

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO
DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CENTRO DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

DANO MORAL SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO COLETIVO

Carolina Estrela de Oliveira Sacchi

Presidente Prudente/SP
2015

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO
DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CENTRO DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

DANO MORAL SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO COLETIVO

Carolina Estrela de Oliveira Sacchi

Monografia apresentada como requisito parcial para Conclusão do Curso de Pós Graduação “Lato Sensu” em Direito Civil e Processo Civil, sob a orientação do Prof.Dr. Gilberto Notário Ligerio.

DANO MORAL SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO COLETIVO

Trabalho de Curso de Pós Graduação “Lato Sensu” aprovado como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Civil e Processo Civil.

Gilberto Notário Ligerio

Examinador 1

Examinador 2

Presidente Prudente/SP, 13 de fevereiro de 2015.

A teoria do dano moral, em ambas as dimensões (individual e coletiva), tem prestado e prestará sempre inestimáveis serviços ao que há de mais sagrado no mundo: o próprio homem, fonte de todos os valores.

Carlos Alberto Bittar Filho

Dedico este trabalho a minha família, esteio de toda minha vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus, Senhor da minha vida, por ter me iluminado, me concedendo força, equilíbrio, conforto e inteligência que permitiram a realização desse trabalho.

A minha mãe, Vanessa Estrela de Oliveira, por todo amor e dedicação, por comemorar juntamente comigo cada etapa suplantada. Seu apoio e incentivo são essenciais para a realização dos meus sonhos.

A minha irmã, Rafaela Estrela de Oliveira Sacchi, pela paciência, companheirismo, apoio e compreensão. Uma amizade imprescindível em minha vida.

Ao meu namorado, Lucas Matheus Molina, por compreender minha ausência e impossibilidades durante todo o período dedicado a elaboração deste trabalho, pelo amor, apoio e incentivo.

Ao meu orientador, professor Gilberto Notário Liger, exemplo de competência, profissionalismo e dedicação, pela capacidade de transmitir seus conhecimentos, pelo apoio substancial, pela paciência e compreensão.

RESUMO

No âmbito da responsabilidade civil, a reparabilidade do dano moral passou por um período de negação. Centrado na propriedade privada, o ordenamento jurídico brasileiro admitia que apenas o dano patrimonial pudesse ensejar o dever de reparação. No entanto, com o reconhecimento de direitos que extrapolam a esfera patrimonial da pessoa, tornou-se imprescindível restabelecer o equilíbrio social rompido por uma lesão extrapatrimonial. Nessa esteira, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu expressamente no rol dos direitos e deveres individuais e coletivos, a reparabilidade do dano moral. Portanto, dúvidas não há quanto a instauração da relação jurídica de responsabilidade civil diante da ocorrência de um dano moral, uma vez que trata-se de previsão expressa no texto constitucional. Entretanto, considerando que os direitos de personalidade possuem a característica de historicidade, com o reconhecimento de novos direitos, novos danos ressarcíveis surgem. Atualmente já está pacífico na jurisprudência a existência de danos patrimoniais, danos morais e danos estéticos como categorias autônomas de danos reparáveis, cuja reparabilidade é inclusive passível de ser cumulada diante de um mesmo fato. Nessa esteira, diante da existência de direitos difusos e coletivos, cuja violação gera um prejuízo moral único a toda uma coletividade, grupo, classe ou categoria de pessoas, também se faz necessário o reconhecimento de uma categoria autônoma de dano a ser reparada, consistente no dano moral coletivo. A coletividade, grupo, classe ou categoria de pessoas possui valores morais próprios, que representam a síntese dos valores de seus membros, e que uma vez violados geram um prejuízo único, indivisível. Assim, a reparação do dano moral coletivo surge como uma forma de compensar a coletividade pelo prejuízo em sua esfera moral. A reparação, na maioria das vezes, ocorre por meio de uma prestação pecuniária, destinada a um fundo estabelecido na Lei da Ação Civil Pública. A compensação à coletividade é feita por meio da aplicação do produto desse fundo, compatível com o direito coletivo violado. Por sua vez, também como dano a coletividade, surge uma nova e distinta categoria, consistente no dano social. Com o objetivo de atribuir à responsabilidade civil um caráter punitivo, reconhece-se que comportamentos socialmente reprováveis violam a qualidade de vida da coletividade, seja por uma repercussão patrimonial ou moral, e assim configuram dano social passível de reparação.

Palavras-chave: Direitos Coletivos *Lato Sensu*. Responsabilidade Civil. Dano Moral. Dano Moral Coletivo. Dano Social.

ABSTRACT

The civil responsibility has passed through a period in which there was a lack of repair for moral damages. Centered on private property, Brazilian's law allowed only the duty to repair material damages. However, as the legal system recognized extra-patrimonial rights, it became essential to restore the social equilibrium broken by an off-balance sheet injury. On this track, the 1988 Federal Constitution expressly established the reparability of moral damage in the list of individual and collective rights and duties. Therefore, there are no doubts about the establishment of the legal rapport due to the occurrence of moral damage, since it is expressed in the constitutional text forecast. However, considering that personality rights have the characteristic of historicity, with the recognition of new rights, new reimbursable damages arise. Nowadays, the jurisprudence has agreed on the existence of patrimonial damages, moral damages and aesthetic damages as autonomous categories of repairable damage, whose is inclusive to be cumulated on a same suit. This treadmill, before the existence of diffuse and collective rights whose violation generates moral injury only to an entire community, group, class or category of persons, also it is necessary to the recognition of an autonomous category of damage to be repaired, consistent collective moral damage. Indeed, the collective, group, class or category of persons has its own moral values, which represent the synthesis of the values of its members, and that once violated generate a single indivisible injury. Thus, the collective moral damage reparation emerges as a way to compensate for the collective by prejudice in his moral sphere. The repair, mostly occurs through a financial allowance to a fund established in the law of public Civil action. The collective compensation is done through the application of the product in that Fund, compatible with the collective law violated. In turn, as well as damage the collective, a new and distinct category, consistent social damage. With the aim of assigning liability a punitive, it is recognised that socially objectionable behaviors violate the collective quality of life, whether by a patrimonial or moral impact, and thus constitute social.

Keywords: Rights Collective Broad Sense. Civil Liability. Moral Damage. Moral Damage Collective. Social Damage.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DIREITOS E INTERESSES COLETIVOS.....	10
2.1 Conceituação e Espécies de Direitos Coletivos <i>lato sensu</i>	14
2.1.1 Direitos difusos.....	16
2.1.2 Direitos coletivos <i>stricto sensu</i>	18
2.1.3 Direitos individuais homogêneos.....	19
3 RESPONSABILIDADE CIVIL COMO FATOR DE EQUILÍBRIO SOCIAL	22
3.1 Pressupostos da Responsabilidade Civil	24
3.2 Dano como Elemento Primordial da Responsabilidade Civil.....	28
3.3 Despatrimonialização do Direito Civil e o Dano Moral.....	30
3.3.1 Dano moral sob a perspectiva dos direitos de personalidade	33
4 NOVOS DANOS: O DANO MORAL COLETIVO.....	38
4.1 Interesse Coletivo de Natureza Moral	41
4.2 Caracterização do Dano Moral Coletivo.....	45
4.2.1 Permissivo legal	50
4.2.2 Dano moral coletivo diante de interesses individuais homogêneos	53
5 REPARAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO	56
5.1 Quantificação da Reparação por Dano Moral Coletivo	59
5.2 Destinação da Reparação e Compensação à Coletividade	64
5.3 Danos Sociais e o Dano Moral Coletivo	66
5.4 Dano Moral Coletivo na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça	71
6 CONCLUSÃO	79
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	83

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, responsável pela redemocratização do país, estabeleceu uma nova base axiológica ao ordenamento jurídico brasileiro pautada na dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), na solidariedade social (artigo 3º, inciso I), na promoção do bem de todos (artigo 3º, inciso IV). Assim, os direitos relativos à pessoa humana ganharam relevo, e conseqüentemente as lesões a esses direitos extrapatrimoniais.

Atenta à realidade social e a essa base axiológica inaugurada, a Norma Suprema do país estabeleceu não apenas direitos individuais, mas também coletivos. Nessa seara se insere a problemática do presente trabalho. Se interesses coletivos extrapatrimoniais são juridicamente tutelados, a lesão a esses direitos deve ser passível de reparação.

No entanto, observou-se que, embora atualmente seja majoritária a posição doutrinária e jurisprudencial relativa à admissibilidade da reparação pelo dano moral coletivo, há diversas posições relativas à sua caracterização, ao fundamento da reparação, aos critérios que devem ser considerados para a quantificação da reparação. Além de uma confusão conceitual entre os danos morais coletivos e os danos sociais.

Nesse sentido, em recente julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, a Ministra Maria Isabel Gallotti se referiu como tormentosa a questão do dano moral coletivo.¹

Assim, o escopo do presente trabalho foi analisar o dano moral coletivo de forma a compreender sua caracterização e a sua reparação.

Impende ressaltar que tanto os direitos coletivos como a responsabilidade civil consistem em temas amplos da seara jurídica, repletos de questões interessantes e polêmicas afetas à realidade social. Entretanto, considerando o objetivo do presente trabalho, tornou-se indispensável o estabelecimento de um corte epistemológico da matéria, a fim de serem analisadas

¹ REsp 1293606/MG, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Órgão Julgador: QUARTA TURMA, D.J. 02/09/2014. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=38613438&num_registro=201102720867&data=20140926&tipo=2&formato=PDF>

apenas as questões imprescindíveis à posterior conclusão acerca do dano moral coletivo.

Dessa forma, inicialmente analisou-se a questão dos direitos coletivos *lato sensu*, de forma a compreender as suas espécies, diferenciando-as em direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Posteriormente, o estudo adentrou ao tema da responsabilidade civil. Compreendido o atual paradigma da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, verificou-se que o dano consiste no seu elemento primordial. Nessa perspectiva, com o intuito de compreender o dano moral coletivo, discorreu-se acerca do dano moral individual.

Após esse estudo preliminar, o quarto capítulo foi destinado à problemática do presente trabalho. Analisou-se a existência de um interesse coletivo de natureza moral, a posição doutrinária e legislativa quanto à caracterização do dano moral coletivo, e a sua configuração diante das diferentes espécies de direitos coletivos *lato sensu*, ou seja, direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

No quinto capítulo foi analisada a reparação do dano moral coletivo, especificadamente quanto à forma de reparação, seus fundamentos, os critérios a serem levados em consideração para a sua quantificação e a destinação do valor reparatório quando correspondente a uma prestação pecuniária.

Nessa esteira, elucidaram-se as diferenças entre os danos morais coletivos e os danos sociais, a partir da caracterização, do fundamento e da destinação da reparação de cada um desses danos à coletividade.

Por fim, explanou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto a admissibilidade dessa nova categoria de dano e os contornos para a sua configuração.

Na elaboração do presente trabalho monográfico foram feitas pesquisas bibliográficas e utilizados os métodos dedutivo, histórico e comparativo.

2 DIREITOS E INTERESSES COLETIVOS

A nova realidade complexa da sociedade, caracterizada pela industrialização, urbanização e globalização, leva ao surgimento de novos direitos e conflitos de massa, exigindo uma adaptação das demandas individuais. No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 consagra exemplos desses novos direitos de dimensão coletiva, como o direito ao meio ambiente, patrimônio cultural, patrimônio público.

Com efeito, a Revolução Industrial e o conseqüente modo de produção em massa alteraram a estrutura dos conflitos, gerando uma conflituosidade de massa relacionada às relações de trabalho e agrupamentos sociais, como consumidores e mulheres. Nessa esteira, Jose Luis Bolzan de Moraes (1996, p. 92) afirma que:

O desenvolvimento do próprio modelo capitalista determinou o aparecimento de intrincados problemas não resumidos às relações de trabalho, situações que se refletiram no seio da sociedade. A complexificação das relações econômicas pela implantação da produção em larga escala, o crescimento desordenado das cidades, o êxodo rural, a explosão demográfica, etc., foram fatores que não só incrementaram, mas foram diretamente responsáveis pela eclosão de litígios de toda a ordem, envolvendo não mais o indivíduo isolado, como no esquema tradicional liberal-burguês, mas coletividades inteiras, grupos e classes.

Assim, na realidade complexa das sociedades contemporâneas, as atividades não lesionam apenas um indivíduo, mas prejudicam simultaneamente interesses de um grande número de pessoas, que configuram grupos e classes com características comuns, como consumidores, crianças e adolescentes. Altera-se a estrutura dos conflitos, que passa a envolver grupos e classes de pessoas, e não apenas pessoas individualmente consideradas.

Além dessa conflituosidade coletiva, a sociedade contemporânea é marcada pela emergência de direitos não pertencentes a um indivíduo certo e determinado, mas a diversas pessoas indeterminadas, a toda a coletividade, como o meio ambiente sadio e equilibrado, o patrimônio público.

Nesse sentido, Mauro Cappelletti (1977, p. 131) afirma:

Os direitos e os deveres não se apresentam mais, como nos Códigos tradicionais, de inspiração individualística-liberal, como direitos e deveres essencialmente individuais, mas meta-individuais e coletivos. Este fenômeno, timidamente e esporadicamente aparecido em primeiro lugar em certas legislações especiais – sobretudo a partir das primeiras leis especiais em matéria de relações de trabalho até o fim do século em curso – se esteve generalizado a tal ponto que não há, hoje, nem Constituição democrática moderna, nem declaração internacional dos direitos do homem que não insira, no capítulo das liberdades fundamentais, direitos e deveres ‘sociais’ e ‘coletivos’, uma vez ignorados ou descuidados.

Diante do surgimento desses novos direitos e da alteração da estrutura dos conflitos, tornou-se imprescindível a adaptação das tutelas processuais de estrutura individualista para a garantia do acesso à justiça.

O sistema brasileiro, seguindo o modelo liberal, era predominantemente individualista, centrado no proprietário e na autonomia da vontade. Nessa esteira, o artigo 76 do Código Civil de 1916 afirmava que “para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral”. E o parágrafo único de referido dispositivo regulava ainda que “o interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família”.

Em razão da redação legal desse dispositivo, Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior (2011, p. 28) afirmam que “[...] suprimidas foram quaisquer tutelas cíveis de interesses coletivos (não individuais). Ora, somente na Constituição de 1934, pela primeira vez tivemos a expressa menção às ações populares.”

Assim, a primeira ação coletiva a ser instituída pelo ordenamento jurídico brasileiro consistiu na ação popular, por meio da Constituição de 1934, como meio processual para qualquer cidadão defender o patrimônio público, direito pertencente a toda coletividade. Posteriormente, adveio a Lei nº 4.717/1965 que regulou referida ação coletiva, com vigência até os dias atuais.

A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 6.938/1981, também consiste em um importante instrumento legal relativo à evolução das ações coletivas no sistema judicial brasileiro. Referido diploma legal previu a responsabilidade civil para os poluidores do meio ambiente, direito esse pertencente também a toda coletividade, consistindo, pois, num direito coletivo *lato sensu*, e

atribuiu ao Ministério Público a legitimidade para ajuizar ação em defesa desse direito coletivo².

Nesse contexto evolutivo da ação coletiva no direito brasileiro, um importante instrumento legal adveio com a promulgação da Lei nº 7.347/85. Referida lei, seguindo a tendência da ação popular, rompeu com o paradigma liberal da tutela individualista ao regular especificadamente um meio processual apto para a defesa de direitos coletivos previstos num rol taxativo, diferentes do patrimônio público, que já era tutelado pela ação popular.

Essa evolução legal ocorreu em razão dos estudos da doutrina e de renomados juristas brasileiros. Nesse sentido, Antonio Gidi (2004, p. 17-19) relata:

La acción colectiva brasileña tiene sus orígenes en los estudios académicos realizados en Italia en la década de los setenta, cuando un grupo de profesores italianos estudiaron las acciones colectivas norteamericanas y publicaron artículos y libros sobre el tema. Los trabajos italianos de mayor influencia en Brasil fueron escritos por Mauro Cappelletti, Michele Taruffo y Vincenzo Vigoriti. Este movimiento académico italiano fue calurosamente recibido en Brasil por importantes juristas. Poco tiempo después, José Carlos Barbosa Moreira, Ada Pellegrini Grinover y Waldemar Mariz Oliveira Junior, tres de los más distinguidos juristas brasileños, publicaron importantes artículos sobre las acciones colectivas. La reputación de estos juristas y su continua investigación y esfuerzos, así como la innegable importancia de la institución, contribuyeron a la introducción de las acciones colectivas en el sistema brasileño. El apoyo intelectual de importantes juristas abrió las puertas del sistema brasileño a las acciones colectivas.

