

Como prover segurança aos consumidores sem criar insegurança jurídica para todos? Reflexões em torno da responsabilidade civil nas relações de consumo e dos impactos da pandemia da Covid-19 a partir das decisões do Superior Tribunal de Justiça acerca dos danos sociais/danos morais coletivos

*André Rodrigues Corrêa*¹
Professor

Sumário: Introdução; 1. O contínuo retorno: a função punitiva da responsabilidade civil no discurso da dogmática civilista; 2. A eterna vigilância: a função punitiva da responsabilidade civil no discurso da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça; Conclusão.

Introdução

No momento em que este texto é escrito já se passaram seis meses desde que casos de uma “misteriosa pneumonia” foram detectados no mês de dezembro de 2019 em Wuhan, China.²

Em 30 de janeiro a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que o surto da doença causada pelo novo coronavírus (Covid-19)

¹ André Rodrigues Corrêa, professor de Direito Civil da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

² “A misteriosa pneumonia que preocupa a China”, matéria publicada pela BBC em 6 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://bbc.in/336qzdm>. Acesso em: 6 set. 2020. Hoje, após o aumento das pesquisas sobre a doença, vem se consolidando a compreensão de que a Covid-19 é uma doença infecciosa sistêmica. Disponível em: <https://bit.ly/32WTOzm>. Acesso em: 6 set. 2020.

constituía uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional – o mais alto nível de alerta da organização, conforme previsto no Regulamento Sanitário Internacional.

No Brasil, em 3 de fevereiro, o Ministério da Saúde, levando em consideração a declaração da OMS, publicou a portaria nº 188, na qual, avaliando os riscos do ingresso e disseminação da Covid-19 no território nacional, estabelece a situação de “Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional”.³ Três dias depois é promulgada a Lei 13.979, dispendo sobre medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.⁴

Em 11 de março de 2020, a Covid-19 foi caracterizada pela OMS como uma pandemia.⁵ Dois dias depois o estado de São Paulo edita seu primeiro decreto (Decreto 64.862), relativo à “adoção, no âmbito da Administração Pública direta e indireta, de medidas temporárias e emergenciais de prevenção de contágio pelo COVID-19 (Novo Coronavírus), bem como sobre recomendações no setor privado estadual.”⁶ Passados sete dias é declarado “Estado de Calamidade Pública”.⁷ Em poucos meses o estado de São Paulo publicaria 29 decretos atinentes à situação.⁸

Até a presente data foram confirmados no mundo 13.150.645 casos de Covid-19 (185.836 novos em relação ao dia anterior) e 574.464 mortes (4.176 novas em relação ao dia anterior).⁹ No estado de São Paulo foram registrados 18.640 óbitos e 393.176 casos confirmados do novo coronavírus.¹⁰

³ Disponível em: <https://bit.ly/31V883Z>. Acesso em: 6 set. 2020.

⁴ “Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.” Disponível em: <https://bit.ly/2F69dFF>. Acesso em: 6 set. 2020.

⁵ “Folha informativa – COVID-19”, atualizada em 15 de julho de 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2FbKKhG>. Acesso em: 6 set. 2020.

⁶ Disponível em: <https://bit.ly/2R09igr>. Acesso em: 6 set. 2020. O referido Decreto é complementado pelos Decretos 64.863 e 64.864 publicados, respectivamente, em 16 e 18 de março de 2020.

⁷ Disponível em: <https://bit.ly/3buZHYs>. Acesso em: 6 set. 2020.

⁸ O último deles, até a presente data, é o Decreto 65.056, de 10 de julho de 2020, que estende a quarentena no estado até 30 de julho. Disponível em: <https://bit.ly/3h5NE59>. Acesso em: 6 set. 2020.

⁹ “Folha informativa - COVID-19”, atualizada em 15 de julho de 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2FbKKhG>. Acesso em: 6 set. 2020.

¹⁰ Disponível em: <https://bit.ly/2QWRaEe>. Acesso em: 6 set. 2020.

Datas e números podem dar uma ideia da velocidade e da grandeza dos fatos, mas não são suficientes para captar os efeitos deles sobre as pessoas. Expressões como “taxa de transmissão”, “achatamento da curva”, “transmissão comunitária”, “distanciamento social” e palavras como “autoisolamento”, “quarentena”, “assintomático” e “pandemia” revelam a presença da doença na linguagem cotidiana, mas não revelam os sentimentos que atingem as pessoas que agora usam essa linguagem.

Não há uma data estabelecida para que essa tragédia termine, nem um número limite de vítimas. Palavras seguem sendo incorporadas dia a dia ao vocabulário, mas a que traduz o desejo compartilhado por todas as pessoas neste momento já existe há bastante tempo: segurança. Sair de casa em segurança, pegar o transporte público em segurança, trabalhar em segurança, frequentar locais públicos em segurança etc.

Até que se encontre uma vacina e se obtenha uma ampla imunização da população, esse objetivo somente pode ser obtido pela “redução do risco de contágio”. Para isso há um conjunto de orientações e protocolos técnico-científicos estabelecidos que visam regular as condutas dos indivíduos de forma a produzir não a segurança desejada, mas a segurança possível.

Se à ciência cabe tornar real o desejado por intermédio de uma vacina, ao Direito cabe tornar real o possível por intermédio da concretização de regras que incentivem os indivíduos a atuarem para reduzir os riscos.

É nessa linha de reflexão que se insere a discussão atual acerca do papel que as regras da responsabilidade civil podem desempenhar na criação de incentivos à adoção, pelos indivíduos, de condutas seguras. Seria adequado o uso dessas regras para realizar tal tarefa? De que maneira e com que cuidados deveriam ser utilizadas? Essas são perguntas que, já há algum tempo, estão presentes nos debates em torno das figuras dos denominados “danos sociais”¹¹ e/ou “danos morais coletivos”.¹²

¹¹ Categoria sugerida inicialmente por Antonio Junqueira de Azevedo no texto: Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil*, [S. l.], v. 19, p. 211-218, 2004.

¹² Ao que tudo indica essa expressão aparece pela primeira vez na doutrina no artigo de Carlos Alberto Bittar Filho: Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 12, 1994.

Este artigo tem a pretensão de, a partir da análise das premissas teóricas desses conceitos doutrinários e da forma como são utilizados na justificação das decisões do Superior Tribunal de Justiça, contribuir para o enfrentamento dessas questões.

1. O eterno retorno:¹³ a função punitiva da responsabilidade civil no discurso da dogmática civilista

Segundo a visão consolidada sobre as regras de responsabilidade no âmbito do Direito Civil, sua função precípua seria promover a reparação/compensação do dano sofrido pela vítima,¹⁴ ainda que na sua modalidade subjetiva possam também, indiretamente, realizar uma função punitiva.¹⁵ Em contraposição, poder-se-ia apontar que as regras instituidoras da responsabilidade no âmbito do Direito Penal teriam por função principal punir o ato realizado pelo réu, ainda que, indiretamente, pudessem realizar uma função de reparação/compensação.¹⁶

¹³ Eis um paradoxo interessante: Se Jhering estiver certo e a história da pena for a história de sua abolição constante, então a história da pena é, igualmente, a história de seu retorno constante, pois só aquilo que continuamente retorna pode ser abolido constantemente (a referência à opinião de Jhering sobre a história da pena está em Franz Von Liszt: *Tratado de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Briguiet & C., 1899, v. 1, p. LIV).

¹⁴ Segundo Fernando Pessoa Jorge a “opinião geral atribui à responsabilidade civil *função meramente reparadora*” estabelecendo como “fim dela a restituição do lesado ao estado que se encontraria se não tivesse havido lesão.” (Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 1995, p. 49). De acordo com Clóvis do Couto e Silva “como se cuida, porém, de composição de danos, o direito civil não pode cingir-se, como o direito penal apregoa, à falta de valor do próprio ato (daí a punição da tentativa), mas deve levar em consideração os efeitos decorrentes de uma atividade, ou ação. (SILVA, Clóvis do Couto e. Dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 183). No mesmo sentido ver: ASSIS, Araken de. *Eficácia civil da sentença penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 27-28.

¹⁵ “Mas o simples facto de a obrigação de indemnizar se basear, em regra, na culpa do agente, não pode deixar de levar ao reconhecimento de que a responsabilidade meramente civil exerce, ainda que em plano secundário ou indirecto, uma função punitiva e preventiva.” (JORGE, Fernando Pessoa, op. cit., p. 52).

¹⁶ A vítima, por meio da aplicação da pena ao réu, pode experimentar a restauração/reparação de sua crença na Justiça. A sanção, portanto, cumpriria um papel importante para apaziguar o sentimento de injustiça experimentado pela vítima e para afastar o incômodo psicológico experimentado pela ideia de que existem atos maus impunes. Nesse sentido, Klaus Gunther alerta que a frustração das expectativas normativas da sociedade partilhadas em geral pode abalar a crença na validade da norma, criando portanto a necessidade de que algo aconteça para eliminar esse abalo. Esse “algo” é a aplicação da pena ao réu. Crítica da pena I. In: *Teoria da responsabilidade no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 70-71.

