para mais ou para menos de acordo com as particularidades do caso concreto (segunda fase), possibilitando evitar um tabelamento jurisprudencial rígido, contrário ao princípio da reparação integral, bem como atender ao requisito da equidade no arbitramento.

Essa decisão levou a 3ª turma do Superior Tribuna de Justiça, de forma unânime, a determinar o pagamento de 500 salários mínimos como compensação por danos morais à família de uma mulher morta em atropelamento. No processo, o motorista estaria dirigindo em velocidade incompatível com a via atravessando a barreira eletrônica a 66 km/h, velocidade acima da permitida para o local, de 40 km/h, e deixou de prestar socorro à vítima após o atropelamento. A vítima tinha 43 anos e deixou o esposo e quatro filhos, sendo um deles judicialmente interditado.

Em primeira instância, o pedido de reparação por danos materiais e morais foi julgado improcedente por falta de provas, já a segunda instância determinou-se indenização por danos morais no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Por meio da análise do supramencionado caso foi que o ministro Paulo de Tarso Sanseverino observou a diferença entre o valor determinado pelo Tribunal Estadual e o valor que tem sido considerado razoável pela Corte, fundamentando seu voto no método bifásico, onde fixou a base da indenização em 400 salários mínimos. Posteriormente, ele acrescentou 100 salários mínimos ao valor definitivo, considerando as particularidades do caso em julgamento.

No julgado, o ministro fundamentou que o objetivo do método bifásico é estabelecer um ponto de equilíbrio entre o interesse jurídico lesado e as peculiaridades do caso, de forma que o arbitramento seja equitativo.

Embora o método de quantificação indenizatória desenvolvido pelo Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino tenha sido aplicado na esfera individualmente considerada do dano moral, nada impede que o mesmo entendimento seja projetado para a esfera coletiva. Entretanto, sobre o critério bifásico, cabe, ainda, tecer um questionamento que consiste na dúvida sobre se sua utilização não implicaria, ainda que não diretamente, um “tabelamento” de indenizações, visto que em sua primeira fase deverá ser analisado, dentre os precedentes do tribunal, quais são os valores de referência, os mínimos e os máximos que vêm sendo

concedidos a título de indenização para determinados danos, de acordo com o bem jurídico tutelado, para, somente após isso, serem consideradas as situações peculiares do caso concreto.

Tal questão remanesce porque, quando dessa fixação dos valores de referência, parece ser possível notar que haverá como um “tabelamento”, na medida em que a indenização terá sua dimensão já predeterminada, “em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos)” (SANSEVERINO, 2010). Com isso, parece mais do que necessário que antes da sua aplicação os Tribunais Superiores consolidem com clareza os melhores precedentes, com o trato adequado a ser conferido ao tema, dando congruência aos valores das condenações, ou estabeleçam orientações para identificação dos já existentes, para que esse critério possa assumir, de fato, a caracterização de melhor critério para quantificação dos danos extrapatrimoniais. E não se limitem a reiterar a aplicação da súmula de número 7 do Superior Tribunal de Justiça sem que se esclareçam ou determinem orientações com parâmetros justos para uma correta quantificação.

3.4. O PARADIGMA DA DESPECUNIARIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Ao longo desse estudo sobre os critérios de quantificação e sobre alguns reflexos das condenações a reparação de danos morais coletivos, sobretudo, em forma de pecúnia, pode-se afirmar que, nada obstante interpretações e modelos dos mais variados e, certamente, fundamentados, uma conclusão é certa: “não se chegou a nenhum critério que pudesse pacificar por derradeiro o debate sobre sua quantificação” (AZEVEDO, 2009, p. 377).

Somando-se a isso, e como consequência das alterações verificadas ao instituto ao longo do tempo, pode-se afirmar que ocorreu uma crescente expansão das demandas reparatórias ajuizadas perante o Poder Judiciário, tanto no aspecto quantitativo, ligado ao número de processos, quanto qualitativo, os chamados novos interesses extrapatrimoniais.

Nesse sentido, Anderson Scheiber (2015, p. 195) critica a posição do nosso ordenamento ao adotar como única resposta às lesões a interesses não patrimoniais o seu “remédio tradicional”, que se configura estritamente patrimonial, que é o dever de indenizar. O autor fundamenta, ainda, que essa manutenção exclusivamente pecuniária induz à conclusão de que lesões aos bens e interesses existenciais podem ser autorizadas, desde que o ofensor arque com o preço correspondente ao dano.

Nesse contexto, visando superar essa dificuldade, o autor elucida que diversas culturas jurídicas vêm experimentando, mesmo que de forma ainda inicial, “um movimento de despatrimonialização, não já do dano, mas da sua reparação” (SCHREIBER, 2005).