O contexto social que o Brasil vivia, de transição de anos da ditadura militar para um modelo democrático, contribuiu para a instituição da ação civil pública pela Lei nº 7.347/85. A alteração do paradigma exclusivamente individual complementou-se de forma integral com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que consagrou o Estado Democrático de Direito.

A Norma Suprema do país estabeleceu diversos direitos coletivos *lato sensu*, como o direito dos consumidores, direito fundamental à saúde, assistência social, educação, direitos das crianças e adolescentes, idosos, índios, entre diversos outros direitos.

² Lei nº 6938/1981. Art. 14, § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Com efeito, o texto constitucional trouxe, no título “Dos direitos e garantias fundamentais”, um capítulo intitulado “dos direitos e deveres individuais e coletivos”, garantindo, assim, o acesso à justiça e a inafastabilidade da tutela coletiva, conforme artigo 5º, inciso XXXV, inserido nesse capítulo, e o devido processo legal também aos direitos coletivos, nos termos do artigo 5º, inciso LV.

Além dos direitos materiais coletivos, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu direitos processuais relativos aos direitos coletivos, como o mandado de segurança coletivo³, a ampliação do objeto da ação popular para abarcar também o meio ambiente e a moralidade administrativa⁴, a possibilidade de representação processual pelas entidades associativas⁵ e a substituição processual pelos sindicatos⁶, a atribuição do Ministério Público para “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”, conforme determinado pelo artigo 129, inciso III.

Portanto, todo o estudo relativo aos direitos coletivos *lato sensu* deve ser feito sob a ótica constitucional, que expressamente consagra tais direitos e os meios processuais aptos para garantir o acesso à justiça.

Na linha da determinação constitucional foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, que trouxe diversas mudanças na Lei da Ação Civil Pública, como a extensão de seu objeto para qualquer outro interesse difuso ou coletivo, conforme inciso IV do artigo 1º, acrescentado pela lei consumerista à Lei 7.347/85. Ademais, o Código de Defesa do Consumidor inovou ao trazer um conceito legal de direitos coletivos *lato sensu*, dividindo-os em difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, conforme será estudado no próximo tópico.

Em razão da importância que avulta em torno do processo coletivo, renomados autores se debruçaram na elaboração de projetos de Código Processual

³ CF, Art.5º. “LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;”

⁴ CF, Art.5º. “LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;”

⁵ CF, Art. 5º. “XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;”

⁶ CF, Art. 8º. “III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.”

Coletivo, como Código de Processo Coletivo Modelo para países de Direito Escrito – Projeto Antonio Gidi, Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, Anteprojeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual, Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, coordenado pelo professor Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (DIDIER JÚNIOR E ZANETI JÚNIOR, 2011, p. 63).

Ademais, há um projeto de lei, nº 5139/2009, tramitando na Câmara dos Deputados, que disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências. Atualmente referido projeto aguarda deliberação de recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.⁷

Nesse diapasão, o presente trabalho analisará o dano moral coletivo sob o panorama dessas atuais tendências da tutela coletiva.

2.1 Conceituação e Espécies de Direitos Coletivos *lato sensu*

Esboçado um breve histórico da afirmação dos direitos coletivos e das tutelas processuais aptas a garantir o acesso à justiça e a efetividade desses direitos no ordenamento jurídico brasileiro, é possível identificar a existência de três fases evolutivas.

Inicialmente houve uma fase de absoluta predominância da tutela individualista. Posteriormente, o ordenamento jurídico brasileiro admitiu a tutela coletiva, mas se caracterizou como um sistema taxativo dos direitos coletivos passíveis de serem tutelados judicialmente. Por fim, com a Constituição Federal de 1988, passou a ser admitida no ordenamento jurídico brasileiro uma tutela irrestrita, ampla e integral dos direitos coletivos *lato sensu*.

Atualmente, todos os direitos coletivos podem ser invocados perante o Poder Judiciário por meio da ação civil pública. Dessa forma, tornou-se imprescindível a definição desses direitos para poder concluir pelo cabimento ou não

⁷

Informações

disponíveis

em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>

de uma ação coletiva e seus consectários lógicos, como os efeitos da coisa julgada e a adequada representação.

O Código de Defesa do Consumidor, diploma que inseriu o inciso IV no artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública para permitir sua propositura em razão de danos causados a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, ajustando referida lei aos ditames constitucionais, descreveu, no parágrafo único do artigo 81, as espécies de direito coletivo *lato sensu*, conceituando cada uma, conforme será analisado detalhadamente nos tópicos abaixo.

Embora referidos conceitos legais estejam inseridos na legislação consumerista, sua aplicação não se restringe apenas ao âmbito de proteção do consumidor, mas se estende a todos os direitos coletivos. Nesse sentido, Antonio Gidi (2004, p. 22) afirma:

Sin embargo, es importante resaltar que aun cuando estas reglas se encuentran en el Código del Consumidor, el procedimiento colectivo es 'transustantivo', y por lo tanto es aplicable a la protección de todos los derechos de grupo. El legislador estableció este principio en el propio Código del Consumidor, aclarando que las reglas de la acción colectiva sirven para resolver controversias sobre el medio ambiente, el combate al monopolio, daños individuales, impuestos y cualquier otra rama del derecho.

De fato, o Código de Defesa do Consumidor acrescentou o artigo 21 à Lei da Ação Civil Pública, determinando que “aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”. Portanto, os regramentos dessas leis relativos aos direitos coletivos se interligam e subsidiam, assim como os demais diplomas legais relativos aos direitos coletivos, como a lei de improbidade administrativa, lei do mandado de segurança coletivo, lei da ação popular, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso. Em razão de possuírem princípios comuns, essas leis formam o denominado microssistema processual coletivo.

O Código de Processo Civil, focado na tutela individualista, deixa de ser o instrumento legal subsidiário, cabendo a ele apenas uma aplicação residual, diante da insuficiência do microssistema coletivo para solucionar a questão.

Assim, a definição de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, prevista na legislação consumerista, deve ser considerada como regramento geral do direito coletivo *lato sensu* e das ações coletivas.

Por fim, impende esclarecer que o Código de Defesa do Consumidor, ao enunciar o conceito de direito difuso, direito coletivo e direito individual homogêneo, expressamente mencionou “interesses ou direitos”. Aliás, a própria Constituição Federal se refere em seu artigo 129, inciso III, à expressão “interesses difusos e coletivos”, e a Lei da Ação Civil Pública também usa o termo “interesse difuso ou coletivo” no seu inciso IV, incluído pela lei consumerista.

Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior (2013, p. 91-92) relatam que referida diferença de nomenclatura, “direitos” ou “interesses”, foi positivada na legislação brasileira em razão de influência da doutrina italiana, que admite uma distinção histórica e peculiar entre esses termos, mas que não possui aplicação prática no ordenamento jurídico brasileiro.

Com efeito, no sistema brasileiro, direitos correspondem a interesses juridicamente protegidos pelo ordenamento. Nesse mesmo sentido, Kazuo Watanabe (1998, p. 623) afirma:

Os termos ‘interesses’ e ‘direitos’ foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os ‘interesses’ assumem o mesmo *status* de ‘direitos’, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles.

Assim, no presente trabalho as expressões “direitos” e “interesses” serão empregadas como sinônimas, sob o aspecto de que o interesse protegido pelo ordenamento jurídico corresponde a um direito subjetivo.

2.1.1 Direitos difusos

O Código de Defesa do Consumidor diferenciou e conceitou as espécies de direitos coletivos *lato sensu* em difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos com a finalidade de estruturar o sistema processual coletivo. A depender do direito pleiteado em juízo, institutos processuais são tratados diversamente, como a coisa julgada e a possibilidade de liquidação e execução individual de sentença de procedência em ação coletiva.

Assim, avulta importância compreender e diferenciar essas espécies de direitos coletivos.

O Código de Defesa do Consumidor utiliza três critérios diferenciadores: o aspecto subjetivo relativo à titularidade, o aspecto objetivo concernente à (in) divisibilidade e, por fim, a origem desses direitos.

Os direitos difusos encontram-se definidos no artigo 81, parágrafo único, inciso I. Segundo a legislação consumerista, interesses ou direitos difusos consistem nos “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Da conceituação legal é possível extrair duas importantes características dos direitos difusos: consistem em direitos transindividuais e de natureza indivisível. Assim, referido direito transcende a esfera individual. Segundo Antonio Gidi (1995, p 26):

Os direitos superindividuais não pertencem a uma pessoa física ou jurídica determinada, mas a uma comunidade amorfa, fluida e flexível, com identidade social, porém sem personalidade jurídica. Isso não significa, como se viu, que tais direitos não tenham titulares ou que estes sejam indeterminados: o titular será a comunidade ou coletividade sem personalidade jurídica. Vale dizer, uma não-pessoa para o direito é titular (sujeito de direito) de um direito subjetivo, o que pode ecoar uma ruptura à tradição jurídica.

Os direitos transindividuais pertencem a diversas pessoas, no entanto, são direitos que extrapolam a esfera individual dessas pessoas, e adquirem uma dimensão coletiva, pois pertencem a todos os membros da comunidade de forma indivisível. Nesse sentido que se torna possível a afirmação de que o titular dos direitos metaindividuais consiste em uma coletividade de pessoas.

Os direitos difusos, constituindo-se como direitos metaindividuais, possuem como titular uma comunidade, mas especificam-se por essa ser composta de pessoas indeterminadas. O titular dos direitos difusos consiste em uma determinada comunidade, como por exemplo, toda a comunidade brasileira ou a coletividade de crianças e adolescentes, mas as pessoas que a integram são indeterminadas e indetermináveis. Isso ocorre em razão do vínculo associativo entre os membros da coletividade titular dos direitos difusos decorrer de simples questões de fato.

Ademais, os direitos difusos não são passíveis de quantificação ou divisão entre os membros da coletividade, pois indivisível. Assim, o direito é considerado como um todo, de modo que sua lesão implica necessariamente na lesão de todos, assim como a satisfação beneficia a todos.

2.1.2 Direitos coletivos *stricto sensu*

Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor conceitua os interesses e direitos coletivos *stricto sensu*, em seu artigo 81, parágrafo único, inciso II, como “os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Na esteira dos direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* também consistem em direitos pertencentes a coletividade, pois transindividuais e de natureza indivisível. Entretanto, a coletividade titular do direito coletivo corresponde a um grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis.

Ademais, o vínculo que une os indivíduos em grupos, classes ou categorias, também difere dos direitos difusos. As pessoas integrantes do grupo, classe ou categoria de pessoas titulares dos direitos coletivos encontram-se ligadas por uma relação jurídica base, que pode ocorrer entre os membros do grupo ou com a parte contrária.

Nesse sentido, Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior (2013, p. 79) afirmam:

O elemento diferenciador entre o direito difuso e o direito coletivo é, portanto, a determinabilidade e a decorrente coesão como grupo, categoria ou classe anterior à lesão, fenômeno que se verifica nos direitos coletivos *stricto sensu* e não ocorre nos direitos difusos.

Assim, o ponto fulcral para a diferenciação dos direitos difusos e direitos coletivos *stricto sensu* corresponde a origem do vínculo existente entre as pessoas integrantes da coletividade. Nos direitos coletivos, as pessoas integrantes

da coletividade já se encontram interligadas por meio de uma relação jurídica prévia à lesão. E em razão dessa relação jurídica prévia que as une, que se torna possível serem determinadas ou determináveis, outra diferenciação dos direitos difusos.

Enfim, calha mencionar que o Código Modelo Ibero-Americano não estabelece uma categoria própria de direitos coletivos, considerando esse na definição de direitos difusos (ELTON VENTURI, 2009, p. 36). No entanto, o ordenamento jurídico brasileiro mantém essa diferenciação, pois estabelece uma distinção no instituto processual da coisa julgada.

Em razão do grupo, categoria ou classe de pessoas titulares dos direitos coletivos serem compostas por pessoas determinadas, o Código de Defesa do Consumidor estabelece uma coisa julgada *ultra partes*. Em contrapartida, para os direitos difusos a coisa julgada se forma *erga omnes*, pois indeterminadas as pessoas beneficiadas⁸.

2.1.3 Direitos individuais homogêneos

Por fim, o Código de Defesa do Consumidor, de forma inédita na legislação brasileira, estabeleceu uma nova espécie de direitos coletivos, denominada de direitos individuais homogêneos.

O conceito legal para tal direito apresentou-se de forma lacônica. O texto consumerista restringiu-se a descrever no artigo 81, parágrafo único, inciso III, que interesses ou direitos individuais homogêneos devem ser entendidos como aqueles decorrentes de origem comum.

Assim, os direitos individuais homogêneos não consistem em direitos transindividuais, de natureza indivisível, como correspondem os direitos difusos e coletivos. Os direitos individuais homogêneos, como o próprio nome sugere,

⁸ CDC, “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;”

correspondem a um conjunto de direitos individuais, que pela origem comum, podem ser considerados homogêneos e assim tratados processualmente de forma coletiva.

Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso (2013, p. 58): “nessa acepção, temos um interesse que só é coletivo na *forma* porque é exercido, não em sua essência. Um *feixe* de interesses individuais não se transforma em interesse coletivo, pelo só fato do *exercício* ser coletivo. A essência permanece individual.”

Por tal razão, o litígio que envolve esses direitos já foi denominado pela doutrina de “litígios acidentalmente coletivos” (MOREIRA, 1991, p. 188).

A origem comum dos direitos individuais homogêneos pode consistir em circunstâncias de fato ou de direito. Nesse sentido, os direitos individuais homogêneos se aproximam dos direitos coletivos, pois as pessoas integrantes do grupo, classe ou categoria também são determinadas ou determináveis. No entanto, deve ser ressaltada a natureza indivisível dos direitos coletivos, suficiente para diferenciá-los dos direitos individuais homogêneos.

Em razão dessa ausência de indivisibilidade dos direitos individuais homogêneos, na ação coletiva que visa tutelá-los, devem ser analisadas as questões jurídicas gerais, capazes de beneficiar todos os titulares dos direitos individuais. O pedido restringe-se a uma condenação genérica, que fixa a responsabilidade do réu pelos danos causados, nos termos do artigo 95⁹ do Código de Defesa do Consumidor. As peculiaridades de cada direito individual serão analisadas na liquidação da sentença promovida individualmente, conforme determina o artigo 97¹⁰ da legislação consumerista.

Nesse sentido, o Código Modelo Ibero-Americano vai além do atual regramento no ordenamento jurídico brasileiro e expressamente ressalta a necessidade de predominância de questões comuns sobre as individuais e a utilidade da tutela coletiva no caso concreto como pressupostos para a tutela molecular dos direitos individuais homogêneos (ELTON VENTURI, 2009, p. 36).

Em suma, os direitos individuais homogêneos foram criados pelo legislador consumerista com o objetivo de permitir a tutela coletiva desses direitos que, por terem origem comum, possuem um tratamento uniforme. Com isso, prestigiou-se a economia processual, evitou-se a possibilidade de decisões

⁹ Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.

¹⁰ Art. 97. A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82.

contraditórias, e garantiu-se a reparação integral do prejuízo naquelas situações que o baixo retorno econômico na propositura da ação desestimula ações individuais.

A compensação integral do prejuízo é tão almejada pelo legislador consumerista que ele estabeleceu, no artigo 100, a possibilidade da liquidação e execução coletiva, com a remessa do produto da indenização ao fundo criado pela Lei 7.347/85, quando não há habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, no prazo de um ano.

Nessa perspectiva de reparação integral do dano coletivo, emerge a questão da reparabilidade de um dano moral coletivo. O presente trabalho adentra a essa problemática, e explicada as diferenças entre os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, o próximo tópico analisará questões relativas à responsabilidade civil para posteriormente concluir acerca da admissibilidade dessa nova categoria de dano.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL COMO FATOR DE EQUILÍBRIO SOCIAL

Os indivíduos, ao se interagirem socialmente, objetivam a harmonia no convívio. Nesse contexto, o Direito protege determinados interesses com vistas a assegurar relações pacíficas entre os membros da sociedade, garantindo um equilíbrio no meio social e criando um espaço apto para o desenvolvimento das potencialidades humanas.