Aliás, mesmo em manifestações doutrinárias que assumem como premissa a dicotomia entre sanção civil e sanção penal é possível identificar um elemento comum a ambas sanções: o esforço em “restaurar” uma situação após a ocorrência de uma interferência lesiva:

O direito penal vê, no crime, um elemento perturbador do equilíbrio social, e contra ele reage no intuito de *restabelecer esse equilíbrio* necessário à vida do organismo social; o direito civil vê, no ato ilícito, não mais um ataque à organização da vida em sociedade, mas uma ofensa ao direito privado, que é um interesse do indivíduo assegurado pela lei, e, *não podendo restaurá-lo, procura compensá-lo, satisfazendo o dano.*¹⁷ (grifos nossos)

Em ambas sanções se expressaria um mecanismo jurídico de reequilíbrio/restauração.¹⁸ Apenas o alvo e a forma de atuação seriam distintos: numa, o réu e a punição da conduta, na outra, a vítima e reparação de sua lesão.¹⁹ Estas distinções poderiam ser explicadas pela

¹⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1976, p. 272.

¹⁸ A noção de restauração/reequilíbrio se apresenta tanto nas teorias que compreendem as normas de responsabilidade civil como expressão da justiça corretiva e, portanto, mais ênfase conferem à conexão entre a “culpa” na produção da lesão sofrida pela vítima e dever de “restaurar” a situação ao estado anterior, como nas que admitem a responsabilidade fundada no risco como expressão da justiça distributiva, nas quais a ênfase da reparação decorre da necessidade de reestabelecer uma ordem que foi perturbada pelos riscos atribuídos a determinadas atividades. Sobre as primeiras teorias ver: BARBIERI, Catarina Helena Cortada. *Filosofia e Direito Privado*: a fundamentação da responsabilidade civil contemporânea a partir da obra de Ernest Weinreb. São Paulo: Almedina, 2019, p. 189-201; quanto às últimas ver: CORRÊA, André Rodrigues. *Solidariedade e responsabilidade*: o tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte público de pessoas no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 287-290, 299-314.

¹⁹ “O direito penal vê, por trás do crime, o criminoso, e o considera um ente anti-social, que é preciso adaptar às condições da vida coletiva ou pô-lo em condições de não mais desenvolver a sua energia perversa em detrimento dos fins humanos, que a sociedade se propõe realizar; o direito civil vê, por trás do ato ilícito, não simplesmente o agente, mas, principalmente, a vítima, e vem em socorro dela, a fim de, tanto quanto lhe for permitido, restaurar o seu direito violado, conseguindo assim, o que poderíamos chamar a eurritmia social refletida no equilíbrio dos patrimônios e das relações pessoais, que se formam no círculo do direito privado.” (BEVILÁQUA, op. cit., p. 272-273).

diferença no “bem protegido” que teria, segundo muitos,²⁰ uma “transcendência superior a quaisquer paradigmas da esfera ‘civil’”.²¹ Mas isso deveria implicar assumir a premissa, que há muito não corresponde à realidade normativa, de que os direitos de personalidade têm sua tutela reservada ao campo exclusivo do Direito Penal.

Assim, por exemplo, para Orlando Gomes o âmbito de proteção dos direitos de personalidade “estaria fundamentalmente no Código Penal, uma vez que é no seu âmbito que se encontram as proibições aos comportamentos lesivos aos interesses extrapatrimoniais que protege”. Porém, diante da “circunstância de que tais direitos absolutos passaram a ser também protegidos na área civil, deu-se lhes a contextura do direito subjetivo na suposição [...] de que a proteção civil, realizando-se em grande parte pelo mecanismo da responsabilidade civil, pressupõe a lesão a um direito subjetivo”.²²

Essa expansão da proteção dos direitos de personalidade traz consigo a perda da possibilidade de estabelecer uma distinção clara entre os campos de atuação do Direito Civil e do Direito Penal, conforme Teixeira de Freitas já antevia no século retrasado,²³

²⁰ É comum encontrar na doutrina civilística brasileira afirmações genéricas como esta: “No caso da responsabilidade penal, o agente infringe uma norma de direito público. O interesse lesado é o da sociedade. Na responsabilidade civil, o interesse diretamente lesado é o privado.” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 19). Na mesma linha Fernando Noronha, ecoando ideia já expressa por Beviláqua, afirma que na comparação entre ambas responsabilidades é fundamental reter que enquanto a responsabilidade penal tem como foco a pessoa do infrator, cuja conduta é preciso reprimir através da sanção penal aplicada com fins tanto de retribuição como de prevenção geral e especial, a responsabilidade civil tem por finalidade eliminar as consequências do ato ilícito do réu sobre a pessoa/patrimônio da vítima, ou seja, restaurar a situação da vítima ao status quo ante. Segundo ele essa distinção fundamental se dá em razão do fato de que a finalidade da responsabilidade penal é reprimir infrações tidas como particularmente graves que interessam à sociedade como um todo, enquanto as consequências lesivas do ato ilícito civil interessam, fundamentalmente, às vítimas (*Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 508-509).

²¹ ASSIS Araken de, op. cit., p. 29.

²² GOMES, Orlando. Direitos da personalidade e responsabilidade civil. In: *Novos temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 266.

²³ “Sem dúvida, os direitos de personalidade, quais são todos os que resultam do desenvolvimento de nossa liberdade, que tem hoje tantas denominações, carecem de explicações ou restrições, como carece o direito de propriedade, restrições que os harmonizam com as exigências do bem social; mas se as explicações da propriedade pertencem em regra à Legislação Civil, as outras entram na esfera das Leis Administrativas, e particularmente das Leis de Polícia”, portanto, caso “não haja distinção entre as relações jurídicas, já do poder público com os indivíduos, já dos indivíduos entre si; não haja distinção entre os direitos de personalidade, e os da propriedade, não se restrinja também a significação da palavra *delictio*; e será impossível marcar a linha de separação entre o *Direito Civil*, e o *Direito Criminal*”. FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. CV-CVI.

com o risco de embaralhamento dos critérios que desde a modernidade²⁴ vem sendo utilizados para imputação de responsabilidade, com o conseqüente aumento da insegurança jurídica na aplicação das regras jurídicas àqueles relacionadas. Se esse vaticínio já parecia se confirmar ao longo dos anos 1990, quando o tratamento doutrinário apresentava uma postura ambivalente, para não dizer contraditória, que ora se inclinava à admissão de um caráter compensatório e ora à legitimação de um caráter punitivo da sanção aplicada ao dano moral individual,²⁵ ele se confirma em definitivo ao longo dos anos 2000 com o aumento das teses doutrinárias que buscam referendar o uso das regras de responsabilidade civil como instrumento de dissuasão da prática de ilícitos, mormente nos casos envolvendo lesões a bens coletivos e/ou difusos.

O exemplo mais acabado dessas teses doutrinárias surge em 2004 na *Revista Trimestral de Direito Civil*, em artigo de autoria de Antonio Junqueira de Azevedo no qual é proposto o conceito de “dano social”.²⁶ Nesse artigo o autor, partindo da premissa de que com a edição do art. 944 do Código Civil de 2002²⁷ estaria proibida qualquer “imputação de ‘punitive damages’, no sentido próprio, nem como punição nem como desestímulo”,²⁸ se impõe a tarefa de justificar o cabimento do que, nas suas palavras, seria uma nova categoria de dano.²⁹

Essa reflexão, segundo o referido autor, era ainda mais relevante, pois vivia-se então (2004), no Brasil, um momento de “profunda insegurança quanto à própria vida e incolumidade física e psíquica” que “deveria levar todos os juristas, independentemente do seu campo de atuação, a refletir e procurar soluções para aquilo que poderíamos afirmar, pedindo desculpas, se for o caso, aos penalistas, como ineficiência do direito penal para impedir crimes e contravenções – atos ilícitos,

²⁴ Sobre o estado pré-moderno de indistinção entre direito público e direito privado ver: LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento moderno*. São Paulo: Ed. 34, 2004, p. 202 e ss.

²⁵ HIRATA, Alessandro. Critérios para cálculo de dano moral na doutrina brasileira. In: *Dano Moral*. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2010, v. 37, p. 107-110. (Série Pensando o Direito). Disponível em: <https://bit.ly/3jRNwb1>. Acesso em: 6 set. 2020.

²⁶ AZEVEDO, Junqueira, op. cit., p. 211-218.

²⁷ “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

²⁸ AZEVEDO, Junqueira, op. cit., p. 211.

²⁹ *Ibid.*, p. 212.

na linguagem civilista”.³⁰ Ou seja, parece-nos que o autor do artigo pretendia refletir sobre instrumentos jurídicos cuja aplicação permitisse reduzir o que enxergava como uma crise de legitimidade da norma jurídica: as normas não são cumpridas e, portanto, há que se imaginar quais normas podem ser introduzidas para incentivar o cumprimento das normas.

A solução, segundo a proposta do texto, estaria no incremento da função punitiva do direito e, no que diz respeito ao direito civil, à função punitiva da responsabilidade civil. Assim, diante do fato de que o art. 944 da CC/02 parece impedir o uso da responsabilidade civil como instrumento punitivo, apresenta-se a pergunta óbvia: como isso seria possível? E antes de responder essa pergunta o autor expôs o que lhe pareceria ser outro impedimento à função punitiva da responsabilidade civil: se a punição depende do exame do dolo ou da culpa, como isso seria possível nas hipóteses de responsabilidade objetiva?³¹

O autor considera punição e retribuição como sinônimos, estabelecendo uma distinção entre punição e prevenção. Parece-nos, porém, mais correto, em termos lógicos, realizar a distinção a partir do sujeito em relação ao qual voltam-se os critérios quantitativos (vítima-indenização e autor-punição) e das funções da sanção (retribuição e dissuasão).