Quanto a esse aspecto não há como discordar do autor, quando claramente fundamenta que:

As infundáveis dificuldades em torno da quantificação da indenização por dano moral revelam a inevitável insuficiência do valor monetário como meio de pacificação dos conflitos decorrentes de lesões a interesses extrapatrimoniais, e fizeram a doutrina e a jurisprudência de toda parte despertarem para a necessidade de desenvolvimento de meios não pecuniários de reparação (SCHREIBER, 2005).

Como exemplo de um meio não pecuniário de reparação, torna-se imperioso citar a aplicação por alguns tribunais do instrumento da retratação pública, previsto pela Lei de Imprensa nº 5.250, de 1967, possibilitando um efeito de desestímulo à conduta lesiva, alcançando a máxima preconizada pela mencionada função preventiva, sem que se recorra à atribuição desarrazoadas de prestações demasiadamente punitivas.

Schreiber (2015, p. 198-200), ainda, destaca que a despatrimonialização da reparação assume importante papel no atual cenário da responsabilidade civil, por fazer frente ao processo de mercantilização das relações existenciais e ao entendimento que vê a reparação do dano moral como uma questão interna do próprio mercado. Assim é que ele arremata que “mesmo no campo necessariamente patrimonial, outros meios de tutela, como a reparação específica, vão sendo cada vez mais privilegiados, podendo-se falar, de forma geral, se não de despatrimonialização, de uma despecuniarização ou desmonetarização da reparação dos danos”.

Assim, torna-se possível vislumbrar em sede de danos morais advindos da ofensa a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos a relevância dessas novas formas de reparação, pois, sendo titular de proteção jurídica a coletividade, resta impossibilitada a reparação individualizada, ensejando assim o dever de sempre buscar-se a opção mais adequada e justa para reparar os danos extrapatrimoniais, especialmente os metaindividuais, resguardando sempre a proteção da dignidade da pessoa humana e demais princípios constitucionais como norte para a fixação da reparação em sua maior medida.

CONCLUSÃO

O presente trabalho, a partir de uma análise doutrinária e jurisprudencial, demonstrou o grande desafio da justa quantificação do dano moral coletivo no cenário da responsabilidade civil pátria. Essa problemática configura-se na falta de estipulação de critérios objetivos que fundamentem e justifiquem o *quantum debeatur* apurado ao final das decisões judiciais.

Nesse sentido, o conhecimento da natureza e função dos critérios já existentes tanto em sede doutrinária, quanto jurisprudencial demanda do intérprete e aplicadores do direito, sobretudo dos magistrados, mais do que o dever de uma postura lógico-racional na justificação das suas razões, mediante análise das peculiaridades do caso concreto com equidade, o dever de, na perspectiva civil-constitucional, observar o direito fundamental assegurado às partes de uma justa prestação jurisdicional não só no reconhecimento do direito material, mas também na sua forma de quantificação, que deve ser adequada e criteriosamente fundamentada.

Dessa forma é que, compreendendo o dano moral, especialmente na esfera coletiva, a partir do dever jurídico de proteção da dignidade da pessoa humana em todos os seus sentidos e considerando que os critérios adotados para a fixação do dano extrapatrimonial representam a resposta do sistema jurídico para diversas condutas danosas, fundamentou-se a necessidade de que o magistrado esteja orientado não só pela observância dos princípios da equidade e da motivação lógico-racional, estabelecendo e separando no seu *decisum* o valor atribuído com relação a cada critério adotado, mas também determinando a melhor forma de reparação da lesão, o que pode ensejar uma prestação não necessariamente pecuniária.

O desafio da justa quantificação por parte dos magistrados na reparação do dano moral coletivo assume ainda mais relevância quando se constata a atual postura adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de admissibilidade de recurso especial visando à revisão do *quantum* arbitrado apenas nos casos em que esse valor não observar, claramente, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, mostrando-se evidentemente altos ou irrisórios. Contudo, o mesmo tribunal não oferece mecanismos para proporcionar a orientação dos jurisdicionados e aplicadores do direito, no sentido do que seria um valor alto ou irrisório demais.

Conclui-se, assim, que há uma irrestrita aplicação da súmula de número 7 do Superior Tribunal de Justiça, vedando a admissão dos recursos especiais por caracterizarem análise das provas, sem que também exista um parâmetro para tanto.

Não obstante, sustentou-se a excepcionalidade de aplicação da função punitiva na quantificação da reparação dos danos extrapatrimoniais coletivos, ressaltando seu viés inibidor, que é caracterizado por uma condenação com caráter de exemplaridade frente a condutas que são, por sua magnitude, potencialmente lesivas a toda a coletividade.

Portanto, a reparação dos danos extrapatrimoniais de esfera coletiva enseja um tratamento próprio no plano de responsabilização do agente causador, distinto da reparação por danos individualmente considerados. Mostrou-se, assim, a sustentabilidade da doutrina que considera inadequada a aplicação da função punitiva à reparação de danos quando possível mensurar com propriedade a extensão do dano, prevalecendo, portanto, a função compensatória nos danos extrapatrimoniais individuais e a possibilidade de indenização com função punitiva, excepcionalmente, em relação aos danos coletivos.