Dessa forma, a interferência na esfera de proteção alheia, com a provocação de uma lesão, acarreta a responsabilidade pela recomposição desse dano como uma decorrência natural da vida em sociedade, para restabelecer o equilíbrio social rompido. A responsabilidade, portanto, consiste em um fenômeno social de assunção das consequências de uma ação ou omissão danosa.

O Direito, atento à realidade social, ao estabelecer direitos por meio de normas jurídicas, cria um correlato dever. Nesse sentido, Norberto Bobbio (2001, p. 42) afirma:

Ora, o que significa ter um direito? Significa, como veremos melhor em seguida, ter o poder de realizar uma certa ação. Mas, de onde deriva esse poder? Não pode derivar senão de uma regra, a qual no mesmo momento em que me atribui este poder, atribui a um outro, a todos os outros, o dever de não impedir minha ação. E o que significa ter um dever? Significa estar obrigado a comportar-se de um certo modo, quer esta conduta consista em um fazer, quer em um não fazer. Mas de onde deriva esta obrigação? Não pode derivar senão de uma regra, a qual ordena ou proíbe.

Conforme a norma jurídica atribui direitos a determinados indivíduos, atribui aos demais correlatos deveres. Com vistas a garantir a harmônica interação social, o legislador realiza uma ponderação entre a liberdade de atuação dos indivíduos e a proteção de determinados direitos, e estabelece a prevalência da proteção destes por meio da imposição de deveres jurídicos. Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 1) explica que “entende-se, assim, por *dever jurídico*, a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social”. A título de exemplo, o Código Civil protege o direito ao nome em seu artigo 16¹¹, e assim cria um dever jurídico no seu artigo 18¹² de proibição da utilização do nome alheio em propaganda comercial.

¹¹ CC, Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Quando alguém causa um dano a outrem por meio do descumprimento de um dever jurídico, surge a responsabilidade civil. Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2013, p.24) “responsabilidade civil é, assim, um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.”

Além dos deveres jurídicos expressos pelo legislador, que já estabelece uma prevalência legal abstrata do interesse lesado em detrimento da liberdade de agir dos indivíduos, há um dever geral ínsito ao ordenamento jurídico, que uma vez violado é capaz de gerar também a responsabilidade civil.

Com efeito, o ordenamento jurídico brasileiro é pautado pela dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, que possui entre os seus objetivos a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Nesse sentido, Clayton Reis (2002, p. 57-58) relata:

Devemos estabelecer que a ilicitude não é apenas a violação de uma norma mas, sobretudo, a ofensa ao direito de outrem, em desacordo com a regra *neminem laedere*. Quando ultrapassamos a fronteira existente entre nosso direito e o do próximo, violamos um dever moral consistente na obrigação de respeitar a integridade física e psíquica do nosso vizinho. A obrigação de não causar prejuízo a ninguém é o retrato de uma regra primária de convivência harmoniosa, princípio de comportamento moral sobre o qual se assentam todas as regras de direito [...].

Assim, a responsabilidade civil surge como um dever jurídico sucessivo, decorrente do descumprimento de um dever jurídico originário, expresso no ordenamento jurídico ou decorrente da máxima *neminem laedere*, que consiste na obrigação de não causar prejuízo a outrem, de forma a garantir o respeito aos direitos dos membros da sociedade, e conseqüentemente uma convivência pacífica.

No entanto, o direito reconhece que nem todos os prejuízos provocados por uma conduta humana e experimentados pela vítima são passíveis de ressarcimento. Por exemplo, um indivíduo que abre um comércio causa prejuízos a outrem que já explora o mesmo ramo comercial nas proximidades, em razão do aumento da concorrência. Porém, não há dúvidas de que não há responsabilidade civil nessa situação, embora haja um prejuízo. E isso ocorre porque o ordenamento

¹² CC, Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

jurídico estabelece critérios que justificam a transferência do prejuízo causado à vítima, em razão da lesão a um bem jurídico seu, ao responsável pela ocorrência do dano.

A consolidação desses critérios é necessária para compatibilizar a autonomia privada e a obrigação dos cidadãos de arcar com os prejuízos que causem a outrem, com vistas a alcançar o objetivo de construção de uma sociedade justa e solidária, pautada pelo equilíbrio social. Esses critérios são denominados de pressupostos da responsabilidade civil, objeto de estudo no próximo tópico.

3.1 Pressupostos da Responsabilidade Civil

Tradicionalmente, a responsabilidade civil é pautada pelos seguintes pressupostos: conduta antijurídica e culposa do causador do dano, nexo de causalidade e o dano experimentado pela vítima.

Esses pressupostos consistem em critérios que devem ser demonstrados para a imputação da responsabilidade civil. O Código Civil de 2002 estabelece em seu artigo 186 que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Nesse dispositivo legal estão presentes todos os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva acima relatados. Ao exigir que ação ou omissão causadora do dano seja voluntária, negligente ou imprudente, o artigo legal estabelece a culpa *lato sensu*, como requisito para a configuração do ato ilícito. Ademais, o dispositivo é expresso ao se referir ao verbo “causar” e ao resultado danoso do comportamento humano, consolidando o nexo de causalidade e o dano também como pressupostos. Nesse contexto, o artigo 186 exige a violação de um direito, que consiste no ponto fulcral para a aferição da ilicitude do comportamento, e que consagra a regra geral de não causar prejuízo a ninguém, *neminem ledere*.

O artigo 927 do Código Civil reforça o dano como pressuposto da responsabilidade civil e afirma que presentes os critérios definidos como configuradores do ato ilícito, há a obrigação de indenizar. Referido artigo estabelece que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado

a repará-lo.” Trata-se da consolidação da responsabilidade civil subjetiva como regra geral do ordenamento brasileiro.

Anderson Schreiber (2012, p.11) afirma que a prova da culpa e a prova do nexo causal consistem nos filtros da responsabilidade civil ou filtros da reparação, “por funcionarem exatamente como óbices capazes de promover a seleção das demandas de ressarcimento que deveriam merecer acolhida jurisdicional”. Deste modo, nem todo dano experimentado pela vítima é passível de indenização, mas apenas quando o comportamento que lhe deu causa consiste numa ação ou omissão culposa.

No entanto, referido autor afirma que o momento atual da responsabilidade civil é caracterizado pela erosão desses filtros tradicionais da reparação, em razão da perda de importância e flexibilidade da prova da culpa e do nexo de causalidade como empecilhos à reparação dos danos (SCHREIBER, 2012, p.11-12). Logo, o cenário jurídico atual relativo à responsabilidade civil é marcado por uma amplitude de danos ressarcíveis, com a constante provocação do Poder Judiciário para solucionar demandas de reparação que sequer precisam da demonstração de culpa.

O tradicional critério de prova da culpa para a obtenção da reparação de um dano deixou, em muitos casos, de configurar um obstáculo para selecionar as demandas ressarcíveis, e passou a configurar um verdadeiro fator impeditivo à reparação civil.

Com a revolução industrial, o progresso científico e o crescente aumento da população urbana, intensificou-se a ocorrência de danos, e diante da vulnerabilidade das vítimas, que sequer compreendiam o maquinismo, tornou-se difícil a demonstração da culpa, e até mesmo impossível.

Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 141) relata:

Foi no campo dos acidentes de trabalho que a noção de culpa, como fundamento da responsabilidade, revelou-se primeiramente insuficiente. Na medida em que a produção passou a ser mecanizada, aumentou vertiginosamente o número de acidentes, não só em razão do despreparo dos operários mas, também, e principalmente, pelo empirismo das máquinas então utilizadas, expondo os trabalhadores a grandes riscos. O operário ficava desamparado diante da dificuldade – não raro, impossibilidade – de provar a culpa do patrão. A injustiça que esse desamparo representava estava a exigir uma revisão do fundamento da responsabilidade civil. Algo idêntico ocorreu com os transportes coletivos, principalmente trens, na medida em que foram surgindo. Os acidentes se multiplicaram, deixando as vítimas em situação de desvantagem. Como

iriam provar a culpa do transportador por um acidente ocorrido a centenas de quilômetros de casa, em condições desconhecidas para as vítimas ou seus familiares?

Era imprescindível atender aos reclamos dessa transformação social e garantir à vítima a reparação dos danos causados. Diante desses fatores que levaram a dificuldade da demonstração da culpa, Anderson Schreiber (2012, p. 17) afirma que a prova da culpa recebeu a alcunha de “prova diabólica”.

O Código Civil de 1916, apegado à tradicional responsabilidade subjetiva, permitiu uma maior facilidade da prova da culpa ao admitir a culpa presumida. Em seu artigo 1.527, o antigo regramento civil afirmava que “o dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado”, no entanto, admitia a exclusão da responsabilidade se o agente provasse “que o guardava e vigiava com o cuidado preciso.”

Tratava-se de clara hipótese de culpa presumida. A partir da ocorrência de um dano, presumia-se a culpa de seu causador, no entanto, esse podia a ilidir se demonstrasse que não agiu com culpa. A culpa presumida, portanto, consagra uma regra processual de inversão do ônus da prova. A responsabilidade continua caracterizada pela subjetividade do critério culpa, mas essa é presumida, cabendo ao causador do dano demonstrar a sua não ocorrência no caso concreto.

Além das hipóteses estabelecidas pelo Código Civil de 1916, a jurisprudência passou a estabelecer a culpa presumida em outras situações, como se verifica no Enunciado nº 341 de Súmula do Supremo Tribunal Federal, editado sob a égide do Código Civil de 1916, que afirma ser “presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.”

Alguns dispositivos legais específicos reguladores de situações concretas que eram evidentes a dificuldade e até mesmo a impossibilidade da prova da culpa, inovaram ao estabelecerem a dispensa da comprovação desse requisito subjetivo para a configuração da responsabilidade civil. A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 6.938/81, é um exemplo dessas leis que estabeleceram a responsabilidade civil objetiva para as situações concretas que regulam.

A Constituição Federal de 1988 trouxe também hipóteses concretas de responsabilidade objetiva, como artigo 21, inciso XXIII, alínea “d” e o artigo 37, §6º. No entanto, a grande inovação da lei constitucional consistiu na inauguração de uma nova base axiológica da responsabilidade civil pautada na solidariedade social e na

justiça distributiva, mais voltada, portanto, à reparação dos danos. A Norma Suprema estabelece em seu artigo 3º, incisos I e III, serem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Nesse cenário jurídico, o aperfeiçoamento da responsabilidade civil à diretriz constitucional adveio com o Código de Defesa do Consumidor, que estabeleceu a responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos e serviços¹³. Embora seja um regramento restrito às relações consumeristas, essa responsabilidade abrange um vasto campo de relações na sociedade contemporânea, caracterizada por uma sociedade de consumo.

O Código Civil de 2002 seguiu a evolução da responsabilidade civil estabelecendo hipóteses específicas de responsabilidade objetiva, antes caracterizadas pela culpa presumida, como a responsabilidade pelo fato de terceiros¹⁴ e pelo fato dos animais¹⁵.

Mas a grande inovação da lei civil consistiu no regramento de uma cláusula geral de responsabilidade civil independente de culpa, baseada na teoria do risco criado. O parágrafo único do artigo 927 do Código Civil estabelece que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Vislumbra-se, assim, o panorama inaugurado pelo Código Civil, que, pautado pela solidariedade social, preocupa-se mais com a reparação do dano causado à vítima, do que com as condutas que lhe dão causa. Embora as condutas lesivas não sejam culposas, é possível a transferência do prejuízo àquele que

¹³ CDC, Art. 12, *caput*. “O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.” Art. 14, *caput*. “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.”

¹⁴ CC, Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

¹⁵ CC, Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior

desenvolve atividades de risco, quando a lesão à vítima advém da concretização desses riscos.

Nesse sentido, Maria Celina Bodin Moraes (2003, p. 13) relata:

Como consequência desse processo, iniciou-se o principal giro conceitual ocorrido no fundamento filosófico da responsabilidade civil ao longo do século XX: a passagem 'do ato ilícito para o dano injusto'; com outras palavras, a reparação do dano *sofrido*, em qualquer caso, alcançou um papel muito mais relevante do que a sanção pelo dano *causado*.

Assim, diante dessa alteração de paradigma da responsabilidade civil, atualmente voltada à proteção da vítima, o próximo tópico destina-se à análise do dano, pressuposto absolutamente imprescindível para a configuração da responsabilidade civil, e que alcançou uma importância ainda maior com essa alteração de paradigma.

3.2 Dano como Elemento Primordial da Responsabilidade Civil

O dano não é apenas um dos pressupostos da responsabilidade civil, mas o fator determinante do dever de reparação. Este só emerge quando há um dano. A conduta pode ser culposa e até mesmo dolosa, mas sem a presença do dano não há responsabilidade civil.

Nesse ponto, a responsabilidade civil diverge da responsabilidade penal. Essa, pautada pela proteção dos bens jurídicos mais essenciais ao ser humano, com o objetivo de prevenção, punição e ressocialização, admite a responsabilização penal mesmo diante da tentativa da prática de um crime. E ainda, admite a consumação de crimes de mera conduta e crimes formais, ou seja, que independem de um resultado naturalístico.

A responsabilidade civil, por sua vez, é pautada pela presença de um dano a ser reparado, com a intenção de retornar ao *status quo* anterior, e assim manter o equilíbrio social. Uma indenização sem dano representaria um enriquecimento sem causa.

Portanto, o dano é absolutamente imprescindível, e assim consiste no primeiro pressuposto a ser analisado para a configuração da obrigação de indenizar.

Diante da ocorrência de um dano, analisa-se se há uma conduta culposa que lhe deu causa, e com a configuração da culpa e do nexo de causalidade, o dano adquire a característica de indenizável.

Entretanto, em razão da flexibilização da culpa com a adoção da teoria do risco a justificar hipóteses de responsabilidade objetiva e a determinação taxativa de hipóteses legais de dispensa de análise da culpa, aumentaram-se quantitativamente os danos indenizáveis. Além disso, a criação dos juizados especiais, a garantia de assistência jurídica integral e gratuita, a estruturação da Defensoria Pública, e a estipulação legal de instrumentos de tutela coletiva, garantiram um maior acesso à justiça, e conseqüentemente também contribuíram para a expansão dos danos ressarcíveis.

Apesar dessa importância do dano para a configuração da responsabilidade civil, a legislação não prescreve um conceito desse pressuposto. O Código Civil, ao conceituar ato ilícito, estabelece o dano como um dos seus elementos caracterizadores, e afirma que há ato ilícito ainda que o dano causado seja exclusivamente moral.

Importante essa menção explícita ao dano moral, pois a configuração dessa espécie de dano como ressarcível passou por um período de negação pela doutrina e jurisprudência pátria. Somente com a Constituição Federal de 1988 que expressamente referiu-se também ao dano moral, que o ordenamento jurídico extirpou dúvidas quanta à sua ressarcibilidade.

Um dos fatores que impediam a aceitação do ressarcimento do dano moral consistia no conceito de dano até então admitido. A doutrina, pautada numa ótica patrimonialista, buscava um conceito de dano relacionado ao prejuízo material, a uma operação matemática relacionada ao patrimônio anterior à lesão e o patrimônio atual. Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 73) afirma que “quando ainda não se admitia o ressarcimento do dano moral, conceituava-se o dano como sendo a efetiva diminuição do patrimônio da vítima”.

Além de configurar óbice ao reconhecimento do dano moral como ressarcível, referido conceito dificultava a admissibilidade dos lucros cessantes como espécie de dano patrimonial, e impunha resistência à teoria da perda de uma chance.

Nesse contexto, imprescindível analisar a evolução da ressarcibilidade do dano moral no ordenamento jurídico brasileiro, de forma a compreender o atual conceito de dano como pressuposto de suma importância da responsabilidade civil.

3.3 Despatrimonialização do Direito Civil e o Dano Moral

O Código Civil de 1916 não proibia a responsabilidade civil pelo dano moral. Ao trazer um conceito de ato ilícito¹⁶, a lei civil revogada mencionava o dano como pressuposto, mas não trazia um conceito e nem o restringia ao dano patrimonial.