Tomada a retribuição como finalidade, seja o objeto de referência para aplicação da sanção o dano “ocorrido” ou a conduta “realizada”, temos que tanto a indenização quanto a pena visarão o passado como suporte de justificativa para a sua incidência. Já no que diz respeito à dissuasão, é importante perceber que tanto na específica (prevenção negativa) como na geral estamos lidando com justificativa calcada em desdobramentos no futuro, pois na primeira estamos falando da criação de um incentivo para que o sujeito da sanção não venha a atuar da mesma forma, enquanto na segunda estamos tratando da produção de desestímulo sobre terceiros, isto é, a sanção sofrida pelo sujeito torna-se exemplo para que terceiros não realizem a mesma conduta no futuro.

³⁰ *Ibid.*, p. 212.

³¹ *Ibid.*, p. 214.

Cabe observar que, diferentemente do que parece perceber o autor, a atuação da função dissuasória cria dificuldade de justificação, pois impor uma sanção que irá ser fixada não com base em fatos já ocorridos (a extensão do dano, a culpa do agente), mas amparada por inferências/previsões em relação ao que pode vir a ocorrer, traz ao tribunal o ônus de demonstrar que tal medida tem a capacidade, ainda que potencial, de induzir a realização da conduta futura esperada (aumento da aderência do público em geral à regra de conduta em razão do receio de que, do contrário, sofrer-se-á punição) ou de evitar a realização da conduta futura indesejada (reduzir a propensão do réu à reincidência).

A prova de que o autor não identifica este problema encontra-se na seguinte passagem na qual afirma que “se a finalidade da indenização for a dissuasão, nem é preciso examinar dolo ou culpa grave; o desestímulo é cabível ainda que se fique exclusivamente no campo da responsabilidade objetiva”.³² Ora, ainda que seja correto afirmar que não é necessário analisar o dolo ou a culpa do agente se o que se pretende com a sanção é dissuadir o réu ou os terceiros de realizar a ação tida por contrária ao direito, isso não resolve o problema que está em saber se o passado pode fornecer critérios para uma sanção que pretenda ter atuação sobre o futuro.

Pode a análise do dano ou da culpa servir de base para a fixação de uma sanção que não pretende ser retributiva, mas dissuasiva? Fornecerão esses elementos a base necessária para avaliar o “*quantum*” de dissuasão é necessária? Certamente não, pois, ainda que o dano e a culpa possam ser pequenos, a probabilidade de que o ato se repita pode ser muito grande.

A maneira que o autor pretendeu encontrar para fixar sanções suficientemente intensas como forma de produzir dissuasão suficiente foi afirmar que o dano sofrido pela vítima ou a culpa do autor poderão estar ligados a um dano de grande extensão implícito na violação de certas normas. Esse seria o denominado “dano social”. Observe-se:

é que um ato, se doloso ou gravemente culposos, ou se negativamente exemplar, não é lesivo somente ao patrimônio material ou moral da vítima, mas

³² AZEVEDO, Junqueira, op. cit., p. 214.

sim atinge a toda sociedade, num rebaixamento imediato do nível de vida da população. Causa dano social. Isto é particularmente evidente quando se trata da segurança, que traz diminuição da tranquilidade social, ou de quebra de confiança, em situações contratuais ou paracontratuais, que acarreta redução da qualidade coletiva de vida.³³

Isso se explicaria, segundo o autor, pela existência de uma obrigação autônoma de segurança que a todos cabe obedecer:

Logo, qualquer ato doloso ou gravemente culposos, em que o sujeito 'A' lesa o sujeito 'B', especialmente em sua vida ou integridade psíquica, além dos danos patrimoniais ou morais causados à vítima, é causa de um dano à sociedade como um todo e, assim, o agente deve responder por isso. O art. 944 no Código Civil, ao limitar a indenização à extensão do dano, não impede que o juiz fixe, além das indenizações pelo dano patrimonial e pelo dano moral, também – esse é o ponto – também uma indenização pelo *dano social*. A 'pena' – agora, entre aspas, porque no fundo, é reposição à sociedade – visa restaurar o nível social de tranquilidade diminuída pelo ato ilícito.³⁴

O autor afirma que se trataria de efetiva indenização, pois assume que haveria um bem que depois de diminuído pelo ato do réu, seria reposto em seu status quo ante pela condenação: esse bem seria a “tranquilidade social”. Ora, ocorre o mesmo com esse e com os demais bens de personalidade: não há como medir o nível de tranquilidade anterior ao fato, assim como não há como medir seu nível após a condenação. A alegação de que é possível medir a qualidade de vida de uma dada sociedade por meio do IDH, embora verdadeira, é imprestável para o argumento que o autor está tentando realizar, pois não há como um Tribunal de Justiça saber quanto do IDH de uma dada sociedade está

³³ AZEVEDO, Junqueira, op. cit., p. 214.

³⁴ Ibid., p. 215.

vinculado, por exemplo, ao nível de pontualidade das companhias de transporte aéreo, para usarmos o exemplo do autor. A instituição não possui instrumentos para avaliar essa conexão, medir se houve diminuição e muito menos estabelecer qual a correlação entre condenação e reposição do nível anterior.

Diferentemente do que sustenta o autor, é incrivelmente difícil estabelecer a conexão entre o ato do réu e a diminuição das condições coletivas de segurança ou do índice de qualidade de vida da população. Mas isso, paradoxalmente, não será um problema para o tribunal caso adote esse conceito, conforme veremos.

O que a criação da categoria jurídica “dano social” realmente permite é a atuação arbitrária do tribunal que, ao partir da premissa correta de que as normas jurídicas estão intrinsecamente ligadas a padrões de proteção social ou de qualidade coletiva de vida, se vê autorizado a concluir que se tais normas são violadas temos a ocorrência de um dano social (independentemente da demonstração da ocorrência de qualquer dano específico). Sendo assim, o que o uso dessa categoria acaba por legitimar, equivocadamente, é a indistinção entre violação da norma (ação) e dano (efeito). Tanto assim que, para o autor, a violação dessas normas seria, em si, um dano: o que denominou dano social.³⁵

Ao eliminar a distinção entre ilicitude e dano o conceito acaba também tornando inútil o termo de conexão entre ambos: o nexa causal. Ora, se da violação da regra se infere a ocorrência do dano social é porque se assumiu como premissa que o ato do réu “causou” diminuição das condições coletivas de segurança ou do índice de qualidade de vida da população. Esse raciocínio que estabelece um dogma no lugar onde deveria existir um argumento de dogmática (jurídica) é bastante semelhante àquele trilhado por algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça relativamente à figura do “dano moral coletivo”.

³⁵ O autor afirma (Ibid., p. 207) que os danos ambientais são materiais, pois passíveis de verificação pela biologia e ecologia, enquanto os danos sociais não o são, pois seriam apuráveis pela sociologia e estatística. Ora, também essas duas ciências lidam com fenômenos materiais. Aliás, a questão relativa ao equilíbrio de um determinado ecossistema é tão material quanto a análise acerca da manutenção da qualidade de vida de um grupo social. É exatamente o problema da prova do dano extrapatrimonial/moral ambiental que será objeto de intenso debate quando do julgamento do Recurso Especial 598281/MG, debate que será analisado adiante.

É a essa figura que, desde meados nos anos 2000, o Superior Tribunal de Justiça vem recorrendo para, com base em certas manifestações doutrinárias,³⁶ aplicar regras de responsabilidade civil com finalidade punitiva e dissuasória. Quais os riscos ínsitos a essa opção no que diz respeito aos padrões mínimos de coerência e segurança jurídica que se espera da atuação do Sistema de Justiça dentro de um Estado Democrático de Direito é o que se pretende demonstrar a seguir.

2. A eterna vigilância:³⁷ a função punitiva da responsabilidade civil no discurso da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Ao analisarmos a trajetória do conceito de “dano moral coletivo” na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vemos que, apesar da inicial resistência à admissão da figura justificada com base na impossibilidade lógica de uma compensação, a “dor coletiva” acabou por consolidar uma orientação que não apenas admite, mas recomenda o recurso àquele conceito por compreendê-lo como mecanismo imprescindível de tutela a “valores fundamentais da sociedade”.

A primeira vez que o Superior Tribunal de Justiça se debruçou sobre o problema do dano moral coletivo produziu uma decisão contrária ao seu reconhecimento. Isso ocorreu em 2 de maio de 2006 quando a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos da ação civil pública, solicitou a condenação do município de Uberlândia e de empresa de empreendimentos imobiliários por danos ambientais produzidos por loteamento irregular de determinada área no perímetro urbano da cidade.

³⁶ Leonardo Roscoe Bessa sustenta a similitude do problema posto pela categoria de dano moral coletivo com aqueles postos no âmbito do Direito Penal quando se discute se em certas situações a ofensa do bem jurídico “invariavelmente, dispensa resultado naturalístico”, como por exemplo, os casos envolvendo crimes de mera conduta e/ou crimes de perigo nos quais “há que se perquirir, analisando a conduta lesiva em concreto, se o interesse que se buscou proteger foi atingido.” (BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 59, 2006, p. 103).

³⁷ “It is the common fate of the indolent to see their rights become a prey to the active. The condition upon which God hath given liberty to man is eternal vigilance; which condition if he break, servitude is at once the consequence of his crime and the punishment of his guilt.” – John Philpot Curran: Speech upon the Right of Election for Lord Mayor of Dublin, 1790. (Speeches. Dublin, 1808).