Foram também analisados os critérios mais adotados pela doutrina e pela jurisprudência com relação à função compensatória ou punitiva, ressaltando a necessidade de previsão específica nas decisões judiciais do quanto cada critério influenciou na fixação do *quantum* final. Evidenciou-se como razoável e de útil aplicação, ainda, o recente critério bifásico adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, que embora aplicado originalmente no âmbito dos danos extrapatrimoniais individuais pode, sem dúvidas, ser adotado na esfera coletiva.

Por fim, restou demonstrada a pertinência da busca por outros mecanismos de reparação, a ensejar, se não uma despatrimonialização, ao menos, uma despecuniarização dos danos extrapatrimoniais coletivos, conforme elucidado por Anderson Schreiber (SCHREIBER, 2015, p. 195). Tal se mostra um caminho possível para descongestionar e assegurar maior efetividade ao instituto da responsabilidade civil, mormente em se tratando de danos de largo alcance e de alto conteúdo econômico.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Heriberto. Tsunami de lama tóxica, o maior desastre ambiental do Brasil. **El País**, 2015. Disponível em: <<http://brasil.elpais.com/>>. Acesso em: 02 Janeiro 2016.

ARONNE, Ricardo. **O Princípio do Livre Convencimento do Juiz**. Porto Alegre: [s.n.], 1996. p. 19-21.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 598.281-MG - 1ª Turma. Relator Ministro Teori Albino Zavascki. Data do Julgamento em 01.06.2006. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7158334/recurso-especial-resp-598281-mg-2003-0178629-9/relatorio-e-voto-12878881>> acesso em 20 de dezembro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.057.274 – RS. Relatora Ministra Eliana Calmon. Data do Julgamento em 01/02/2009. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19165433/recurso-especial-resp-1057274-rs-2008-0104498-1/inteiro-teor-19165434>> acesso em 20 de dezembro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 531.755- MG. Relator Ministro Luiz Felipe Salomão. Data do Julgamento em 21.08.2014. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25250430/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-531755-mg-2014-0141802-7-stj/inteiro-teor-25250431>> acesso em 20 de dezembro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 959.780 – ES. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Data do Julgamento em 26.04.2011. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19099275/recurso-especial-resp-959780-es-2007-0055491-9/inteiro-teor-19099276>> acesso em 08 de Janeiro de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.397.870 – MG. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Data do Julgamento em 02 de dezembro de 2014. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/153383254/recurso-especial-n-1397870-mg-do-dia-do-stj>> acesso em 20 de dezembro de 2015.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. Responsabilidade por dano não patrimonial a interesse difuso. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 3, p. 21-42, 2000.

COSTA, Judith Martins. **Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento de indenização**. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, 2003.

FILHO, Carlos Albert Bittar. Do Dano Moral Coletivo no Atual Contexto Jurídico Brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 12, p. 44-62, 1994.

FLORENCE, Tatiana Magalhães. **Danos Extrapatrimoniais coletivos**. Porto Alegre: [s.n.], 2009.

GARCIA, José Augusto. O princípio da dimensão coletiva das relações de consumo: reflexos no "processo do consumidor", especificamente quanto aos danos morais e as conciliações. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 4-28, 1998.

JR., Fredie Didier.; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael.; SARNO BRAGA, Paula. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador- Bahia: Juspodivm, v. II, 2015.

KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da Constitucionalização do Direito Civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. **Revista da Faculdade de Direito- UFPR**, Curitiba, v. 60, p. 193-213, jan/abr 2015.

LEITE, José Rubens Morato; BUZAGLO DANTAS, Marcelo; CANA VERDE FERNANDES, Danieli. O dano moral ambiental e sua reparação. **Revista de Direito Ambiental**, v. IV, p. 63, 1996.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, v. I, 2003.

_____A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sob a responsabilidade civil. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord). **A Constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 435.

NETO, Xisto Tiago de Medeiros. **Dano Moral Coletivo**. IV. ed. São Paulo: LTr, 2014.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional.** Tradução de Maria Cristina De Cicco. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Princípio da Reparação Integral:** indenização no código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Antonio Jeová dos. **Dano Moral indenizável.** 2ª edição. ed. Rio de Janeiro: lejus, 1999.

SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 22, p. 45-69, 2005.

_____. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil:** Da erosão dos Filtros da reparação à diluição dos Danos. 6ª edição. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 86-88.

STIGLITZ, Gabriel A. Daño moral individual y colectivo: meio ambiente, consumidor y dañosidad colectiva. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 19, p. 67-76, 1996.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, v. III, 2003. p. 400.

TARUFFO, Michelle. Verità e probabilitá nella prova dei fatti. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 154, n. RT, dez 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar , 2001.

THEODORO, Humberto. **Responsabilidade Civil pelo dano Moral, Doutrina.** [S.l.]: [s.n.], v. 1, 1996. p. 89.