No entanto, o sistema de valores subjacente ao ordenamento jurídico era pautado pela ótica patrimonialista. Assim, o conceito de dano como elemento indispensável para a configuração da responsabilidade civil era traçado por meio da teoria da diferença, isto é, correspondia a uma operação matemática relacionada ao patrimônio anterior à lesão e o patrimônio atual. Dessa forma, dano moral não consistia dano indenizável.

Ademais, a ideia que pautava a responsabilidade civil era de indenizar a vítima de um dano com o objetivo de retornar ao estado anterior à lesão. E referido objetivo não era alcançado ao responsabilizar o causador de um dano a um pagamento em dinheiro por uma lesão extrapatrimonial. Era, inclusive, imoral admitir que uma lesão extrapatrimonial ao indivíduo, ou seja, que não causasse perda em seu patrimônio, pudesse ensejar o pagamento de uma prestação pecuniária para compensar essa lesão.

Nesse diapasão, Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 145) relata:

Até relativamente pouco tempo atrás, entendia-se como contrário à moral e, portanto, ao Direito, todo e qualquer pagamento indenizatório em caso de lesão de natureza extrapatrimonial se esta se delineava unicamente como sofrimento. O chamado *pretium doloris* (preço da dor) era inadmissível nos ordenamentos de tradição romano-germânica, com exceção dos casos expressamente previstos pelo legislador.

¹⁶ CC/1916. “Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”

Assim, imputava-se a responsabilidade civil apenas aos agentes que causassem danos patrimoniais. Contudo, se antes era imoral estabelecer uma responsabilidade por meio de pagamento pecuniário a lesões dos direitos da pessoa humana que não possuíam exteriorização patrimonial, tal paradigma alterou-se, e passou a ser inadmissível o contrário, ou seja, admitir a impunidade e o rompimento do equilíbrio social diante da presença de um ato ilícito e a lesão a um direito, embora personalíssimo.

O contexto de atrocidades aos direitos da pessoa humana durante as Guerras Mundiais foi decisivo para a alteração da consciência coletiva, agora voltada à proteção dos direitos essenciais da pessoa humana. Carlos Alberto Bittar (1998, p.78) afirma que nesse contexto sobrevieram movimentos internacionais e nacionais de defesa das pessoas humanas, que culminaram na elaboração de diversos documentos internacionais, e “com essa tomada de posição começaram a ser cristalizados em normas os direitos da personalidade e de autor, introduzindo-se, ademais, a regra da reparabilidade dos danos morais em textos expressos de leis”.

Nesse momento de evolução da responsabilidade civil, a vítima começa a figurar como protagonista da relação jurídica que o evento danoso instaura. Uma vez lesada, seja por dano patrimonial ou extrapatrimonial, a vítima deve ser ressarcida. Não se admite mais que a vítima lesionada em seus direitos personalíssimos suporte esse dano sofrido, e o causador da lesão fique irresponsável por seus comportamentos.

No Brasil, a admissibilidade da reparação do dano moral iniciou-se por meio de estudos da doutrina. A jurisprudência se mantinha resistente. Algumas leis esparsas começaram a amparar o dano moral indenizável, como a Lei nº 5.250/67 que regulamentava a liberdade de manifestação do pensamento e de informação, a Lei nº 4.737/65 que instituiu o Código Eleitoral, a Lei nº 4.117/62 que instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações, e a Lei nº 5.988/73 que regulava os direitos autorais. (MORAES, 2003, p. 148)

Apenas com a Constituição Federal de 1988 que a reparabilidade do dano moral tornou-se um princípio geral, extirpando-se todas as dúvidas relacionadas a essa questão. A Norma Suprema do país, ao inaugurar uma base

axiológica pautada na dignidade da pessoa humana, estabelece expressamente, no rol dos direitos e deveres individuais e coletivos, a indenização pelo dano moral.¹⁷

Assim, o conceito de dano como pressuposto da responsabilidade civil passa por uma evolução. Se não há dúvidas quanto à reparabilidade do dano moral, o dano indenizável não pode mais ser considerado a partir da teoria da diferença, por meio de uma operação matemática do patrimônio anterior à lesão e o patrimônio atual, consistindo o dano na efetiva diminuição do patrimônio da vítima. Referido conceito tornou-se insuficiente.

Nessa perspectiva, Carlos Alberto Bittar (1998, p.17) afirma que “dano é pressuposto da responsabilidade civil, entendendo-se como tal qualquer lesão experimentada pela vítima em seu complexo de bens jurídicos, materiais ou morais”.

Portanto, a depender do bem jurídico afetado pela lesão, estar-se-á diante de dano patrimonial ou dano moral. O dano patrimonial surge quando a conduta humana atinge bens integrantes do patrimônio da vítima. Esse dano pode ser dividido em duas espécies, consistentes nos danos emergentes e nos lucros cessantes.

Os danos emergentes correspondem ao conceito anteriormente atribuído ao dano de forma geral, ou seja, a concreta diminuição do patrimônio da vítima. Pode ser verificado por meio de uma operação matemática que se analisa o patrimônio anterior à lesão e o patrimônio atual da vítima, afetado pelo comportamento humano.

Por outro lado, o lucro cessante, embora espécie de dano patrimonial, não corresponde a uma simples operação matemática de análise do patrimônio anterior à lesão e o atual lesionado. O lucro cessante leva à uma diminuição do patrimônio, pois consiste em um dano patrimonial. No entanto, essa diminuição não é efeito direto e imediato da conduta, passível de ser analisada por meio da teoria da diferença, mas um efeito futuro. Os lucros cessantes surgem quando um comportamento humano impede lucros e ganhos que a vítima teria se não tivesse ocorrido o evento danoso.

Nesse sentido, o Código Civil de 2002 estabelece no artigo 402, que “salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao

¹⁷ CF/88. Art. 5º, “V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”; “X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”

Enfim, o conceito de dano como lesão a bens jurídicos da vítima, permite a configuração do dano moral. Ocorre que, além da admissibilidade desse dano como ressarcível ter passado por um período de evolução, inclusive com hipóteses de negação no ordenamento jurídico, o conceito desse dano, conquanto expressamente aceito como indenizável na legislação brasileira, passou por evoluções e divergências na doutrina, conforme passa a ser exposto no próximo tópico.

3.3.1 Dano moral sob a perspectiva dos direitos de personalidade

Embora a ressarcibilidade do dano moral e sua possibilidade de cumulação com o dano patrimonial¹⁸ serem questões pacificadas no ordenamento jurídico brasileiro, tanto em âmbito doutrinário como jurisprudencial e legislativo, o que vem a ser propriamente o dano moral encontra divergências na seara da doutrina e da jurisprudência, já que a legislação é omissa quanto ao seu conceito.

Essa incerteza quanto à conceituação do dano moral repercute na admissibilidade do dano moral coletivo. Assim, imprescindível a compreensão de um conceito preciso de dano moral para posteriormente poder concluir se essa categoria de dano pode ser configurada de forma coletiva.

Um dos conceitos de dano moral encontrados na doutrina consiste em uma afirmação negativa, por exclusão em relação aos danos patrimoniais. Nesse sentido, Yussef Said Cahali (2011, p. 19) afirma que “a caracterização do dano extrapatrimonial tem sido deduzida na doutrina sob forma negativa, na sua contraposição ao dano patrimonial”.

No entanto, referido conceito é insatisfatório. No atual estágio da responsabilidade civil, em que o dano constitui não apenas um pressuposto, mas fator determinante do dever de reparação, assumindo feição importantíssima diante da flexibilização da culpa como pressuposto da responsabilidade civil, é

¹⁸ Enunciado Sumular nº 37, STJ. “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.”

indispensável a conceituação precisa de dano moral, que leve em consideração seus próprios elementos, e não fatores externos de exclusão em relação ao dano patrimonial.

Ademais, conforme será analisado, doutrina e jurisprudência reconhecem uma categoria autônoma de dano, diversa do dano patrimonial e do dano moral, consistente no dano estético.

Sem dúvidas, o dano moral é aquele que não atinge a esfera patrimonial da vítima. Entretanto, devem ser agregados outros elementos que se façam específicos a esse dano.

Atenta a essa crítica, outro conceito de dano moral verificado na doutrina consiste na dor, no sofrimento psíquico, no vexame, ou seja, graves situações negativas no psiquismo das vítimas. Yussef Said Cahali (2011, p. 53) relata que “o que define o dano moral é a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra o mais largo significado”.

Sob esse aspecto o conceito de dano moral também se apresenta criticável. Ao se definir dano moral pela dor, emoção, vergonha, vexame, e outros sentimentos negativos interiores aos indivíduos, confunde-se o dano com as suas consequências. E restringe-se de forma injustificada o dano moral apenas para as pessoas que possuem capacidade intelectual de sentirem essas reações psíquicas.

Nessa ótica, o Superior Tribunal de Justiça já reformou julgado de Tribunal local que concluiu pela impossibilidade de reparação por dano moral em razão da tenra idade da criança, conforme parte da ementa a seguir transcrita¹⁹:

[...] Não merece prosperar o fundamento do acórdão recorrido no sentido de que o recém-nascido não é apto a sofrer o dano moral, por não possuir capacidade intelectual para avaliá-lo e sofrer os prejuízos psíquicos dele decorrentes. Isso, porque o dano moral não pode ser visto tão-somente como de ordem puramente psíquica - dependente das reações emocionais da vítima -, porquanto, na atual ordem jurídica-constitucional, a dignidade é fundamento central dos direitos humanos, devendo ser protegida e, quando violada, sujeita à devida reparação. (STJ, REsp nº 910794/RJ, Relatora Ministra Denise Arruda, primeira turma, D.J. 21/10/2008).

19

Portanto, o dano moral não pode ser confundido com o abalo psicológico sofrido pela vítima. A dor, o vexame, o sofrimento são consequências, reações psíquicas decorrentes do dano moral, que podem ou não estar presentes, e não o próprio dano moral.

Restringir a reparação pelo dano moral apenas às pessoas com capacidade intelectual de sofrerem esse abalo psicológico e, conseqüentemente, impedir que pessoas em estado vegetativo ou crianças de tenra idade, por exemplo, sofram dano moral, não se coaduna com a atual ordem constitucional. A base axiológica inaugurada pela Constituição Federal de 1988 tem como vértice a dignidade da pessoa humana, e ainda como objetivos da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Assim, todos os indivíduos estão sujeitos a sofrerem danos morais, e aptos a buscarem a compensação pelos prejuízos sofridos.

O dano moral deve ser conceituado sob a ótica constitucional, com vistas a tutelar a dignidade da pessoa humana. Se a Constituição Federal de 1988 estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, se o texto constitucional enuncia diversos direitos específicos à pessoa humana com o objetivo de concretizar essa dignidade, a violação desses direitos não patrimoniais deve configurar um dano e ensejar a responsabilização do causador a compensar o prejuízo. A reparação do dano moral se apresenta como uma forma de tutelar a dignidade da pessoa humana.

Com efeito, a Norma Suprema do país, ao estabelecer a possibilidade de indenização pelo dano moral²⁰, expressamente se referiu aos direitos à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas. Seguindo a linha constitucional, os danos morais consistem na violação aos direitos de personalidade, observada a dignidade da pessoa humana como cláusula geral de conformação.

Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo (2002, p. 351) os direitos de personalidade:

Na perspectiva constitucional são espécies do gênero direitos fundamentais e assim são tratados pelos publicistas. Na perspectiva do direito civil,

²⁰ CF. Art. 5º, inciso "X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;"

constituem o conjunto de direitos inatos da pessoa, notadamente da pessoa humana, que prevalecem sobre todos os demais direitos subjetivos privados.

Tem-se como exemplo dos direitos de personalidade o direito à vida, liberdade, integridade psíquica, privacidade, honra. Os direitos previstos na Constituição Federal e na legislação civil não são taxativos, mas exemplificativos. A dignidade da pessoa humana consiste na cláusula geral desses direitos, fundamento para direitos de personalidade implícitos. Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 82) enuncia que “em sentido estrito, dano moral é a violação do direito à dignidade”.

Contudo, nem todos os direitos de personalidade estão associados à pessoa humana, à sua dignidade. Segundo Carlos Alberto Bittar (1998, p. 50), “de fato, dotadas também de personalidade, respeitam-se para as pessoas jurídicas os direitos desse nível correspondentes a atributos que lhe são reconhecidos.”

O próprio Código Civil é expresso ao afirmar em seu artigo 52 que “aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.” Assim, quando os direitos da personalidade não representarem especificadamente uma concretização da dignidade da pessoa humana, mas se referirem a sua dimensão social, são passíveis de serem exercidos pelas pessoas jurídicas, como o direito à honra, à imagem, ao nome.

Uma vez violado esses direitos, as pessoas jurídicas também podem ser abaladas por um dano moral, conforme posicionamento sumulado do Superior Tribunal de Justiça²¹.

Essa constatação das pessoas jurídicas serem sujeitos passivos de dano moral representa mais um fator impeditivo lógico do conceito de dano moral como dor, vexame, sofrimento.

Dessa forma, Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 84) afirma que “o dano moral, em sentido amplo, envolve esses diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada”.

Em suma, assim como o dano patrimonial representa uma lesão aos bens integrantes do patrimônio da vítima, podendo ser subdivididos em danos

²¹ Enunciado Sumular nº 227, STJ: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.”

emergentes e lucros cessantes, os danos morais também representam lesão a direitos, mas os denominados direitos da personalidade. E também podem ser subdivididos em duas espécies: dano moral em sentido estrito, quando o comportamento humano viola os direitos de personalidade afetos à dignidade da pessoa humana, e dano moral em sentido amplo, quando há violação dos direitos de personalidade desvinculados da pessoa humana, como os direitos titularizados pelas pessoas jurídicas.

Por fim, impede esclarecer que o dano moral existe *in re ipsa*, isto é, a partir do próprio fato ofensivo presume-se a sua ocorrência. Assim esclarece Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 90):

Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só, justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum.

Nessa esteira, embora a dor, o sofrimento, o vexame, a humilhação não sejam elementos que integram o conceito de dano moral, podem consistir em consequências que permitem concluir a efetiva violação de um direito de personalidade e, conseqüentemente, a configuração do dano moral.

4 NOVOS DANOS: O DANO MORAL COLETIVO

Os danos morais, ao serem conceituados como lesão aos direitos de personalidade, assumem a característica de historicidade. Os direitos de personalidade, por estarem relacionados à tutela da pessoa, são mutáveis no tempo e no espaço, conforme as exigências da interação social. Nesse sentido, Norberto Bobbio (2004, p. 38) afirma:

Os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história desses últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformas técnicas, etc.

Assim, verifica-se um aumento qualitativo dos danos indenizáveis, conforme novos direitos são reconhecidos pelo ordenamento jurídico, como decorrência da mutação das relações sociais. A característica de inexauribilidade dos direitos de personalidade reflete nos danos indenizáveis, permitindo a configuração de novos danos.

É possível a cada novo direito que surge, como decorrência da exigência social da época, a configuração de um novo dano, pois o ordenamento jurídico brasileiro enunciou uma cláusula geral de reparação pela violação de direito, ou seja, pela ocorrência de danos patrimoniais e morais²², sem elencar taxativamente os direitos que uma vez violados poderiam configurar dano ressarcível. Segundo Anderson Schreiber (2012, p. 101):

Nos ordenamentos típicos, o legislador limita o dano ressarcível a certos interesses previamente indicados, restringindo a atuação judicial a um campo determinado. Nos ordenamentos atípicos, ao contrário, o legislador prevê tão somente cláusulas gerais, que deixam ao Poder Judiciário ampla margem de avaliação no que tange ao merecimento de tutela do interesse alegadamente lesado.

Em razão do legislador não indicar os interesses que uma vez lesionados configurariam dano indenizável, o ordenamento jurídico brasileiro se caracteriza como atípico. Com a alteração da dinâmica social, novos direitos surgem

²² Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

como decorrência da cláusula geral de dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, a violação desses direitos gera aumento qualitativo dos danos indenizáveis.