A referida ação civil pública, no que tange ao pedido de condenação dos réus ao pagamento da indenização relativa aos danos morais coletivos em razão da lesão ambiental, havia sido julgada procedente pelo juiz de primeira instância em vista do “descaso” e da “ilicitude da conduta”.³⁸ Porém, tal pedido foi julgado improcedente pelo Tribunal Estadual de Minas Gerais. O tribunal estadual argumentou, quanto a este ponto, que “o dano moral é todo sofrimento causado ao indivíduo em decorrência de qualquer agressão aos atributos da personalidade ou aos seus valores pessoais, portanto de caráter individual, inexistindo qualquer previsão de que a coletividade possa ser sujeito passivo do dano moral”.³⁹

Contra essa decisão, apresentou o Ministério Público do Estado de Minas Gerais Recurso Especial no qual argumentava violação do disposto nos arts. 1º da Lei 7347/85⁴⁰ e 14, § 1º da Lei 6938/81.⁴¹ Um dos focos da divergência estava na correta interpretação a ser dada ao art. 1º da Lei 7347/85 em razão da alteração proveniente do art. 88 da Lei 8884/94. A redação do referido artigo até aquele momento mencionava “ações de responsabilidade por danos causados” e a alteração introduziu a menção a “danos morais e patrimoniais causados”. O que se discutia então era se isso implicava a admissão de que os danos elencados nos incisos poderiam se configurar na forma extrapatrimonial, como os danos ambientais morais, ou se isso apenas implicava que nos casos nos quais danos, por exemplo ambientais, produzissem, por ricochete, danos individuais morais estes também poderiam ser solicitados por meio da Ação Civil Pública patrocinada por um dos sujeitos legalmente autorizados a propô-la.⁴²

³⁸ Recurso Especial 598281/MG, voto do relator, Min. Luiz Fux, p. 7.

³⁹ Recurso Especial 598281/MG, voto do relator, Min. Luiz Fux, p. 7.

⁴⁰ Lei federal que criou a Ação Civil Pública. Segundo o artigo primeiro, regem-se pelas disposições dessa lei “as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, infrações à ordem econômica e à ordem urbanística, bem como quaisquer outros interesses difusos ou coletivos.” (art. 1º, *caput* e incisos I a VI).

⁴¹ Lei federal que estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação. O art. 14 § 1º dispõe que o poluidor é “obrigado, independentemente de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”.

⁴² Conforme o art. 5º, inciso I a IV, da lei 7347/85 têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista e qualquer

O relator adotou a opinião do Ministério Público e sustentou que a legislação teria sofrido “significativas mudanças, no sentido de ampliar o objeto da ação *sub examine*, para abranger a responsabilidade do infrator pelos danos morais causados a quaisquer dos valores e direitos transindividuais amparados pela referida legislação”.⁴³ Na opinião do Ministro a admissão da condenação ao pagamento de indenização a esse tipo de dano aparece associada com a “preocupação precípua do julgador” de, nestes casos, “evitar o dano ao meio ambiente”.⁴⁴ Isto é, surge como instrumento preventivo por meio do qual se amplia a proteção ao bem jurídico em questão.

Essa opinião, segundo o relator, está embasada em uma interpretação sistemática do art. 1º da Lei 7347/85 com a redação dada pelo art. 88 da Lei 8894/94, o que significa ler o referido artigo em associação com o disposto nos arts. 5º, V e 225 da Constituição Federal para concluir que, sendo o meio ambiente ecologicamente equilibrado um bem “essencial à sadia qualidade de vida”, poder-se-ia sustentar que todo dano ambiental é, em verdade, um dano extrapatrimonial, uma vez que corresponde a uma lesão a bem não suscetível de avaliação econômica, isto é, uma lesão à qualidade de vida dos cidadãos.

O resultado desse raciocínio seria a ampliação do valor da indenização a ser paga e, portanto, do ônus atribuído ao réu, o que significaria a introdução de mais um incentivo à adoção de maior precaução por parte dos sujeitos que assumem riscos relativos ao meio ambiente.

Esse parece ser o raciocínio do relator quando chancela a opinião de que, relativamente aos danos ambientais, cabe ao sistema jurídico encontrar “uma solução que seja educativa e, ao mesmo tempo, reparatória”.⁴⁵ A admissão do dano moral ambiental parece atender a essa

associação que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

⁴³ Recurso Especial 598281/MG, voto do relator, Min. Luiz Fux, p. 8.

⁴⁴ Recurso Especial 598281/MG, voto do relator, Min. Luiz Fux, p. 8.

⁴⁵ MATOS, Eduardo Lima de. Dano ambiental: uma nova perspectiva de responsabilidade civil. In: *Grandes temas da atualidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002 apud Recurso Especial 598281/MG, voto do relator, Min. Luiz Fux, p. 10.

necessidade, pois parece trazer à tona um elemento do dano ambiental que estava à sombra e que por essa razão não vinha sendo objeto de reparação. Ao mesmo tempo, ao implicar um aumento do valor a ser pago a título de indenização, aumenta o desincentivo para a realização, no futuro, de condutas semelhantes.

O problema aqui está na definição do que é efetivamente esse dano ambiental moral, pois se já havia uma dificuldade em quantificar o custo econômico implicado na restauração do ambiente lesado ao *status quo ante*, essa dificuldade se intensifica quando se deve estabelecer em que consiste, em cada caso, esse dano extrapatrimonial difuso. A essa dificuldade acaba por se somar a tendência de alteração, por força das demandas de prevenção, do foco de análise do juízo de responsabilização. Vejamos.

Se na origem a responsabilidade civil funcionava como um sistema de imposição de sanções aos sujeitos que tivessem produzido por sua ação antijurídica (ato ilícito) um resultado igualmente antijurídico (dano),⁴⁶ atualmente a sanção passa a ser justificada pela simples qualificação do ato como antijurídico e essa qualificação, em muitas ocasiões, decorre de considerações acerca da sua “reprovabilidade social”. Mas por que seriam tais atos reprováveis socialmente? Porque deles decorreriam evidentes violações a direitos, interesses e valores fundamentais da sociedade. E, sendo tais violações “evidentes”, não se faria necessário demonstrar sua ocorrência, pois seriam danos contidos *in re ipsa* nos próprios atos.

Essa orientação resolve vários problemas que, de outra maneira, o tribunal teria de enfrentar: dispensa a demonstração da existência do dano, que passa a ser presumido, e dispensa a demonstração do nexo causal entre ato e resultado, pois também essa conexão, obviamente, passa a ser apresentada como dada, isto é, presumida ao revés de ser comprovada.

Esse entendimento permite inclusive afirmar que há antijuridicidade mesmo diante do cumprimento da norma por aquele sujeito a quem se decidiu atribuir a responsabilidade pelo dano. Isso é o que se

⁴⁶ Aliás, nessa perspectiva, o resultado era tomado como antijurídico porque resultante de conduta antijurídica.

revela na escolha, feita pelo Ministro relator, de passagens doutrinárias nas quais se lê que “o princípio da responsabilidade objetiva é o da equidade, *para que se imponha o dever de reparação do dano e não somente porque existe responsabilidade*”,⁴⁷ e que “[no caso de dano ao ambiente] não interessa se o autor do dano estava pautando sua conduta dentro dos padrões ambientais estabelecidos pelos órgãos de gestão ambiental, se, por exemplo, adotou medidas mitigadoras além das recomendadas”,⁴⁸ concluindo que “a imposição da reparação civil, na forma aventada, funciona como um sistema educativo, estabelecendo uma punição exemplar para aqueles que atentarem contra o meio ambiente”.⁴⁹

Mas temos aqui a situação, no mínimo estranha, de se pretender punir alguém que pautou sua conduta por padrões estabelecidos por autoridades e adotou medidas de mitigação além do limite recomendado. O argumento serve de justificativa a uma condenação que visa *reparar danos com base no risco da atividade*, e revela-se absurdo/injusto quando a condenação se apresenta como forma de punir/educar o réu.

Com isso surge a situação paradoxal na qual se pretende punir o agressor pelo simples fato de ter causado dano – um dano, inclusive, que se presume existir. Ou seja, impõe-se uma pena sob a justificativa de que a situação supostamente produzida é reprovável e que, portanto, a conduta que presumivelmente a teria causado é, em si, condenável. Dessa forma, o dano moral coletivo é aqui apresentado por meio da ambígua expressão “ofensa ao sentimento difuso ou coletivo”⁵⁰ que denota uma mescla incindível entre ação e resultado: a ofensa é o ato em si, não seu resultado⁵¹.

⁴⁷ ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. Pressupostos da responsabilidade civil objetiva. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 40 apud Recurso Especial 598281/MG, voto do relator, Min. Luiz Fux, p. 11.

⁴⁸ Recurso Especial 598281/MG, voto do relator, Min. Luiz Fux, p. 13.

⁴⁹ Recurso Especial 598281/MG, voto do relator, Min. Luiz Fux, p. 15.

⁵⁰ Recurso Especial 598281/MG, voto do relator, Min. Luiz Fux, p. 17.

⁵¹ Temos aqui o mesmo tipo de raciocínio utilizado na imputação de responsabilidade penal nos chamados crimes de mera conduta, nos quais considera-se que “certas condutas, por si sós, já constituem ofensas ao bem jurídico ou ao interesse tutelados pela ordem jurídica; essa ofensa se traduz na agressão desfechada contra o sentimento de ordem, contra a tranquilidade e a segurança coletivas, o que – é evidente – exige repressão. Esta repressão, dirigida contra a conduta agressiva, é uma garantia de proteção, de segurança, para toda a sociedade, por isso que tende a impedir a ocorrência de fatos mais graves.” (PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes de mera conduta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 132).