Como exemplos de novos danos, tem-se o reconhecimento do direito ao esquecimento pelo Superior Tribunal de Justiça, e a manutenção da condenação em danos morais pela violação desse direito²³, e a ressarcibilidade do dano moral decorrente do abandono afetivo na relação paterna. Relativamente a esse último exemplo, a Corte Máxima em matéria federal considerou o cuidado como valor objetivo incorporado no ordenamento jurídico brasileiro, e reconheceu que o seu descumprimento “importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico”²⁴.

Além dos danos já reconhecidos como indenizáveis, como os danos morais, serem configurados diante de novos direitos, conforme os exemplos supramencionados, novas categorias de danos, consideradas autônomas aos danos patrimoniais e morais, passaram a ser reconhecidas como reparáveis. Nessa linha se insere o dano estético.

Uma única conduta antijurídica pode causar um prejuízo material e moral a uma pessoa, por meio da violação de direitos patrimoniais e de personalidade, respectivamente. Da mesma forma, essa conduta antijurídica pode causar uma deformidade na vítima, uma alteração física na sua beleza. Esse prejuízo causado à pessoa configura o dano estético, passível de indenização de forma autônoma aos demais danos, e inclusive de forma cumulada.

Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 106) afirma que “dano estético é algo distinto do dano moral, correspondendo o primeiro a uma alteração morfológica de formação corporal que agride à visão, causando desagrado e repulsa.” O próprio Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo o dano estético como categoria autônoma de dano reparável, estabeleceu Súmula de Jurisprudência com

²³ STJ, REsp 1334097/RJ, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Órgão Julgador: Quarta Turma, D.J. 28/05/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31006510&num_registro=201201449107&data=20130910&tipo=5&formato=PDF>

²⁴ STJ, REsp 1159242/SP, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma, D.J. 24/04/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15890657&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=5&formato=PDF>

o seguinte enunciado: "É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral" (Enunciado nº 387).

Nessa esteira, o afloramento dos direitos coletivos *lato sensu* influencia também na seara da responsabilidade civil. O ordenamento jurídico reconhece a coletividade como titular de direitos, e assim, a violação desses direitos deve corresponder à efetiva responsabilização do agente e a reparação do dano. Carlos Alberto Bittar (1998, p. 151), ao descrever acerca dos titulares do direito à reparação, enuncia:

Titulares do direito à reparação – lesados ou vítimas – são as pessoas que suportam os reflexos negativos de fatos danosos; vale dizer, são aqueles em cuja esfera de ação repercutem os eventos lesivos. No sistema tradicional, podem apresentar-se nessa condição quaisquer dos entes personalizados já indicados, públicos ou privados, individualmente considerados. Mas, com a evolução operada, na referida linha da coletivização da defesa de interesses, entes não personalizados e grupos ou classes de categorias de pessoas indeterminadas passaram também a figurar como titulares de direito à reparação civil, inclusive a sociedade, ou certas coletividades como um todo.

A violação antijurídica dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos instaura a relação jurídica que tem como objeto o dever de reparação. O ordenamento jurídico brasileiro atribui instrumentos processuais de legitimação extraordinária para permitir que a coletividade, grupo ou classe de pessoas postule judicialmente a indenização pelos danos sofridos.

No entanto, assim como a aceitação do dano moral individual encontrou resistências na jurisprudência brasileira, inclusive com um período de negação, o dano moral advindo da violação de interesses coletivos *lato sensu* encontrou óbices na doutrina e na jurisprudência. O apego ao conceito de dano moral associado à ideia de dor, sofrimento, vexame se revelava incompatível com a transindividualidade dos direitos difusos e coletivos. Sustentava-se que a reparação por dano moral exigia titularidade concreta, individuação pessoal dos beneficiários, o que inviabilizava sua configuração sob a perspectiva coletiva.

As primeiras decisões relativas a essa problemática adotaram esses argumentos contrários à configuração do dano moral coletivo como dano ressarcível. Entretanto, esse conceito de dano moral associado à dor, sofrimento, vexame, que exige como titularidade apenas a pessoa física, já se revelava incompatível com a possibilidade das pessoas jurídicas sofrerem dano moral, e assim, superado.

Outros obstáculos também foram postos para a aceitabilidade desses novos danos, relativos à quantificação, à destinação dos valores obtidos com a reparação e à forma de identificação desse dano.

No entanto, demonstrar-se-á nos próximos tópicos a insubsistência desses argumentos contrários, sendo a configuração do dano moral coletivo perfeitamente possível de acordo com o disposto na legislação brasileira.

4.1 Interesse Coletivo de Natureza Moral

A alteração da dinâmica das relações sociais, atualmente caracterizadas por conflituosidades coletivas, levou ao reconhecimento dos direitos coletivos *lato sensu*, conforme demonstrado no primeiro tópico do presente trabalho. O ideal axiológico de proteção à pessoa, com vistas a garantir sua dignidade, ensejou o reconhecimento de direitos que extrapolam a esfera individual. O direito passou a considerar coletividades inteiras, grupos e classes de pessoas como titulares de direitos.

Essas comunidades titulares de direitos, por serem integradas por pessoas, passaram a ostentar valores morais. Segundo Miguel Reale (2002, p. 208) “só o homem é um ser que inova, e é por isso que só o homem é capaz de valorar.” Assim, cada pessoa possui seu conjunto de valores. A coletividade, por ser formada por pessoas, passa a deter valores reconhecidos e compartilhados por todo o agrupamento humano. E esses valores transcendem a esfera individual dos membros da comunidade, adquirindo uma feição coletiva.

Ao explicar esses valores da coletividade, Carlos Alberto Bittar Filho (1994, p.50) afirma:

Resultam eles, em última instância, da amplificação, por assim dizer, dos valores dos indivíduos componentes da coletividade. Assim como cada indivíduo tem sua carga de valores, também a comunidade, por ser um conjunto de indivíduos, tem uma dimensão ética. Mas é essencial que se assevere que a citada amplificação desatrele os valores coletivos das pessoas integrantes da comunidade quando individualmente consideradas. Os valores coletivos, pois, dizem respeito à comunidade como um todo, independentemente de suas partes. Trata-se, destarte, de valores do corpo, valores esses que não se confundem com os de cada pessoa, de cada célula, de cada elemento da coletividade.

Portanto, os indivíduos, ao unirem-se em coletividades, compartilham valores que transcendem a esfera individual. A comunidade, o grupo ou a classe de pessoas possui valores próprios, diversos dos valores individuais de seus membros, que dessa forma podem ser considerados como valores coletivos.

A lesão a esses valores implica na lesão a todos os membros da coletividade, assim como a satisfação beneficia a todos, pois, por serem valores da coletividade, são indivisíveis. Assim, não é possível atribuir uma parte desses valores a cada membro da coletividade, individualmente considerado. São valores pertencentes a toda a coletividade, de forma indivisível, por serem reconhecidos e compartilhados por seus membros.

A comunidade, por representar uma união de pessoas capazes de valores, detém uma dimensão ética que lhe é própria e não se confunde com os valores auferidos individualmente por seus membros.

Impende ressaltar que esses valores coletivos representam interesses juridicamente tutelados.

A Constituição Federal, pautada pelos objetivos de construir uma sociedade livre, justa e solidária, e de promover o bem de todos, já no primeiro capítulo do título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, descreve expressamente que se refere aos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”.

Afora essa enunciação genérica dos direitos coletivos, a Norma Suprema estabelece especificadamente determinados direitos coletivos, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), ao patrimônio público, histórico e cultural, e à moralidade administrativa (art. 5º, inciso LXXIII).

Nessa esteira, o texto constitucional estabelece, entre as funções institucionais do Ministério Público, a promoção do “inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, inciso III), e que incumbe à Defensoria Pública a “promoção dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados” (art. 134). A Constituição Federal, portanto, reconhece um rol exemplificativo de direitos difusos e coletivos, em compatibilidade à inexauribilidade dos direitos fundamentais.

Dessa forma, os valores morais coletivos, além daqueles expressamente enunciados na Constituição Federal, como os valores integrantes do patrimônio histórico e cultural da coletividade, abarcam outros.

Esses interesses juridicamente tutelados visam garantir uma proteção à pessoa, no entanto, são titularizados por toda a comunidade, grupo ou classe de pessoas.

Assim, os direitos de personalidade, que visam garantir a dignidade da pessoa humana, adquiriram uma dimensão social. A pessoa, como integrante de uma determinada coletividade, passou a compartilhar interesses morais comuns ao grupo ou classe de pessoas. Esses interesses morais, reconhecidos e compartilhados por toda a coletividade, adquirem as características de direitos difusos e coletivos, ou seja, são transindividuais e indivisíveis.

José Rubens Morato Leite (2000, p. 299), embora restrito à análise do dano ambiental, explica a configuração de interesses extrapatrimoniais coletivos. Nas palavras de referido autor (2000, p. 299):

No contexto brasileiro, como já visto, há fundamento legal para este dano extrapatrimonial difuso ligado à personalidade, que tem seu escopo na proteção de um interesse comum de todos, indivisíveis e ligados por uma premissa de solidariedade. Com efeito, os direitos da personalidade evoluem e já podem ser visualizados e inseridos como valores ambientais de caráter difuso, posto que atingem direitos essenciais ao desenvolvimento de toda coletividade. Sendo o direito ao ambiente um direito fundamental, conforme apreciado, pode ser também qualificado como direito da personalidade de caráter difuso, que comporta dano extrapatrimonial.

Os direitos de personalidade consistem em direitos que visam tutelar a pessoa humana, garantir sua dignidade, tanto em sua dimensão individual como coletiva, ou seja, nas suas várias maneiras de ser em sociedade. Podem corresponder a direitos individuais, difusos ou coletivos, mas sempre pautados pela proteção da dignidade da pessoa humana.

Portanto, direitos difusos e coletivos podem ser reconhecidos como direitos de personalidade, e assim podem emergir novos direitos a partir da cláusula geral de dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Carlos Alberto Bittar Filho (1994, p.52-53) cita como exemplos de valores coletivos, embora não reconhecidos expressamente pela legislação, a dignidade nacional representada pelos símbolos nacionais e a honra. Ao explicar a honra como valor coletivo, referido autor afirma:

Sob o prisma coletivo, também se vislumbra claramente a honra - aliás, em ambas as modalidades (objetiva e subjetiva). Ora, assim como cada um goza de reputação e respeito no meio em que vive, também a comunidade - agrupamento de pessoas e, portanto, de núcleos de valores - deve ser respeitada nas suas relações com coletividades outras, ou com indivíduos, ou com pessoas jurídicas (honra objetiva); assim como cada homem tem estima de si próprio, também a coletividade apresenta sua auto-estima.

Convém ressaltar que a Lei nº 7.347/85 foi reformada pelo Código de Defesa do Consumidor para, seguindo a linha constitucional, abolir o sistema da taxatividade dos direitos coletivos passíveis de serem tutelados judicialmente. O artigo 1º de referida lei passou admitir a propositura da ação civil pública quando houver dano a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. Assim, a honra de determinada comunidade, grupo ou classe de pessoas, como direito extrapatrimonial coletivo, estaria abarcada por essa cláusula geral de tutela dos direitos coletivos *lato sensu*.

Referida lei que regulamenta a ação civil pública, antes de estabelecer essa cláusula geral de qualquer outro interesse difuso ou coletivo, expressamente já mencionava direitos coletivos extrapatrimoniais, como “bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico” (art. 1º, inciso III). Para extirpar todas as dúvidas acerca da coletividade ser titular de direitos coletivos extrapatrimoniais, de possuir valores morais diversos dos valores individuais de seus membros, a Lei nº 7.347/85 foi alterada recentemente para permitir a ação civil pública por danos à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos (art. 1º, inciso VII, incluído pela Lei nº 12.966, de 2014), e ao patrimônio público e social (art. 1º, inciso VIII Incluído pela Lei nº 13.004, de 2014).

O patrimônio público já estava expresso na Constituição Federal como passível de ser tutelado por meio da ação popular. A grande novidade foi a menção expressa à honra e à dignidade como direitos coletivos *lato sensu*, passíveis de serem tutelados por meio da ação civil pública.

Embora o rol do artigo 1º seja exemplificativo, a inovação legislativa foi importante, pois o ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu expressamente valores morais coletivos de suma importância para a coletividade – honra e dignidade de grupos - extirpando dúvidas quanto à tutela de interesses morais coletivos.

Em suma, a comunidade, grupo ou classe de pessoas possuem valores morais próprios que não se confundem com os direitos individuais de seus membros, e assim, configuram-se direitos difusos e coletivos.

4.2 Caracterização do Dano Moral Coletivo

Com o reconhecimento de direitos difusos e coletivos de ordem extrapatrimonial, iniciaram-se debates doutrinários acerca da viabilidade da instauração da relação jurídica de responsabilidade civil a partir da ocorrência de um dano moral coletivo.

Diversos doutrinadores se debruçaram sobre o tema, e assim é possível observar na doutrina diversos conceitos de dano moral coletivo. Nessa esteira, se analisará no presente tópico os conceitos de dano moral oferecidos pela doutrina com o fito de concluir acerca dos elementos caracterizadores dessa nova categoria de dano, e como a configuração desse prejuízo à coletividade pode ser observada no caso concreto.

Ora, se as pessoas podem ser vítimas de dano moral quando são lesionados seus direitos de personalidade, individualmente considerados, a coletividade também pode ser quando interesses extrapatrimoniais reconhecidos legalmente e compartilhados por todos os membros, são lesionados por uma ação ou omissão de forma indivisível.

A atribuição da responsabilidade civil a um indivíduo objetiva restabelecer o equilíbrio social rompido com a ocorrência de um dano por ele provocado. Se interesses coletivos tutelados juridicamente são violados, o Direito também precisa reagir para responsabilizar esse agente. Nesse sentido, Xisto Tiago de Medeiros Neto (2002, p.81) afirma:

Assim, há de se ressaltar que, no tempo atual, tornou-se necessária e significativa para a ordem e a harmonia social, a reação do Direito em face de situações em que determinadas condutas vêm a configurar lesão a interesses: 1) juridicamente protegidos; 2) de caráter extrapatrimonial; 3) titularizados por uma determinada coletividade.

A desvinculação do conceito de dano moral a sentimentos intrínsecos das pessoas físicas, como a dor, sofrimento, vexame e vergonha, e, conseqüentemente, a admissão da pessoa jurídica como vítima de dano moral, representaram um passo em direção à possibilidade da configuração do dano moral coletivo.

Se o dano, como pressuposto da responsabilidade civil, consiste na lesão a bens juridicamente protegidos, sejam materiais ou morais, a lesão a interesses extrapatrimoniais coletivos se encaixa perfeitamente ao conceito de dano, restando apenas à análise dos demais pressupostos da responsabilidade civil para a sua conformação diante de um caso concreto de dano moral coletivo.

Assim, segundo Carlos Alberto Bittar Filho (1994, p. 54):

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

Uma vez reconhecidos valores morais coletivos como interesses extrapatrimoniais juridicamente tutelados, conforme demonstrado no tópico anterior, a violação desses direitos configura dano moral coletivo indenizável. E como tal, instaura a relação jurídica que possui como objeto o dever de reparação.

Nessa esteira, André de Carvalho Ramos (1998, p.82), afirma que “as lesões aos interesses difusos e coletivos não somente geram danos materiais, mas também podem gerar danos morais”. E, mais a frente, esclarece que “[...] a dor psíquica que alicerçou a teoria do dano moral individual acaba cedendo lugar, no caso do dano moral coletivo, a um sentimento de desprezo e de perda de valores essenciais que afetam negativamente toda uma coletividade.” (RAMOS, 1998, p. 82).

Por outro lado, Leonardo Roscoe Bessa (2006, p. 104) critica a conceituação do dano moral coletivo a partir da configuração de dano moral individual, e afirma que:

[...] a dor psíquica ou, de modo mais genérico, a afetação da integridade psicofísica da pessoa ou da coletividade não é pressuposto para caracterização do *dano moral coletivo*. [...] Embora a afetação negativa do

estado anímico (individual ou coletivo) passa ocorrer, em face dos mais diversos meios de ofensa a direitos difusos e coletivos, a configuração do denominado *dano moral coletivo* é absolutamente independente desse pressuposto.

Ademais, referido autor sustenta que mesmo que a configuração do dano moral coletivo fosse vinculada a caracterização do dano moral individual, a conclusão exarada acima seria a mesma, pois a configuração do dano moral individual não está mais adstrita à dor psíquica. (BESSA, 2006, p. 104)

Assim, Leonardo Roscoe Bessa (2006, p. 106) enuncia que a nomenclatura ideal seria dano extrapatrimonial coletivo ao invés de dano moral coletivo, para evitar essa associação ao sofrimento coletivo como pressuposto da reparabilidade dessa nova categoria de dano e, dessa forma, afirma que o dano moral coletivo “constitui-se em hipótese de condenação judicial em valor pecuniário com função punitiva em face de ofensa a direitos difusos e coletivos”.

Por sua vez, Flávio Tartuce (2014, p. 504) reconhece que o conceito de dano moral coletivo é controvertido, mas afirma que “ele pode ser denominado como o dano que atinge, ao mesmo tempo, vários direitos da personalidade, de pessoas determinadas ou determináveis (danos morais somados ou acrescidos).”

Portanto, para referido autor o dano moral coletivo não consiste na violação de valores coletivos, mas de lesão simultânea de vários direitos de personalidade, o que seria, na realidade, a soma de danos morais individuais. Nesse sentido, Flávio Tartuce (2014, p. 504) complementa a definição relatando que “deve-se compreender que os danos morais coletivos atingem direitos individuais homogêneos e coletivos em sentido estrito, em que as vítimas são determinadas ou determináveis. Por isso, a indenização deve ser destinada para elas, as vítimas.”

Com efeito, direitos difusos e coletivos consistem em direitos que pertencem aos indivíduos, no entanto, assumem uma dimensão coletiva, e são considerados como direitos de todo o agrupamento humano, pois indivisíveis entre os membros do grupo. Assim, a violação antijurídica dos direitos difusos ou coletivos importa na violação de direitos de várias pessoas, membros da coletividade atingida.

No entanto, ao se analisar essa conduta violadora dos direitos das pessoas integrantes da coletividade é possível verificar que não houve um prejuízo concreto às várias pessoas que titularizam esses direitos, não havendo, assim, dano indenizável individualmente, mas é possível que haja um prejuízo único, indivisível a

toda a coletividade. Aliás, é nesse sentido que, ao explicar a configuração de um dano coletivo, María Fabiana Compiani (2000, p. 192) esclarece a possibilidade de sua configuração independente de eventual prejuízo individual. Segundo referida autora:

Puede verificarse el caso de la existencia de un daño colectivo sin que ocurran perjuicios individuales: la lesión al equilibrio ecológico que no menoscada la salud ni el patrimonio de ningún particular, pero constituye una hipótesis de daño grupal en el que el interés dañado pertenece a todos y cada uno de los habitantes del lugar.

Assim, uma conduta causadora de dano ao meio ambiente viola o direito de todas as pessoas ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas o prejuízo é único e indivisível a toda a coletividade.

No mesmo sentido, cada indivíduo é titular do direito à honra. Assim, pode-se verificar uma conduta violadora desse direito que causa diversos prejuízos individuais, como pode haver um prejuízo único, indivisível, em razão da violação da honra de toda uma coletividade.

Conforme já exaustivamente relatado, as pessoas, ao se inserirem em grupos, classes, categorias, coletividades, compartilham valores comuns, como a honra. Segundo Xisto Tiago de Medeiros Neto (2002, p. 82):

Tais valores, inseridos na esfera extrapatrimonial coletiva (lato sensu), representam a síntese de interesses comuns das pessoas, os quais, assim amalgamados, adquirem expressão e dimensão próprias, tornando-se indivisíveis e assumindo uma natureza metaindividual.

Nessa mesma linha, Rodolfo de Camargo Mancuso (2013, p. 41) observa que um interesse é “metaindividual quando, além de depassar o círculo de atributividade individual, corresponde à síntese dos valores predominantes num determinado segmento ou categoria social”.

Assim, os interesses coletivos de natureza moral consistem na síntese dos interesses comuns das pessoas integrantes da coletividade, mas adquirem dimensão própria, e representam interesse próprio do grupo, classe ou categoria de pessoas.

Os interesses extrapatrimoniais coletivos, embora consistam em valores morais reconhecidos e compartilhados por toda a coletividade, não se confundem com os direitos individuais de seus membros. A violação de um valor

coletivo representa um prejuízo moral único que sofre toda a coletividade de maneira indivisível. No entanto, nada impede que um mesmo fato viole um valor coletivo e valores individuais, configurando danos morais coletivos e individuais, ensejando as respectivas reparações. Dessa forma, não pode o dano moral coletivo ser conceituado como a soma de danos morais individuais.

Sob essa ótica, Xisto Tiago de Medeiros Neto (2002, p. 85) elenca os elementos que caracterizam o dano moral coletivo e assim revelam seu conceito:

- a conduta antijurídica do agente, que poderá ser uma pessoa (física ou jurídica);
- a ofensa a valores extrapatrimoniais essenciais, identificados no caso concreto, reconhecidos e inequivocamente compartilhados por uma determinada coletividade (titular de interesses morais protegidos pela ordem jurídica);
- a certeza do dano causado, correspondente aos efeitos que, ipso facto, emergem coletivamente, traduzidos pela sensação de desvalor, de indignação, de menosprezo, de inferioridade, de descrédito, de desesperança, de aflição, de humilhação, de angústia ou respeitante a qualquer outro sentimento de apreciável conteúdo negativo;
- o nexa causal observado entre a conduta ofensiva e a lesão socialmente repudiada.

Impende ressaltar que os efeitos da lesão de um interesse extrapatrimonial coletivo, correspondente aos sentimentos coletivos de conteúdo negativo, não consistem no conceito do dano moral coletivo, mas permitem aferir a certeza do dano causado.

Ademais, observa-se que ao elencar os elementos que caracterizam o dano moral coletivo, Xisto Tiago de Medeiros Neto (2002, p. 85) descreveu também os pressupostos da responsabilidade civil, como a conduta antijurídica e o nexa causal. Mas não elencou a culpa.

Entretanto, sendo a responsabilidade subjetiva a regra geral do ordenamento jurídico brasileiro, a culpa deve estar presente, exceto nas situações já analisadas de responsabilidade objetiva, como nas relações consumeristas, responsabilidade ambiental, e as situações atinentes à cláusula geral de responsabilidade objetiva estabelecida no Código Civil, entre outros.

Em suma, a dificuldade para a caracterização do dano moral coletivo consiste na admissibilidade da existência de interesses morais tutelados juridicamente como direitos difusos ou coletivos, diversos dos direitos individuais dos membros da coletividade. Uma vez demonstrado que o ordenamento jurídico, tanto

expressa como implicitamente, admite interesses coletivos de natureza extrapatrimonial, a configuração do dano moral coletivo consiste decorrência lógica e natural.

O dano moral coletivo consiste na violação de um interesse moral coletivo, que causa um prejuízo único, indivisível, a toda a coletividade. Essa nova categoria de dano não se restringe a uma soma de danos morais individuais.

Tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro se caracteriza pelo sistema da *civil law*, deve ser analisado a base legal para a possibilidade de configuração de um dano moral coletivo indenizável, conforme será feito no próximo tópico.

4.2.1 Permissivo legal

A par da constatação de que há valores coletivos tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro, aptos, portanto, para permitir a configuração de dano extrapatrimonial coletivo, impende analisar se há a possibilidade legal desses danos morais coletivos tornarem-se danos ressarcíveis.

O dano moral, embora tenha sido reconhecido expressamente pela Constituição Federal de 1988, que assim extirpou as dúvidas quanto à sua ressarcibilidade, já era admitido pela doutrina sob a vigência do Código Civil de 1916, com fundamento nos dispositivos relativos à responsabilidade civil, uma vez que não se restringiam expressamente ao dano patrimonial. Nesse contexto, o dano moral coletivo também já era possível de ser considerado como indenizável antes mesmo da manifestação do Poder Constituinte Originário em 1988.

A Lei nº 4.717/65, que regulou a ação popular no ordenamento jurídico brasileiro, e continua vigente até os dias atuais, permite a propositura dessa ação coletiva para a proteção do patrimônio público. Desde sua vigência, referida lei estabelece expressamente que “consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.” (art. 1º, § 1º). Ademais, a Lei da Ação Popular estabelece

expressamente a possibilidade de condenação ao pagamento de perdas e danos, sem restringir tal condenação aos danos patrimoniais²⁵.

Assim, já se verificava possível, com a Lei da Ação Popular, a tutela do dano moral coletivo. No entanto, da mesma forma que o dano moral individual encontrava resistência na jurisprudência antes do advento da nova ordem constitucional, a reparação por dano moral coletivo era remota e inviável.

A Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova base axiológica. Direcionado à tutela da dignidade da pessoa humana, o texto constitucional reconheceu diversos direitos transindividuais, estabeleceu instrumentos processuais de tutela coletiva, e ampliou o objeto da ação popular. A tutela do dano moral coletivo passou, assim, a ter fundamento constitucional.

Entretanto, apenas com o Código de Defesa do Consumidor que o dano moral coletivo passou a ter menção expressa no ordenamento legislativo brasileiro. Com efeito, estabelece o artigo 6º da legislação consumerista que são direitos básicos do consumidor “a efetiva proteção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” (art. 6º, inciso VI) e “o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados” (art. 6º, inciso VII).

Ademais, impende ressaltar que o próprio Código de Defesa do Consumidor considerou a coletividade como titular de direitos, pois afirma em seu artigo 2º, parágrafo único, que “equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.” Se a proteção e a reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, consistem em direitos básicos dos consumidores elencados no artigo 6º, também consistem em direitos básicos dessa coletividade que é equiparada legalmente a consumidor.

Posteriormente à legislação consumerista, a Lei nº 8.429/92 estabeleceu como atos de improbidade administrativa e elencou as correspondentes sanções, além das condutas de enriquecimento ilícito e causadoras de prejuízo ao erário, as que atentam contra os princípios da Administração Pública. Ao estabelecer

²⁵ Lei nº 4.717/65, “Art. 11. A sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa.”

um ato sancionável como improbidade administrativa que não viola direitos patrimoniais, mas aspectos morais de toda a coletividade, como os “deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições”²⁶, referida lei estabeleceu expressamente sanção aos danos morais coletivos. Nas palavras de Hugo Nigro Mazzilli (2010, p. 148):

A seguir, a Lei n. 8.429/92 (LIA) não sancionou apenas os atos de enriquecimento ilícito dos agentes públicos ou os atos que causem prejuízo ao erário; sancionou também danos morais à coletividade, como aqueles que atentem contra os princípios da Administração pública, ou seja, qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

Apesar dessas menções expressas aos danos morais coletivos por legislações específicas, a Lei da Ação Civil Pública continuou dispondo sobre ações de responsabilidade por danos causados aos interesses coletivos ou difusos de maneira genérica, sem dispor expressamente se esses danos seriam patrimoniais ou morais.

Em 1994 a Lei nº 8.884 entrou em vigor para dispor “sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.”²⁷ Referida lei estabeleceu expressamente que “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.”²⁸

De maneira coerente com a titularidade desses direitos pela coletividade, a Lei nº 8.884/94 alterou o artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública para constar expressamente que “regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais [...]”.

²⁶ Lei nº 8.429/92. “Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo; IV - negar publicidade aos atos oficiais; V - frustrar a licitude de concurso público; VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo; VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.”

²⁷ Artigo 1º, *caput*, da Lei 8884/94.

²⁸ Artigo 1º, parágrafo único, da Lei 8884/94. Referido dispositivo foi revogado pela Lei nº 12.529/2011, no referido dispositivo legal continuou com a mesma redação.

Assim, a tutela do dano moral coletivo passou a ser expressamente prevista no ordenamento jurídico brasileiro em relação a todos os direitos coletivos *lato sensu*, por meio da ação civil pública. Impende relatar que Gabriel A. Stiglitz (1996, p. 76) afirma que o ordenamento jurídico da Argentina também concede tutela ao dano moral coletivo.

Apesar dessa menção expressa à tutela do dano moral coletivo no ordenamento jurídico brasileiro, o que deveria ter extirpado todas as dúvidas quanto à sua reparabilidade, a jurisprudência manteve-se resistente à sua reparação, conforme será analisado no tópico destinado ao estudo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

4.2.2 Dano moral coletivo diante de interesses individuais homogêneos

Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro regula, por meio da Lei da Ação Civil Pública, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio-ambiente; ao consumidor; aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; por infração da ordem econômica; à ordem urbanística; à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; ao patrimônio público e social; e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor trouxe, em seu artigo 81, parágrafo único, a conceituação dos direitos coletivos *lato sensu*, diferenciando-os em três espécies: direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

A partir dessa diferenciação dos direitos coletivos *lato sensu* em três espécies, María Fabiana Compiani (2000, p. 192) afirma que o dano coletivo pode ser considerado em sentido amplo e em sentido estrito. Nas suas palavras:

En un sentido amplio, daño colectivo es el que afecta a varias personas, simultánea o sucesivamente. Dentro de este concepto se incluye el reiterado supuesto de pluralidad de damnificados por un mismo hecho lesivo, cuando cada uno de ellos sufre el perjuicio en un interés subjetivo diferenciable. [...] En un sentido estricto, en cambio, se denomina daño colectivo al que experimenta un conjunto de personas a raíz de la lesión a un interés grupal o social. El perjuicio colectivo es único aunque extendido indivisiblemente en una pluralidad de individuos insertos en un conjunto a

raíz de una calidad común (por domiciliarse en determinado lugar, por pertenecer a determinada raza, sexo o nacionalidad, por poseer determinada creencia religiosa, etc.).

De acordo com a referida divisão dos danos coletivos, a violação de direitos individuais homogêneos configura um dano coletivo em sentido amplo, e a violação dos direitos coletivos e difusos representa um dano coletivo em sentido estrito. No entanto, importante explicar que o dano moral coletivo, embora conceituado no presente trabalho como a violação a interesses extrapatrimoniais coletivos, a valores coletivos juridicamente tutelados, restringe-se aos direitos difusos e coletivos.

Conforme analisado no primeiro capítulo do presente trabalho, direitos individuais homogêneos não consistem em direitos transindividuais, de natureza indivisível, mas correspondem a um conjunto de direitos individuais, que pela origem comum, podem ser considerados homogêneos e assim tratados processualmente de forma coletiva. Os danos morais que violam direitos individuais homogêneos não violam valores afetos a toda a comunidade, reconhecidos e compartilhados por seus membros, e por isso admitem uma dimensão própria, mas valores intrínsecos de cada indivíduo.

Consistem, assim, em danos morais individuais, sofridos individualmente por cada membro de uma comunidade, grupo ou classe de pessoas. Embora viole direitos que tenham origem comum, o dano moral sofrido por cada membro da comunidade é passível de individualização.

De fato, os direitos individuais homogêneos não são indivisíveis. Na ação que analisa dano moral por violação a esses direitos são analisadas as questões jurídicas gerais, o fato violador, consubstanciando numa condenação genérica que fixa a responsabilidade do réu pelos danos morais causados individualmente, nos termos do artigo 95, do Código de Defesa do Consumidor. Fixada a responsabilidade pelos danos morais causados, analisa-se na liquidação da sentença promovida individualmente, conforme determina o artigo 97 da legislação consumerista, a real ocorrência do dano moral individual e sua quantificação.

Nesse sentido, relativamente aos direitos individuais homogêneos, Sérgio Augustin e Ângela Almeida (2007, p. 321) afirmam:

A sua tutela tem como objetivo o ressarcimento dos danos morais e materiais pessoalmente sofridos em decorrência de um mesmo fato. Não se trata, portanto, de dano moral coletivo, aplicável apenas aos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, mas sim de aproveitamento de provimento jurisdicional coletivo para posterior liquidação do dano individual.

Assim, a caracterização de dano moral coletivo deve ser atenta a essa diferenciação entre os direitos coletivos *lato sensu*. Dano moral coletivo consiste na violação de direitos extrapatrimoniais coletivos e difusos; na violação de valores juridicamente tutelados pertencentes aos indivíduos não de forma individual e específica, mas como membro de uma determinada comunidade, grupo ou classe; valores esses, que uma vez reconhecidos e compartilhados por essa comunidade, assumem dimensão coletiva e diferenciam-se dos valores individuais de cada indivíduo. A violação desses valores atinge todos os membros da coletividade de maneira indivisível, e assim provoca um prejuízo único, ou seja, um prejuízo a toda a coletividade.