A ambiguidade ínsita a essa construção fica expressa pela análise do exemplo doutrinário escolhido pelo Ministro Relator para ilustrar o argumento:

Um exemplo típico da região Nordeste pode ser trazido à baila para caracterizar esta corrente defendida, entre outros, pelo Professor Leite e Pacagnella. O Rio São Francisco, o Velho Chico como é carinhosamente conhecido, recebe anualmente diversos turistas que se dirigem às suas margens apenas com a finalidade de admirá-lo e contemplá-lo, agradecendo ao Criador por tamanha beleza natural.

A estas pessoas não interessa o valor econômico da água, das atividades ali exercidas e aquelas outras que indiretamente são beneficiadas com a existência do Velho Chico. Na verdade, estas pessoas buscam apenas contemplar a beleza e formosura desse rio de integração nacional. [...] Ora, levando em consideração que o malsinado projeto de transposição do Rio São Francisco que descumpra as normas da Lei 9.433/97 - siga adiante e culmine em produzir um dano irreversível ao Velho Chico.

Não será apenas o dano patrimonial que se levará em conta, nem as consequências econômicas para toda a Região Nordeste, haverá também um dano moral, pois as pessoas não poderiam mais contemplar, meditar e admirar o Velho Chico, seria uma dor e uma irreparável perda.

Então ocorreria a reparação civil voltada à recuperação do ambiente ou indenização pecuniária se a primeira hipótese não fosse mais possível, e também deveria ser concretizada uma reparação pelo dano moral ambiental causado a toda coletividade Nordestina.

Note-se que o exemplo começa mencionando interesses de indivíduos que não fazem parte da comunidade ribeirinha, isto é, turistas, e termina circunscrevendo o interesse à população da região nordestina. O problema, na definição da existência do dano, é que isso implica, em primeiro lugar, definir qual interesse tem preponderância: a amplificação da qualidade de vida do turista em razão do

prazer estético que a visão do rio lhe propicia ou a melhora da qualidade de vida da população da região, decorrente da intervenção, ou mesmo a melhora da qualidade de vida de populações de outras regiões do país beneficiadas indiretamente pela realização do projeto, pois se é um interesse difuso, ele necessariamente ultrapassa a coletividade nordestina.

Percebe-se que o problema na admissão do dano moral coletivo está, exatamente, na definição de sua extensão e, portanto, na sua própria existência. Tome-se outra passagem doutrinária escolhida pelo Ministro relator para servir de fundamento à sua decisão:

Outras noções [de dano ambiental] ampliam o conceito incluindo também os bens culturais, como o patrimônio histórico. Outra versão mais extensa abarca problemas de política social, como a pobreza e a qualidade de vida em geral. Finalmente, outros concluem no conceito de qualidade de vida, compreendido pelo conjunto de coisas e circunstâncias que rodeiam e condicionam a vida do homem.⁵²

Ora, aceita a opinião, poder-se-ia sustentar que a pobreza – mencionada pelo Relator – configura um dano moral coletivo. Diante disso surgiria a questão sobre possibilidade de as vítimas dessa situação, por meio de Ação Civil Pública, buscarem condenar, por exemplo, o Estado, na figura da Administração Pública, a pagar-lhes indenização correspondente. Ainda que não houvesse a administração cometido qualquer ilicitude na condução de suas políticas de combate à pobreza, deveria ser condenada haja vista que, conforme trecho de citação utilizada pelo Min. Relator em seu voto, não interessa se o autor do dano estava pautando sua conduta dentro de padrões legais, pois nada exclui sua responsabilidade:

⁵² “O dano moral é uma sanção por algo imoral” (LORENZETTI, Ricardo Luís. O direito e o desenvolvimento sustentável: teoria geral do dano ambiental moral. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 2, p. 139-149 apud Recurso Especial 598281/MG, voto do relator, Min. Luiz Fux, p. 20).

a Constituição de 1988 estabeleceu a responsabilidade civil objetiva dos agentes públicos, [...] ampliando desta forma o leque daqueles que devem responder diretamente pelos atos de seus agentes” criando assim “norma [que] visa resguardar os direitos do cidadão que fica vulnerável a diversos tipos de danos causados pela gigantesca máquina do Estado.⁵³

A condenação seria revertida, segundo o Decreto 1306/94, para o fundo de defesa dos direitos difusos. Os recursos desse fundo, administrado pelo Ministério Público, seriam então utilizados para adoção de estratégias de combate à pobreza. Ao Ministério Público caberia administrar essas verbas de forma a produzir os resultados socialmente esperados. E a quem caberia o controle dos gastos do Ministério Público? Como se poderia permitir que aqueles que discordam da forma como os gastos estivessem sendo feitos interviessem para alterá-la? Vemos que um desdobramento possível da premissa assumida pelo Magistrado retiraria a decisão sobre alocação de recursos públicos do âmbito da política e a enviaria para o campo do direito. Mas caberia perguntar se esse é um efeito desejável dentro de um Estado Democrático de Direito.

Outro problema não adequadamente equacionado pelo discurso do dano moral coletivo está no fato de que ele pode ser utilizado para justificar uma sanção jurídica a uma conduta imoral. Mas a imoralidade de um ato não pode ser respondida por uma sanção atinente à responsabilidade civil, com base na noção de justa retribuição, se o referido ato não produzir um dano e uma vítima, pois do contrário não há o que retribuir e nem a quem retribuir.⁵⁴ Ou seja, neste caso não se pode falar em dano, e portanto não é possível cogitar nem reparação, nem compensação de vítimas.

⁵³ Recurso Especial 598281/MG, voto do relator, Min. Luiz Fux, p. 13.

⁵⁴ “But where there is no victim but only a transgression of a moral rule, the view that punishment is still called for as a proper return for the immorality lacks even this support. Retribution here seems to rest on nothing but the implausible claim that in morality two blacks make a white: that the evil of suffering added to the evil of immorality as its punishment makes a moral good.” (HART, Herbert Lionel Adolphus. *Law, liberty and morality*. Londres: Oxford University Press, 1963, p. 60)

O relator, talvez antecipando essa crítica, sustenta que há, nesses casos de imoralidade, vítimas: são todos os membros da coletividade, pois esse dano se consubstancia no “sofrimento da comunidade”.⁵⁵ Assim, a reprovação da conduta imoral se dá, não pela sua imoralidade, mas pelos danos que produz à comunidade. Mas esses danos são presumidos como existentes pelo aplicador da sanção. Isso permitiria sustentar no caso, por exemplo dos danos ambientais, a existência de dano de grande extensão, ainda que não exista nenhum dado biológico que demonstre a real extensão da alteração ambiental: “o reconhecimento do dano moral ambiental não está umbilicalmente ligado à repercussão física no meio ambiente, mas, ao revés, relacionado à *transgressão do sentimento coletivo*, consubstanciado no sofrimento da comunidade, ou do grupo social, diante de determinada lesão ambiental”.⁵⁶

Em resumo, se o ato for socialmente reprovável, imoral ou ilícito poderá, somente por essa razão, ser a “causa” de um sofrimento coletivo. Logo, pode-se justificar a aplicação da sanção com base apenas na demonstração de que o ato ocorreu. A sanção passa então a ser justificada pela simples realização da conduta.

A maioria da turma, porém, não adotou esse entendimento e preferiu acompanhar a opinião do Min. Teori Albino Zavascki. Foram três as principais oposições apresentadas pelo Ministro: a) “a vítima do dano moral é, necessariamente, uma pessoa”,⁵⁷ b) “o dano moral envolve, necessariamente, dor, sentimento, lesão psíquica”⁵⁸ e c) “nem toda conduta ilícita importa em dano moral”.⁵⁹

A primeira oposição parece estar associada à assunção da premissa de que “os danos morais são ofensas aos direitos de personalidade”.⁶⁰ Aqui o argumento é o de que a menção do direito à reparação do dano moral no art. 5, V da Constituição Federal demonstra sua necessária conexão com a ideia de direitos individuais.⁶¹

⁵⁵ Recurso Especial 598281/MG, voto do relator, Min. Luiz Fux, p. 27.

⁵⁶ Recurso Especial 598281/MG, voto do relator, Min. Luiz Fux, p. 27 (grifo nosso).

⁵⁷ Recurso Especial 598281/MG, voto do Min. Teori Albino Zavascki, p. 32.

⁵⁸ Recurso Especial 598281/MG, voto do Min. Teori Albino Zavascki, p. 32.

⁵⁹ Recurso Especial 598281/MG, voto do Min. Teori Albino Zavascki, p. 33.

⁶⁰ Recurso Especial 598281/MG, voto do Min. Teori Albino Zavascki, p. 32.

⁶¹ Recurso Especial 598281/MG, voto do Min. Teori Albino Zavascki, p. 32.