Por fim, impende ressaltar que a liquidação e execução coletivas, previstas no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, não altera a configuração do dano moral como individual diante da ofensa de interesses individuais homogêneos.

Essa execução coletiva consiste em uma questão processual que permite garantir a reparação integral do dano. A responsabilidade pelos danos individuais causados já terá sido fixada no âmbito da ação civil pública relativa aos interesses individuais homogêneos. A ausência de liquidação e execução individual representaria um enriquecimento sem causa ao causador do dano, e uma incongruência no sistema jurídico, pois ao mesmo tempo que reconhece a responsabilidade por um dano causado, permite que esse fique irreparado, e que o causador do dano não responda a sanção civil correspondente. O objetivo maior da responsabilidade civil consistente no equilíbrio social ficaria rompido.

Trata-se, portanto, de um instrumento processual que objetiva garantir a reparação integral do dano causado e já reconhecido judicialmente. Não tem o condão de alterar a estrutura do dano, que por violar direitos individuais extrapatrimoniais, embora sejam processualmente considerados subespécies de direitos coletivos em razão da homogeneidade decorrente da origem comum, se caracteriza como um dano moral individual, pois fragmentado entre os membros da comunidade.

5 REPARAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO

A reparação do dano moral consiste em uma das questões mais tormentosas relativas a essa categoria de dano. A dificuldade para a quantificação da reparação foi, inclusive, considerada um óbice para a aceitação da reparabilidade do dano moral.

A reparação do dano moral coletivo se depara com as mesmas dificuldades da reparação do dano moral individual, e ainda com uma questão a mais. Se o dano é provocado de maneira indivisível a toda uma coletividade, um grupo, categoria ou classe de pessoas determináveis ou, no caso de direitos difusos, indetermináveis, urge o questionamento acerca da destinação da reparação quando corresponder a uma prestação pecuniária.

Com efeito, a reparação dos danos pode se dar por meio de duas modalidades, a reposição natural ou o pagamento de soma pecuniária. Orlando Gomes (1995, p. 51) afirma que há:

Reposição natural quando o bem é restituído ao estado em que se encontrava antes do fato danoso. Constitui a mais adequada forma de reparação, mas nem sempre é possível, e muito pelo contrário. Substitui-se por uma prestação pecuniária, de caráter compensatório.

A reparação *in natura* é o principal objetivo da responsabilidade civil, uma vez que por meio dela volta-se ao *status quo* anterior à lesão. Dessa forma, se for possível a reparação integral do dano por meio da restituição específica, esta deve preponderar.

Os danos patrimoniais, por atingirem um bem físico, de valor mensurável monetariamente, podem com mais frequência serem reparados por meio da reposição natural. Por outro lado, a reparação *in natura* dos danos morais só é viável em raríssimos casos, como o exemplo citado por Sérgio Augustin e Ângela Almeida (2007, p.328) relativo a imposição de contrapropaganda na seara consumerista, prevista nos artigo 60 do Código de Defesa do Consumidor²⁹ nos casos de publicidade abusiva ou enganosa.

²⁹ Art. 60. A imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do art. 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator. § 1º A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e

Assim, no tocante ao dano moral, surge a prestação pecuniária como forma de reparação. Nessa situação, a imposição da responsabilidade civil não almeja a restituição ao estado anterior a lesão, uma vez que, por violar um direito personalíssimo, tal restituição é impossível por meio de prestação pecuniária. O objetivo da reparação não é indenizar, mas compensar a vítima de um dano moral. Nesse sentido, Orlando Gomes (1995, p. 272) relata:

Esse dano não é propriamente indenizável, visto como indenização significa eliminação do prejuízo e das consequências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial. Prefere-se dizer que é compensável. Trata-se de compensação, e não de ressarcimento. Entendida nesses termos a obrigação de quem o produziu, afasta-se a objeção de que o dinheiro não pode ser o equivalente da dor, porque se reconhece que, no caso, exerce outra função dupla, a de expiação em relação ao culpado, e a de satisfação, e relação à vítima. Contesta-se, porém, que tenha caráter de pena, impugnando-se, pois, sua função expiatória. Diz-se que sua finalidade não é acarretar perda ao patrimônio do culpado, mas sim, proporcionar vantagem ao ofendido. Admite-se, porém, sem oposição, que o pagamento da soma de dinheiro é um modo de dar satisfação à vítima.

A função da reparação do dano moral é compensar a vítima, garantindo a ela uma satisfação em razão de ter sofrido um dano na sua esfera moral. Entretanto, diversos doutrinadores admitem que além da função compensatória, a reparação do dano moral possui uma função punitiva.

A ideia de atribuir à responsabilidade civil uma função punitiva constituiu um fundamento a mais para fortalecer a reparabilidade do dano moral. Diante das dificuldades de aferir em concreto a extensão do dano e assim determinar o valor da reparação, o pagamento de uma quantia em dinheiro pelo ofensor seria determinado a partir da ideia de uma sanção.

Ademais, ao admitir uma função punitiva à reparação do dano moral, enfrentava-se o argumento da não reparabilidade dessa categoria de dano, consistente na imoralidade de compensar uma lesão extrapatrimonial por meio de um valor pecuniário.

Argumenta-se, ainda, que a compensação por uma quantia em pecúnia como fundamento da reparabilidade do dano moral serve apenas para as vítimas integrantes de classes menos favorecidas, pois a vítima que é rica não se sentiria compensada pelo pagamento de uma quantia em dinheiro (ALVES, p.61, 2003).

Assim, sustenta-se que a reparabilidade do dano moral possui um duplo fundamento: compensar a vítima e punir o ofensor. Nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 219) relata:

Diz-se, então que a reparação do dano moral detém um duplo aspecto, constituindo-se por meio de um caráter compensatório, para confortar a vítima – ajudando-a a sublimar as aflições e tristezas decorrentes do dano injusto – e, de um caráter punitivo, cujo objetivo, em suma, é impor uma penalidade exemplar ao ofensor, consistindo esta na diminuição de seu patrimônio material e na transferência da quantia para o patrimônio da vítima.

Nesse aspecto de punição, insere-se também a questão do desestímulo. Na reparação do dano moral fixa-se um valor de desestímulo, tanto para o causador do dano, como para a sociedade, a partir da exemplaridade do valor reparatório. Segundo, Carlos Alberto Bittar (1997, p. 280):

Trata-se, portanto, de valor que, sentido no patrimônio do lesante, possa fazê-lo conscientizar-se de que não deve persistir na conduta reprimida ou, então, deve afastar-se da vereda indevida por ele assumida. De outra parte, deixa-se, para a coletividade, exemplo expressivo da reação de que a ordem jurídica reserva para infratores nesse campo e em elemento que, em nosso tempo, tem-se mostrado muito sensível para as pessoas, ou seja, o respectivo acervo patrimonial.

Dessa forma, vislumbra-se que na reparação do dano moral há tanto um aspecto repressivo, ligado à punição pela prática de uma conduta lesiva, como um aspecto preventivo, no sentido de desestímulo a novas condutas causadoras de dano moral.

Essa questão do fundamento da reparabilidade do dano moral reflete nos critérios a serem considerados para determinar o *quantum* da reparação. Sem dúvidas, ao considerar que a reparação do dano moral possui uma função punitiva, deve ser estabelecido quais critérios serão observados na quantificação do valor reparatório para garantir efetivamente uma função punitiva a esse valor pecuniário. Por outro lado, ao considerar que o fundamento da reparabilidade do dano moral é apenas a compensação à vítima, outros critérios devem ser considerados para quantificar a parcela pecuniária, atentos à reparação integral do dano e dissociados da ideia de exemplaridade da reparação. Assim, adentra-se a essa temática no próximo tópico.

5.1 Quantificação da Reparação por Dano Moral Coletivo

O ordenamento jurídico brasileiro adota, como regra geral, o sistema do livre arbitramento judicial do valor da reparação por dano moral. Assim o juiz tem a mais ampla liberdade para quantificar o valor da reparação.

No entanto, arbitramento não se equivale à arbitrariedade. Embora tenha a mais ampla discricionariedade, o juiz deve observar os critérios legais ou mesmo critérios lógicos. Ademais, como toda e qualquer decisão judicial, a quantificação deve ser feita de modo fundamentado, permitindo o controle da racionalidade da sentenç a.

O Código Civil   expresse ao afirmar, em seu artigo 944, que “a indenização mede-se pela extensão do dano.” Assim, o critério disposto pela legislação para guiar o arbitramento judicial do valor da reparação é a extensão do dano, tanto para o dano patrimonial como para o dano moral.

Relativamente ao dano moral, para se considerar a extensão do dano,   necessário observar as condições pessoais da vítima. Se o dano moral corresponde a uma lesão extrapatrimonial, as características e particularidades da vítima devem ser analisadas para poder concluir acerca da real extensão desse dano em seu patrimônio moral. Analisa-se cada vítima individualmente, concretizando o princípio da isonomia substancial.

Nesse sentido Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p.332) critica a eleição das condições econ micas da vítima como critério para quantificar a reparação, e afirma:

Apenas os elementos atinentes às condições pessoais da vítima e   dimensão do dano, correspondente este último tanto   sua repercussão social quanto a sua gravidade, devem ser levados em conta para, afinal, estabelecer-se a indenização, em concreto, com base na relação entre tais componentes.

Portanto, para estabelecer o *quantum* da reparação, devem ser analisados critérios relacionados ao dano, que demonstrem sua gravidade, como o dano em relação às condições pessoais da vítima, sua duração, sua repercussão social.

Os danos morais coletivos, por atingirem uma comunidade inteira, classe, categoria ou grupo de pessoas, possui uma ampla repercussão social, que deve ser levada em conta para quantificar sua reparação. Ademais, como as pessoas são afetadas como integrantes de uma coletividade, de forma indivisível, o critério das condições pessoais da vítima deve ser analisado em relação a peculiaridades do grupo, classe ou categoria.

Esses são os elementos que permitem aferir a extensão do dano, e assim são considerados para estabelecer o *quantum* da reparação por dano moral.

No entanto, ao considerar que a responsabilidade civil por danos morais objetiva não só a compensação pelo dano, o que seria alcançado ao estabelecer um valor reparatório a partir da extensão do dano, mas conferir uma punição ao ofensor, outros critérios devem ser considerados como decorrência lógica para alcançar essa punição por meio do valor reparatório.

Em relação aos danos morais coletivos, a ideia de atribuir a sua reparação um viés punitivo ganha relevância em razão da dificuldade de estruturar a extensão dessa nova categoria de dano. Nesse sentido, Xisto Tiago de Medeiros Neto (2002, p.105) afirma:

É que, sendo o interesse atingido de natureza moral e a coletividade quem o titulariza, menos nítidos se fazem os contornos e os parâmetros para compensar, em si, o dano (considerando a sua extensão e profundidade), e mais pertinente se apresenta o sentido de sancionar o ofensor, desestimulando outras ofensivas.

Assim, considerando a dificuldade de se extrair do caso concreto a extensão do dano moral coletivo sofrido, sustenta-se uma ênfase no caráter sancionatório da reparação.

Nesse aspecto de garantir punição ao valor reparatório, inserem-se os critérios de condições econômicas do ofensor e a gravidade da culpa. Ora, o ofensor só se sentirá punido se o valor da reparação for tal que, diante de suas condições econômicas, afete de forma razoável seu patrimônio, de forma a desestimular novas práticas lesivas. Ademais, se a intenção é punir o ofensor, torna-se indispensável analisar a gravidade de sua culpa como elemento para aumentar o valor da indenização.

O Código Civil traz a análise da culpa como critério para aferir o *quantum* indenizatório apenas em uma situação excepcional, com o intuito de

reduzir o valor reparatório. Portanto, em sentido diametralmente oposto ao supramencionado. Consta no artigo 944, parágrafo único, que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

A lei civil atribui importância aos graus de culpa, mas justamente em sentido contrário a um eventual caráter punitivo ou sancionatório. Os graus de culpa são considerados para proteger o agente de uma excessiva indenização em razão da extensão do dano, se comparado à sua culpa.

Assim, Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 328-329) critica a admissibilidade genérica do caráter punitivo à reparação do dano moral em razão de diversos fatores, dentre os quais, em razão de ausência de previsão legislativa, em razão de provocar o enriquecimento sem causa da vítima quando o dano for mínimo e a culpa grave, em razão da lei estabelecer casos de responsabilidade civil atribuída a outrem que não o causador direto do dano, e em razão da base axiológica inaugurada pela Constituição Federal de 1988, que se refere à justiça distributiva e não retributiva.

No entanto, referida autora admite que em situações excepcionais é possível atribuir um caráter punitivo à responsabilidade civil. Com efeito, Maria Celina Bodin Moraes (2003, p. 263) afirma:

É de admitir-se, pois, como exceção, uma figura semelhante à do dano punitivo, em sua função de exemplaridade, quando for imperioso dar uma resposta à sociedade, isto é, à consciência social, tratando-se, por exemplo, de conduta particularmente ultrajante, ou insultuosa, em relação a consciência coletiva, ou, ainda, quando se der o caso, não incomum, de prática danosa reiterada.

Essa ideia de condutas particularmente ultrajantes ou insultuosas em relação a consciência coletiva está relacionada a comportamentos socialmente reprováveis, exemplarmente negativos, que violam a qualidade de vida da coletividade, e assim, equivale ao dano social, objeto de estudo no próximo tópico.

Por outro lado, referida autora enuncia também, como situação excepcional a admitir uma função punitiva, “a reparação de dano moral para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos interesses difusos, tanto na relação de consumo quanto no Direito Ambiental” (MORAES, 2003, p. 263).

Logo, além de condutas particularmente ultrajantes ou insultuosas em relação a consciência coletiva e a reiteração de práticas danosas, outra situação excepcional que admitiria um caráter punitivo à reparação são as situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas. Nessa hipótese inserem-se os danos morais coletivos.

No entanto, impende ressaltar que recentemente o Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua Segunda Seção, decidiu em âmbito de recurso repetitivo, que “é inadequado pretender conferir à reparação civil dos danos ambientais caráter punitivo imediato, pois a punição é função que incumbe ao direito penal e administrativo”³⁰. O Relator, Ministro Luis Felipe Salomão, sustentou em seu voto, acompanhado por unanimidade, que:

Não há falar em caráter de punição à luz do ordenamento jurídico brasileiro - que não consagra o instituto de direito comparado dos danos punitivos (*punitive damages*) -, haja vista que a responsabilidade civil por dano ambiental prescinde da culpa e que, revestir a compensação de caráter punitivo propiciaria o *bis in idem* (pois, como firmado, a punição imediata é tarefa específica do direito administrativo e penal).

Pautado pela ideia de reparação integral do dano, é possível extrair do seu voto critérios, associados estritamente à extensão do dano, que devem conduzir a fixação do *quantum* reparatório em relação ao dano ambiental, como a intensidade do risco criado, a gravidade do dano, o tempo durante o qual a degradação persistirá, a reversibilidade ou não do dano, e o grau de proteção jurídica atribuído ao bem ambiental lesado.

Ora, a responsabilidade civil visa restabelecer o equilíbrio social rompido com a conduta lesiva. Visa reparar integralmente o dano provocado por uma conduta antijurídica de outrem. Ao exigir essa reparação integral por aquele que causou o dano, a responsabilidade civil simultaneamente protege a vítima, e estabelece uma sanção ao ofensor, restabelecendo, assim, o ideal equilíbrio social.

Mas a ideia central é a reparação da vítima. Tanto que o Código Civil é expresso ao afirmar que a indenização mede-se pela extensão do dano. A sanção ao causador do dano é uma consequência do dever de reparação.

³⁰ STJ, REsp 1.354.36/SE, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Órgão Julgador: Segunda Seção, D.J. 26/03/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35174776&num_registro=201202466478&data=20140505&tipo=5&formato=PDF>

Assim, o valor da reparação deve ser pautado por critérios relacionados ao dano. O *quantum* reparatório do dano moral coletivo deve levar em consideração a repercussão social da ofensa, que é ampla em razão de atingir direitos difusos ou coletivos. Ademais, deve levar em consideração a duração do dano, o valor coletivo que foi lesionado no caso concreto, a intensidade dessa lesão, e outras circunstâncias específicas do caso concreto que permitam concluir a extensão do dano. Como por exemplo, no caso de dano moral decorrente de propaganda abusiva ou enganosa, pode ser considerado o horário que foi veiculada a propaganda, se alvo de maior público ou não.