Assim, diferentemente do que sustenta o Min. Relator Luiz Fux, o Min. Teori Albino Zavascki parece asseverar que, do estabelecimento do direito à indenização de danos morais (art. 5º, V, CF/88) e do estabelecimento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, caput, CF/88), não decorre, necessariamente, a possibilidade de admissão da existência de danos morais ambientais, pois o correto seria entender que o art. 5º, V da Constituição Federal estabelece instrumento para tutela de direito individual e, portanto, inaplicável na tutela de direito “social”.⁶²

Ora, mas o direito à indenização do dano patrimonial também está mencionado no art. 5º, V e não parece haver nenhum impedimento para o estabelecimento da condenação à indenização de danos patrimoniais ambientais. Além disso, poder-se-ia sustentar que o direito à sadia qualidade de vida, previsto no art. 225, CF/88, é uma das manifestações do direito fundamental à vida⁶³ e, portanto, um direito de personalidade.

A segunda oposição tem o problema de, se adotada, contradizer a orientação do próprio STJ, consolidada na Súmula 227, que afastou a vinculação entre “dor e sofrimento” e “dano moral” como forma de admitir que pessoas jurídicas pudessem ser consideradas vítimas de tais danos.

Resta, portanto, apenas a terceira oposição em seu ataque à existência de vinculação necessária entre ato (ilícito) e dano (moral). Ou seja, no afastamento da noção de que o dano moral é um dano *in re ipsa*.

O problema, porém, está no fato de que foi exatamente a assunção dessa presunção que viabilizou a condenação ao pagamento de indenizações em inúmeros casos, como naqueles em que se alegava

⁶² É possível qualificar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito social quando se percebe que este não se resume àqueles que estabelecem pretensões positivas dirigidas ao Estado. Se assim fosse, tal qualificação não poderia ser dada aos direitos trabalhistas que estabelecem, na maioria dos casos, pretensões que podem ser exercidas em relação a determinados particulares (empregadores). Os direitos sociais parecem ter de ser compreendidos tendo em vista mais a forma de tutela do que o sujeito a ela submetido, ou seja, mais do que perguntar a quem se dirige a pretensão (Estado ou particular) deve-se perguntar qual a forma adequada de tutela. No caso dos direitos sociais a resposta parece ser, obviamente, a tutela coletiva. Talvez seja essa a nota distintiva dos direitos sociais em relação aos direitos fundamentais de matriz individual.

⁶³ Essa premissa parece estar contida no raciocínio do Min. Relator Luiz Fux quando se atenta para a seguinte citação: “Destarte, reconhecendo o direito à qualidade do meio ambiente como manifestação do direito à vida” (Recurso Especial 598281/MG, voto do Min. Relator Luiz Fux, p. 9).

lesão à reputação da vítima que, obviamente, poderia ser uma pessoa jurídica. Aliás, todos os cinco precedentes que embasam a Súmula 227 tratam de dano à reputação (dano à honra objetiva) de pessoa jurídica. Sustentou-se ali que, sendo “evidente” que atos tais como o protesto indevido de duplicatas criam lesão à reputação da vítima, não se faz necessária nenhuma prova para que se proceda à condenação do réu.

A solução, portanto, para os danos extrapatrimoniais difusos ou coletivos, é a mesma que se dá para admitir a indenização do dano moral puro: esse dano se configura como “autoevidente”. A recorrência a expressões como “protesto indevido”, “uso indevido de imagem”, “publicidade abusiva”, “cobrança abusiva” etc., serve para destacar que, demonstrada a realização de ato tido por “indevido/abusivo”, resta configurada a violação ao direito, interesse e/ou valor protegido. Tudo se resume a uma lesão que se assume como decorrência natural do fato (*in re ipsa*).

Assim, surge o que realmente conecta todos esses casos que parecem, num primeiro olhar, tão distintos entre si. O que une situações tão diversas quanto as que envolvem a reputação de uma sociedade comercial, a perda de um ente querido ou a poluição de um córrego é que em todas elas o tribunal dispensa a si mesmo de realizar qualquer esforço argumentativo na demonstração de que o ato do réu causou danos, pois em todas a lesão ao direito, interesse e/ou valor jurídico é tida por um fenômeno que é ou “autoevidente” ou “evidenciável” por “um sentimento público de comoção e perturbação a determinada comunidade”⁶⁴ que o próprio tribunal presume existir.

A admissão da existência de sentimentos coletivos e, por consequência, sofrimentos coletivos, está na base do argumento realizado pela Ministra Eliana Calmon quando do julgamento, pela Segunda Turma, do Recurso Especial 1057274/RS em 1º de dezembro de 2009 nos autos da Ação Pública movida pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul contra empresa de transporte público municipal sob a alegação de que a exigência do cadastramento de idosos maiores de 65 anos como requisito para a fruição do benefício da gratuidade era indevida e havia causado dano moral coletivo à categoria.

⁶⁴ Recurso Especial 59281/MG, voto do Min. José Delgado, p. 45.

O Tribunal Estadual do Rio Grande do Sul, embora concordando que o cadastramento não poderia ser exigido, afastou a ideia de que ele tivesse causado danos morais coletivos ao sustentar que “o dissabor experimentado pelos usuários do transporte gratuito [...] não configura abalo moral, mas tão somente incômodo pelo entrave burocrático para a concretização de um direito”.⁶⁵

O Ministério Público em suas razões de recurso sustentou que:

para aferição do dano coletivo se mostra impertinente qualquer digressão afeta à dor psicológica, angústia ou outro sentimento de desvalia, porquanto tais variáveis somente são possíveis de ponderação quando em análise a pessoa humana considerada em sua individualidade, o que não se confunde com o caso dos autos [no qual] presumível [...] o sofrimento de desvalia e indignidade que cada um dos idosos foi alvo ao ter que se submeter às indevidas exigências da recorrida, o que torna prescindível qualquer discussão probatória acerca do efetivo prejuízo.⁶⁶

Em seu voto a Ministra Eliana Calmon se afastou da orientação estabelecida pela Primeira Turma e admitiu a existência de danos morais coletivos e a possibilidade de presumi-los, justificando sua posição com argumentos que apelam à finalidade do Direito e ao alcance do conceito de “direito de personalidade”.

Para a Ministra Relatora a possibilidade de presunção da existência de danos morais coletivos em certas situações se faz necessária pois “a lesão aos interesses de massa não podem ficar sem reparação, sob pena de criar-se litigiosidade contida que levará ao fracasso do Direito como forma de prevenir e reparar conflitos sociais”.⁶⁷

Além disso, segundo a Ministra Relatora, os danos morais coletivos nada mais são do que a lesão a “direitos de personalidade de grupo ou

⁶⁵ Recurso Especial 1057274/RS, Relatório, p. 2.

⁶⁶ Recurso Especial 1057274/RS, Relatório, p. 2-3.

⁶⁷ Recurso Especial 1057274/RS, Voto da Ministra Relatora Eliana Calmon, p. 7.

coletividade enquanto realidade massificada”,⁶⁸ ou seja, considera que “a existência do dano extrapatrimonial coletivo pode ser examinado e mensurado, tendo-se em consideração os requisitos de configuração do dano moral individual”,⁶⁹ pois, obviamente, tem por base o mesmo fenômeno: a lesão a um direito de personalidade.

Se, portanto, seguindo o raciocínio da relatora, admite-se que a violação do direito à saúde individual (como no caso de lesões corporais graves) implica, evidentemente, um sofrimento, uma angústia experimentada pelo indivíduo vítima da ação lesiva, como não admitir que a ocorrência de uma violação ao direito ao meio ambiente, compreendido como manifestação social coletiva daquele direito de personalidade,⁷⁰ implicaria também um sofrimento igualmente social e coletivo? Nas palavras da Relatora:

Isso não importa exigir que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação tal qual fosse um indivíduo isolado. Estas decorrem do sentimento coletivo de participar de determinado grupo ou coletividade, relacionando a própria individualidade à ideia do coletivo.⁷¹

Assim a descabida exigência – nas palavras da relatora – de cadastramento para possibilitar aos idosos a fruição do direito à gratuidade implica, como violação desse direito de personalidade do grupo, “evidente” criação de constrangimentos e dificuldades que corporificam um dano extrapatrimonial coletivo. Exato? Não, pois ainda que tenha reconhecido ser “descabida a exigência das empresas de transporte urbano de cadastrarem os idosos para usufruto do benefício do passe livre” e corporificar “flagrante violação do art. 39, § 1º da Lei 10741/2003”,⁷²

⁶⁸ Recurso Especial 1057274/RS, Voto da Ministra Relatora Eliana Calmon, p. 9.

⁶⁹ Recurso Especial 1057274/RS, Voto da Ministra Relatora Eliana Calmon, p. 11.

⁷⁰ No voto da Min. Relatora Eliana Calmon encontra-se a seguinte passagem: “Com efeito, *os direitos de personalidade manifestam-se como uma categoria histórica, por serem mutáveis no tempo e no espaço. O direito de personalidade é uma categoria que foi idealizada para satisfazer exigências da tutela da pessoa, que são determinadas pelas contínuas mutações das relações sociais, o que implica a sua conceituação como categoria apta a receber novas instâncias sociais.* (cf. LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 287) (Recurso Especial 1057274/RS, p. 8)

⁷¹ Recurso Especial 1057274/RS, Voto da Ministra Relatora Eliana Calmon, p. 11.

⁷² A lei 10741/2003 conhecida como o Estatuto do Idoso estabelece em seu art. 39, § 1º que “aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos

concluiu a Ministra que não seria “injurídica a conduta da empresa”, pois “visava evitar fraudes e quantificar a quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de prestação de serviços de transporte”.⁷³

Assim, na sua opinião, não há a possibilidade de condenar a empresa ao pagamento de danos morais coletivos pela conduta ilícita porque seria “uma demasia punir a empresa impondo-lhe indenização por dano moral, muito embora seja reprovável a exigência de cadastrar os idosos para auferirem um direito que lhes está assegurado independentemente de qualquer providência”.⁷⁴

Se admitido que a conduta seja reprovável e, mais, antijurídica, e se sustentado que violações aos direitos de personalidade de um grupo permitem presumir o dano moral coletivo, como explicar o fato de a Ministra afastar a existência do referido dano, embora reconheça a antijuridicidade da conduta? Uma explicação possível é que o critério para justificar a sanção seria que certos atos configuram afrontas graves aos valores basilares da comunidade,⁷⁵ e, por essa razão, justificar-se-ia a sanção. No caso concreto, a empresa teria agido de forma ilegal, mas buscando “evitar fraudes”, isto é, teria feito mal ao buscar o bem e, por essa razão, não mereceria ser “punida”.

Havendo ilícito, mas também uma “boa justificativa”, não haveria dano. Nesta linha de raciocínio, o que os tribunais afirmam quando presumem a existência do dano é a presença de uma conduta reprovável por ser “contrária a valores” ainda que não contrária à lei.

Dada a semântica dos valores,⁷⁶ estabelecer essa contrariedade é uma tarefa que deveria demandar um esforço de argumentação

urbanos e semi-urbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares.”

⁷³ Recurso Especial 1057274/RS, Voto da Ministra Relatora Eliana Calmon, p. 9.

⁷⁴ Recurso Especial 1057274/RS, Voto da Ministra Relatora Eliana Calmon, p. 10.

⁷⁵ Em 7 de agosto de 2018, quando de julgamento prolatado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça nos autos da coletiva de consumo, ajuizada pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul contra a BV Financeira S.A. – Crédito, Financiamento e Investimento, na qual era questionada a legalidade da cobrança de tarifa de emissão de boletos (TEC) e solicitava-se a condenação da instituição financeira à indenização de danos materiais e à compensação dos danos morais individuais e coletivos decorrentes dessa cobrança reputada abusiva, a Ministra Relatora Nancy Andriighi afirmou que os danos morais coletivos não estavam configurados na hipótese, pois “a exigência de uma tarifa bancária considerada indevida – não infringe valores essenciais da sociedade, tampouco possui os atributos da gravidade e intolerabilidade, configurando a mera infringência à lei ou ao contrato, o que é insuficiente para sua caracterização” (Recurso Especial nº 1502967/RS, p. 21). Esse posicionamento foi acompanhado pelos demais componentes da Turma.

bastante cuidadoso do intérprete. Mas infelizmente não é isso que se identifica no julgamento do Recurso Especial 1221756/RJ, em 2 de fevereiro de 2012, realizado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça nos autos da Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro contra o Banco Itaú.

No voto do Ministro Relator Massami Uyeda, é possível ler que “nem todo ato ilícito se revela como afronta aos valores de uma comunidade”,⁷⁷ pois para que isso ocorra “é preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva.”⁷⁸

Assim, para que se possa falar em “dano moral coletivo” seria necessário: a) a ocorrência de um ato ilícito que b) “implique na sensação de repulsa coletiva a ato intolerável”.⁷⁹

No caso em questão o Ministério Público movia a ação contra a instituição financeira em razão da ausência de atendimento prioritário para gestantes, idosos e deficientes físicos em andar térreo de agência bancária. Para o Ministro Relator, em tal caso era “indubitável a ocorrência de dano moral coletivo, apto a gerar indenização”, pois “sob qualquer fundamento, não é razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção, seja pela idade, seja por deficiência física, ou por causa transitória, como as gestantes, à situação desgastante de subir, exatos 23 (vinte e três) degraus.”⁸⁰

O problema é que a decisão, além de não mencionar qual dispositivo legal teria sido violado pelo réu,⁸¹ não explica por que razão a referida situação implicaria intranquilidade social e repulsa coletiva.

⁷⁶ Entende-se por “valor” um esquema abstrato de referência utilizado para compreender e avaliar ações (REALE, Miguel. *Cinco temas do culturalismo*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 37).

⁷⁷ Recurso Especial 1221756/RJ, voto do Ministro Relator Massami Uyeda, p. 8.

⁷⁸ Recurso Especial 1221756/RJ, voto do Ministro Relator Massami Uyeda, p. 8.

⁷⁹ Recurso Especial 1221756/RJ, voto do Ministro Relator Massami Uyeda, p. 8.

⁸⁰ Recurso Especial 1221756/RJ, voto do Ministro Relator Massami Uyeda, p. 8.

⁸¹ Há menção apenas ao art. 6º, VI, CDC. No entanto, note-se que esse dispositivo trata do direito do consumidor a ser indenizado, mas não se refere ao direito que teria sido violado no caso e que, em razão, dessa violação produziria o direito à reparação. A ilicitude da conduta poderia, atualmente, ser sustentada se fosse contraposta a determinadas disposições normativas presentes nas leis 10.741/2003 (Estatuto do idoso) e 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência).

O que há, isso está claro, é a irresignação do Ministro transformada em evidência “indubitável” (sic) da ocorrência do dano. E diante de ato que gera repulsa se faz necessária uma reação para interromper esse incômodo.

Mas se assim fosse teríamos desenvolvido um sistema jurídico no qual o sentimento de repulsa experimentado por quem julga permitiria a esse qualificar como antijurídico ato realizado anteriormente pelo indivíduo. Tal dinâmica criaria para os cidadãos o dever de antecipar quais ações/omissões poderiam gerar esse sentimento de repulsa e, com isso, resolver que curso de decisão tomar. O grau de insegurança jurídica produzida por tal sistema impediria que a aplicação da sanção pudesse criar condições para a obtenção daquilo que se poderia pretender com a sanção, ou seja, a dissuasão.

Conclusão

Segundo Adam Smith, muito da nossa ideia sobre justiça retributiva deveria ser entendido a partir da compreensão dos mecanismos de expressão do sentimento de ressentimento.⁸² Essa afirmação que parece ser uma verdade reconhecida no âmbito da responsabilidade penal⁸³ também parece adequada como representação da dinâmica de imputação de responsabilidade civil nos casos envolvendo os chamados “danos morais coletivos”.

Nesses casos, como vimos acima, as decisões que imputam responsabilidade por danos morais coletivos vêm se apresentando, assim como as que imputam responsabilidade por crimes, como formas institucionais de expressão daquele sentimento. Assim, parece perfeitamente aplicável à responsabilidade civil a observação feita por James Fitzjames Stephen acerca da responsabilidade penal:

⁸² *The theory of moral sentiments*, p. 34-38, 67-108.

⁸³ “Speaking very generally, we may say that criminal law (among others things that it does) institutionalizes certain feelings of anger, resentment, and even hatred that we typically (and perhaps properly) direct toward wrongdoers – especially IF we have been *victims* of those wrongdoers.” (MURPHY, Jeffrie G. *Retributive hatred: an essay on criminal liability and the emotions*. In: FREY, R. G.; MORRIS, Christopher W. *Liability and responsibility: essays in law and morals*. Cambridge: Cambridge Studies in Philosophy and Law, 1991, p. 352).

A sentença judicial é para o sentimento moral do público em relação a qualquer ofensa o que o selo é para a cera quente. Ela converte num julgamento permanente o que poderia, de outra forma, ser um sentimento transitório [...] A inflicção da pena pela lei dá expressão definitiva e solene ratificação e justificação a aversão gerada pela realização da ofensa.⁸⁴

O pressuposto do raciocínio é de que a ofensa sofrida pela vítima é a causa do ressentimento que será expresso, publicamente, pela sentença condenatória que impõe ao réu uma sanção. Mas não poderia o ressentimento decorrente de outros fatos influenciar o julgador a enxergar ofensas onde elas, em princípio, não existiriam? Isso não ocorrerá em razão da atuação de um sistema de garantias ao réu calcado na ideia de que os ilícitos – criminais ou cíveis – são definidos em momento anterior à ação do réu e, conseqüentemente, anterior ao ato de julgamento.

Nas situações envolvendo a responsabilidade penal, a sanção decorreria da realização, pelo agente, de uma conduta previamente descrita como proibida, enquanto nas situações envolvendo a responsabilidade civil a sanção decorreria da produção de um resultado previamente descrito como proibido, isto é, a produção de um dano a direito e/ou interesse tutelado na lei. A peculiaridade da responsabilidade civil, em relação à penal, seria que não haveria uma descrição prévia e específica de qual conduta seria proibida. Essa margem de incerteza seria compensada pelo sistema jurídico a partir da assunção da premissa de que os direitos e interesses que podem ser danificados podem ser conhecidos pelo agente previamente.

O problema surge, porém, se a afirmação e/ou reconhecimento desse direito ou interesse ocorre exatamente quando se profere a decisão que imputa responsabilidade a alguém.⁸⁵ Nesse caso o momento de

⁸⁴ No original: “The sentence of the law is to the moral sentiments of the public in relation to any offence what a Seal is to hot wax. It converts into a permanent final judgement what might otherwise be a transient sentiment [...] [T]he infliction of punishment by law gives definite expression and solemn ratification and justification to the hatred which is excited by the commission of the offence”. (tradução nossa) (STEPHEN, James Fitzjames. *A history of the criminal law of England*. London: [s. n.], 1883, v. 2, p. 81-82).

⁸⁵ Sobre a função expressiva das regras de responsabilidade civil Tony Honoré mencionava que “[O] ne point of creating a tort, as opposed to a crime, is to *define and give content* to people’s rights

instituição do ilícito deixa de ser antecedente à sanção e passa a ser contemporâneo e, em sendo assim, a disseminação de um sentimento difuso de “desrespeito”, de uma indignação inespecífica com algo que não se consegue nominar pode levar a que se enxerguem lesões a direitos que até aquele momento ou pareciam não existir ou não tinham contornos que permitiriam qualificar como dano injusto o resultado da ação do réu.

Argumentar, como faz a Ministra Relatora no caso envolvendo a exigência abusiva de cadastramento dos idosos,⁸⁶ que a possibilidade de presunção da existência de danos morais coletivos em certas situações se faz necessária, pois “a lesão aos interesses de massa não pode ficar sem reparação, sob pena de criar-se litigiosidade contida que levará ao fracasso do Direito como forma de prevenir e reparar conflitos sociais”,⁸⁷ é assumir que a constatação da inadequação dos instrumentos da responsabilidade civil para o enfrentamento dos problemas postos pela violação de direitos, tais como à saúde e à segurança, significaria o fracasso do Direito. Tal conclusão implica a assunção de premissa, absolutamente equivocada, de que o sistema jurídico possa ser reduzido àquela específica área do direito. O fracasso das regras de responsabilidade civil no tratamento de problemas envolvendo lesões ao direito à saúde e à segurança significa apenas o fracasso do sistema das regras de responsabilidade civil, não do sistema jurídico.

Mas o que ocorre uma vez que se assume a identidade entre parte (responsabilidade civil) e todo (sistema jurídico)? Busca-se a criação de novos ou a modificação de antigos conceitos que permitam a esse conjunto de regras (responsabilidade civil) responder a esses novos desafios. Amplia-se o conceito de “direito de personalidade” até abarcar “direitos sociais” com vista a permitir que o que se compreende como violação desses gere, como decorrência lógica, danos morais coletivos

by providing them with a mechanism for protecting them and securing compensation if their rights are infringed”, porém ressalvando: “[F]or though the state may be entitled to designate certain interests as rights and certain sorts of conduct as wrongs, it cannot thereby make it just for the right-holders to sue the wrongdoers for compensation. It cannot by fiat create a principle of justice linking the two.” (HONORÉ, Tony. *The morality of tort law: questions and answers. In: Responsibility and fault.* Oxford: Hart, 1999, p. 70, 73, respectivamente).

⁸⁶ Recurso Especial 1057274/RS.

⁸⁷ Recurso Especial 1057274/RS, Voto da Ministra Relatora Eliana Calmon, p. 7.

(como em qualquer situação típica de violação de direitos de personalidade) passíveis de justificar uma condenação pecuniária.

E o que acontece quando o Ministro Relator, como no caso envolvendo as decisões sobre a configuração arquitetônica da agência bancária, sem mencionar qual dispositivo legal teria sido violado, restringe indiretamente o campo de atuação da liberdade empresarial ao aplicar ao réu condenação pecuniária sob a justificativa não demonstrada de que tal atuação, *prima facie* permitida,⁸⁸ implicaria “indubitável” (sic) intranquilidade social e repulsa coletiva.⁸⁹

O que acontece quando os Tribunais, sob a justificativa de combater uma “cultura de licenciosidade infracional”,⁹⁰ deixam de considerar a norma jurídica que exige, para a aplicação da sanção prevista nas regras de responsabilidade civil, necessariamente a presença de dano?⁹¹ É correto permitir o mal – a ampliação de uma cultura que tolera o arbítrio das autoridades, no caso as autoridades judiciais – se realizado com a intenção de combater um outro mal, a denominada “cultura da transgressão”?⁹² Ou são ambas, em realidade, a mesma cultura?⁹³

⁸⁸ Art. 5º, II, Constituição Federal de 1988 estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

⁸⁹ Recurso Especial 1221756/RJ, voto do Ministro Relator Massami Uyeda, p. 8.

⁹⁰ Expressão utilizada pelo Ministro Herman Benjamin no voto prolatado no Recurso Especial nº 1574350 /SC julgado em 3 de outubro de 2017 pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. No voto, entre uma das justificativas apresentadas pelo referido Ministro relator do caso para a condenação das transportadoras réis ao pagamento de danos morais coletivos em razão de seus veículos trafegarem com excesso de peso nas estradas era a de que, do contrário, ficaria sem resposta adequada à atitude das transportadoras que “espelha e semeia uma cultura de licenciosidade infracional” (p. 3).

⁹¹ Segundo a dicção legal, são dois os requisitos de ilicitude do art. 186: violar direito e causar dano. Já no art. 187 há a possibilidade de ilicitude sem dano. Mas somente é possível imaginar a incidência da obrigação de indenizar na presença de um dano em razão da expressa dicção do art. 927, caput, (“causar dano”) e do art. 944, CC (a indenização mede-se pela extensão do dano). Sobre a ilicitude do art. 187 Judith Martins-Costa também se manifesta no sentido de que essa per se não gera o dever de indenizar a não ser que desse exercício inadmissível de posição jurídica tenha decorrido dano (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*: volume 2: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 127).

⁹² “Nossa questão não é tanto de legislação, mas *também* do que ocorre quando se trata de aplicá-la” (DAMATTA, Roberto. Em torno da transgressão à brasileira. In: CARDOSO, Fernando Henrique; MOREIRA, M. M. (coord.). *Cultura das transgressões no Brasil*: lições da história. São Paulo: IFHC/ETCO, 2011, p. 128).

⁹³ Numa cultura na qual a todo o momento se recusa o reconhecimento de direitos, seja o seu próprio direito seja o dos outros, e se reitera a busca de privilégios, será que possuem os Tribunais o “privilégio” de poder não tomar a sério as regras legais?

O que acontece quando as autoridades, para justificar suas decisões frente a essa norma, passam a chamar de “dano” aquilo que não é o resultado de uma ação, mas é a própria realização da ação? Talvez a resposta a esta questão seja a mesma que se pode dar àquela antiga pergunta feita pelo Padre Antônio Vieira: “Se a mudança de um ponto e uma vírgula, pode ser a causa de tantos danos; que seria se se mudassem as palavras?”⁹⁴ Talvez a resposta esteja na advertência do próprio Vieira: “Quem julga com o entendimento, se entende mal, julga mal, se entende bem, julga bem. Porém, quem julga com a vontade, ou queira mal, ou queira bem, sempre julga mal; se quer mal, julga como apaixonado, se quer bem, julga como cego”.⁹⁵

⁹⁴ Sermão da Terceira Domingo da Quaresma.

⁹⁵ Sermão da Segunda Domingo do Advento.

Referências

A MISTERIOSA pneumonia que preocupa a China. *BBC News Brasil*, Londres, 6 jan. 2020. Disponível em: <https://bbc.in/336qzdm>. Acesso em: 6 set. 2020.

ASSIS, Araken de. *Eficácia civil da sentença penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

AUTOPSIES in patients who died of Covid-19 are of extreme importance to help in the treatment of the disease. *Medicina USP*, São Paulo, 19 jun. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/32WTOzm>. Acesso em: 6 set. 2020.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil*, [S. l.], v. 19, p. 211-218, 2004.

BARBIERI, Catarina Helena Cortada. *Filosofia e Direito Privado: a fundamentação da responsabilidade civil contemporânea a partir da obra de Ernest Weinreb*. São Paulo: Almedina, 2019.

BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 59, 2006.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1976.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 12, 1994.

CORRÊA, André Rodrigues. *Solidariedade e responsabilidade: o tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte público de pessoas no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

DAMATTA, Roberto. Em torno da transgressão à brasileira. In: CARDOSO, Fernando Henrique; MOREIRA, M. M. (coord.). *Cultura das transgressões no Brasil: lições da história*. São Paulo: IFHC/ETCO, 2011.

ESTADO de SP registra 18,6 mil óbitos e 393,1 mil casos de coronavírus. *Saopaulo.sp.gov*, São Paulo, 15 jul. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2QWRaEe>. Acesso em: 6 set. 2020.

FOLHA informativa COVID-19 – Escritório da OPAS e da OMS no Brasil. Opas, Washington, DC, 15 jul. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2FbKKhG>. Acesso em: 6 set. 2020. FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1876.

GOMES, Orlando. Direitos da personalidade e responsabilidade civil. In: *Novos temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GUNTHER, Klaus. Crítica da pena I. In: *Teoria da responsabilidade no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *Law, liberty and morality*. Londres: Oxford University Press, 1963.

HIRATA, Alessandro. Critérios para cálculo de dano moral na doutrina brasileira. In: *Dano Moral*. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2010, v. 37, p. 107-110. (Série Pensando o Direito). Disponível em: <https://bit.ly/3jRNwb1>. Acesso em: 6 set. 2020.

HONORÉ, Tony. The morality of tort law: questions and answers. In: *Responsibility and fault*. Oxford: Hart, 1999.

JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1995.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento moderno*. São Paulo: Ed. 34, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: volume 2: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MURPHY, Jeffrie G. Retributive hatred: an essay on criminal liability and the emotions. In: FREY, R. G.; MORRIS, Christopher W. *Liability and responsibility: essays in law and morals*. Cambridge: Cambridge Studies in Philosophy and Law, 1991.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes de mera conduta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

SILVA, Clóvis do Couto e. Dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STEPHEN, James Fitzjames. *A history of the criminal law of England*. London: [s. n.], 1883, v. 2.

VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Briguiet & C., 1899. v. 1.