Embora o fato de consistir em uma lesão a um grande número de pessoas, integrantes da coletividade, grupo ou classe vítima do dano moral coletivo, não seja suficiente para atribuir caráter punitivo imediato à reparação, deve ser observada a situação excepcional da prática danosa reiterada.

A Constituição Federal de 1988 foi expressa ao garantir a tutela jurisdicional não só à lesão, mas também à ameaça a direito (artigo 5º, inciso XXXV). A reiteração de prática configuradora de dano moral coletivo por parte do ofensor permite concluir a existência de uma ameaça aos direitos difusos e coletivos. Assim, nessa situação excepcional, ao quantificar o *quantum* indenizatório do dano moral coletivo, é possível eleger como critérios a condição econômica do ofensor, de forma a garantir a reparação do dano moral coletivo um caráter pedagógico, de desestímulo a novas práticas danosas.

Impende ressaltar que o valor da reparação não será destinado diretamente aos membros da coletividade, uma vez que a lesão é indivisível, conforme será analisado no próximo tópico. Dessa forma, a consideração do caráter punitivo para a reparação do dano moral coletivo não encontra o óbice de conferir um enriquecimento indevido à vítima, uma vez que toda a coletividade será beneficiada.

Em suma, a quantificação do dano moral coletivo deve observar critérios relativos à extensão do dano com o objetivo de garantir uma compensação à coletividade que foi lesionada. Podem ser considerados elementos como a repercussão social do dano, sua gravidade, intensidade, as peculiaridades do grupo atingido, e outras questões específicas ao caso concreto que permitam aferir essa sua extensão. Se o dano moral coletivo configurado corresponder a uma prática danosa reiterada, é possível considerar as condições econômicas do causador do

dano e a sua culpa, como critérios para aumentar o valor reparatório e assim garantir à reparação um viés punitivo de desestímulo.

Todos os critérios utilizados para concluir ao final o *quantum* reparatório devem ser explicitados na decisão judicial, de modo a fundamentá-la adequadamente e permitir o controle por meio da interposição de recursos. E todo o raciocínio desenvolvido deve ser pautado pelo princípio da proporcionalidade, postulado ínsito ao Estado Democrático de Direito.

5.2 Destinação da Reparação e Compensação à Coletividade

Por fim, afóra a questão polêmica quanto aos elementos a serem levados em consideração para a quantificação do dano moral coletivo, exsurge outra questão relativa a destinação da reparação.

Sendo os danos morais coletivos violação a direitos difusos e coletivos, como destinar a reparação se a lesão é indivisível e compartilhada por pessoas indeterminadas? Se não é possível destinar a lesão a cada membro da coletividade, como alcançar o objetivo da reparação por dano moral coletivo consistente em compensar o dano sofrido?

A própria lei que instituiu a ação civil pública já trouxe a solução para essa problemática. A Lei nº 7.347/85 estabelece em seu artigo 13 que “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.”

Portanto, a reparação por dano moral coletivo será destinada a referido fundo, denominado pela Lei nº 9008/95 de Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD). A supramencionada lei é expressa ao afirmar que a finalidade desse fundo é “a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos” (Artigo 1º, §1º, Lei nº 9008/95).

A coletividade, grupo, classe ou categoria de pessoas vítima de dano moral coletivo é compensada pela reparação desse dano por meio da aplicação do produto do Fundo.

O § 3º do artigo 1º da Lei nº 9008/95 afirma que “os recursos arrecadados pelo FDD serão aplicados na recuperação de bens, na promoção de eventos educativos, científicos e na edição de material informativo especificamente relacionados com a natureza da infração ou do dano causado, bem como na modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas às áreas mencionadas no § 1º deste artigo.”

A própria Lei da Ação Civil Pública já estabelecia uma aplicação específica do produto do fundo. O § 2º do artigo 13 da Lei nº 7.347/85 enuncia que “havendo acordo ou condenação com fundamento em dano causado por ato de discriminação étnica nos termos do disposto no art. 1º desta Lei, a prestação em dinheiro reverterá diretamente ao fundo de que trata o caput e será utilizada para ações de promoção da igualdade étnica, conforme definição do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, na hipótese de extensão nacional, ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais, nas hipóteses de danos com extensão regional ou local, respectivamente.”

Essa mesma utilização do produto da reparação pode ser aplicada por analogia, quando o dano moral coletivo for relacionado a outras formas de discriminação, como por exemplo, a opção sexual.

Em suma, há uma certa flexibilidade quanto a aplicação do produto do fundo. No mesmo sentido da reparação na responsabilidade civil, inicialmente objetiva-se a recuperação dos bens lesados. Não sendo possível, outras medidas são tomadas, conforme enunciadas em referida lei, mas sempre relacionadas a natureza do dano que ensejou a condenação em pagamento pecuniário.

Nesse sentido explica Hugo Nigro Mazzilli (2010, p. 549):

Ainda que com criatividade e flexibilidade, o fundo de reparação de interesses difusos lesados há de ser usado sempre em finalidade compatível com a sua origem. Por isso, é indispensável que as receitas do fundo sejam identificadas em conformidade com sua proveniência (a natureza da infração ou a natureza do dano causado), para permitir sua correspondente aplicação, de maneira preferencial na recuperação específica do bem lesado, se isso for possível.

Independentemente da aplicação a ser dada ao produto do fundo, ela é sempre voltada para a coletividade. Relativamente ao dano moral coletivo, é voltada para a coletividade lesionada, em conformidade com o valor coletivo violado, concretizando o objetivo da sua reparação, consistente na compensação à coletividade.

5.3 Danos Sociais e o Dano Moral Coletivo

Na perspectiva constitucional de solidariedade social e tutela da dignidade da pessoa humana, com o conseqüente surgimento de novos danos indenizáveis, emerge, ao lado dos danos morais coletivos, o dano social como dano provocado à coletividade.

Antonio Junqueira de Azevedo (2004, p. 371), idealizador da tese da reparabilidade do dano social, esboçou essa nova categoria de dano com o intuito de garantir à responsabilidade civil um viés punitivo e dissuasório.

Referido autor afirma que em razão do artigo 944³¹ do Código Civil ser expresso quanto ao critério utilizado para a fixação do *quantum* indenizatório corresponder apenas à extensão do dano, “não seria mais possível qualquer imputação de ‘punitive damages’, no sentido próprio, nem como punição nem como desestímulo” (AZEVEDO, 2004, p. 371).

Apesar dessa inviabilização da punição e do desestímulo no âmbito da responsabilidade civil, Antonio Junqueira de Azevedo (2004, p. 373) cita diversos exemplos de dispositivos do Código Civil que trazem a ideia de punição civil, como o artigo 941³², que é claro quanto ao termo “pena”, e o artigo 1.993³³, entre diversos outros exemplos.

Assim, admitida a ideia de punição no Direito Civil, referido autor (AZEVEDO, 2004, p.375) sustenta que comportamentos socialmente reprováveis,

³¹ CC. Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

³² CC. Art. 941. As penas previstas nos arts. 939 e 940 não se aplicarão quando o autor desistir da ação antes de contestada a lide, salvo ao réu o direito de haver indenização por algum prejuízo que prove ter sofrido.

³³ CC. Art. 1.993. Além da pena cominada no artigo antecedente, se o sonegador for o próprio inventariante, remover-se-á, em se provando a sonegação, ou negando ele a existência dos bens, quando indicados.

que devem ser punidos ou desestimulados, causam uma lesão à qualidade de vida da sociedade, e assim consistem em danos sociais. No mesmo sentido, afirma que a segurança consiste em um valor a qualquer sociedade, e assim, afirma que:

Logo, qualquer ato doloso ou gravemente culposos, em que o sujeito 'A' lesa o sujeito 'B', especialmente em sua vida ou integridade física e psíquica, além dos danos patrimoniais ou morais causados à vítima, é causa também 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 – 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.

Verifica-se que a ideia central da configuração do dano social é atribuir à responsabilidade civil objetivos punitivos e dissuasórios. São esses os fundamentos para a ressarcibilidade desses danos. Reconhece-se que um determinado comportamento, além de prejudicar as pessoas individualmente, causando-lhes danos materiais ou morais, por serem socialmente reprováveis, prejudicam a qualidade de vida da população e, assim, por punição ou desestímulo, devem ser ressarcidos.

Em suma, nas palavras de Antonio Junqueira de Azevedo (2004, p. 376), danos sociais consistem em:

[...] lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente respeito da segurança – quanto por diminuição de sua qualidade de vida. Os danos sociais são causa, pois, de *indenização punitiva* por dolo ou culpa grave, especialmente, repetimos, se atos que reduzem as condições coletivas de segurança, e de *indenização dissuasória*, se atos em geral de pessoa jurídica, que trazem uma diminuição do índice de qualidade de vida da população.

Pelo conceito apresentado de dano social já é possível verificar a sua diferença do dano moral coletivo. Com efeito, este consiste na violação de interesses morais de determinada coletividade, como a honra, patrimônio histórico e paisagístico. Não está associado necessariamente a comportamentos socialmente reprováveis, exemplarmente negativos, mas apenas a condutas antijurídicas.

Ademais, o dano social está relacionado a violação da qualidade de vida da sociedade, ao rebaixamento do nível de vida, que pode violar tanto aspectos morais como patrimoniais. Nesse sentido, Flávio Tartuce (2014, p. 506) afirma “o

que se percebe é que esses danos podem gerar repercussões materiais ou morais. Nesse ponto, diferenciam-se os danos sociais dos danos morais coletivos, pois os últimos são apenas extrapatrimoniais.”

Por fim, como elemento diferenciador do dano moral coletivo, impende analisar a destinação do valor a título de reparação pelo dano social. Aliás, em razão dessa questão que a análise dessa nova categoria de dano e sua diferença do dano moral coletivo foram elencadas em um tópico do presente capítulo.

Reconhecendo o intuito de assegurar à responsabilidade civil atributos de punição e desestímulo, Antonio Junqueira de Azevedo (2004, p. 376-377) sustenta que a reparação dos danos sociais pode ser pleiteada em ações individuais, e nesse caso a indenização deve ser entregue à própria vítima. Assim, a vítima recebe um *plus* no valor da indenização.

Sob essa ótica de destinação do valor da indenização à vítima, a solução final da reparabilidade do dano social coincide com o resultado que teria a aplicação do efeito punitivo e dissuasório na fixação do *quantum* indenizatório, qual seja, o causador do dano deve pagar um valor maior a título de reparação, e a vítima recebe um *plus* no valor da sua indenização, que supera a extensão do dano. A única diferença reside no fundamento para a concessão desse aumento da indenização. Pela teoria ora apresentada, esse *plus* no valor da indenização arcada pelo causador do dano e recebida pela vítima consiste no valor de reparação de outro dano, o dano social. Com isso, afasta-se o óbice do artigo 944 do Código Civil.

Antonio Junqueira de Azevedo (2004, p. 377) sustenta ainda que “os danos sociais, em tese, poderiam ir para um fundo como ressarcimento à sociedade, mas aí deveria ser por ação dos órgãos da sociedade, como o Ministério Público.” No mesmo sentido Flávio Tartuce (2014, p. 506) afirma que “a ideia, nesse sentido, é perfeita, se os prejuízos atingiram toda a coletividade, em um sentido difuso, os valores de reparação devem também ser revertidos para os prejudicados, mesmo que de forma indireta”. No entanto, referido autor não restringe que nesse caso as ações deveriam ser coletivas, como afirma Antonio Junqueira de Azevedo.

Flávio Tartuce (2014, p. 506) defende ainda a possibilidade de fixação de ofício da indenização por dano social, por ser matéria de ordem pública, com fundamento do artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe a legislação consumerista ser de ordem pública e interesse social.

Nesse ponto, impende ressaltar um importante julgado recentemente publicado pelo Superior Tribunal de Justiça referente a uma reclamação na qual foi aplicado por analogia o rito dos recursos repetitivos estabelecido no artigo 543-C do Código de Processo Civil. No julgamento da reclamação representativa de controvérsia repetitiva, o Relator, Ministro Raul Araújo, reconheceu a admissibilidade do dano social como nova categoria de dano, mas não analisou se na situação concreta ele ficou caracterizado em razão de óbices processuais.

Estabeleceu-se no julgamento, por unanimidade, para fins do artigo 543-C do Código de Processo Civil, a seguinte tese: "é nula, por configurar julgamento *extra petita*, a decisão que condena a parte ré, de ofício, em ação individual, ao pagamento de indenização a título de danos sociais em favor de terceiro estranho à lide".

Cumprе registrar que o Ministro Relator Raul Araújo enunciou em seu voto, acompanhado por unanimidade pelos Ministros da Segunda Seção, os seguintes termos:

Impende ressaltar, ainda, que, mesmo que a autora formulasse eventual pedido de condenação em danos sociais na ação em exame, o pleito não haveria de ser julgado procedente, porquanto esbarraria na ausência de legitimidade para postulá-lo. Os danos sociais são admitidos somente em demandas coletivas e, portanto, somente os legitimados para propositura de ações coletivas têm legitimidade para reclamar acerca de supostos danos sociais decorrentes de ato ilícito, motivo por que não poderiam ser objeto de ação individual.

Ora, se o dano social consiste em um dano a coletividade, representado por comportamentos socialmente reprováveis, condutas exemplares negativas, que em razão disso afetam a qualidade de vida de uma coletividade indeterminada de pessoas, seja em razão de violar direitos patrimoniais ou extrapatrimoniais dessas pessoas, o valor pecuniário referente a sua reparação deve ser destinado a essa coletividade, por meio do fundo previsto na Lei da Ação Civil Pública. Se o dano afeta a qualidade de vida da coletividade, deve esta ser reparada, ainda que de forma indireta, por meio dos fundos, e não uma pessoa individualizada, que na realidade estaria obtendo um enriquecimento sem causa.

Nestes termos, o fundamento da reparação dos danos sociais, consistente na punição do agente de condutas socialmente reprováveis, estaria

sendo efetivado, e ainda estaria presente uma efetiva reparação a coletividade, real vítima dos danos, e não uma pessoa individualizada.

Além disso, por ser dano a coletividade, a reparação deve se dar por meio das ações coletivas, instrumentos destinados a responsabilidade de danos causados a direitos difusos, como é a qualidade de vida da coletividade.

Assim, verifica-se que a diferença entre danos morais coletivos e danos sociais consiste nos elementos caracterizadores de cada dano, e não na destinação da reparação ou aspectos processuais relativos a admissibilidade da reparação em ações individuais.

No mesmo sentido que os danos individuais que não possuem repercussão econômica se subdividem em duas categorias de danos autônomos passíveis inclusive de cumulação, quais sejam, o dano moral e dano estético, os danos coletivos também se subdividem em danos morais coletivos e danos sociais.

A diferença, sem dúvidas, é tênue, mas é possível de ser identificada, uma vez que os danos sociais consistem em prejuízos causados a qualidade de vida da coletividade por meio de condutas socialmente reprováveis. A qualidade de vida, por sua vez, pode ser violada tanto em seus aspectos patrimoniais como morais.

Exemplo de violação da qualidade de vida por meio de repercussão patrimonial na coletividade foi a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que reconheceu uma indenização de caráter expressamente punitivo pela caracterização de dano social em razão da “prática de reiteradas recusas a cumprimento de contratos de seguro saúde, a propósito de hipóteses reiteradamente analisadas e decididas.” Consta do voto vencedor que “não só se ganha ao regatear e impor recusas absurdas, como ainda agrava o sistema de saúde pública, obrigando a busca de alternativas nos hospitais não conveniados e que cumprem missão humanitária, fazendo com que se desdobrem e gastem mais para curar doentes que possuem planos de assistência médica.”³⁴

Por outro lado, os danos morais coletivos restringem-se à violação de valores coletivos, extrapatrimoniais, de uma determinada coletividade, grupo ou classe de pessoas, como uma conduta discriminatória em relação aos idosos.

³⁴ TJSP, Apelação nº 0027158-41.2010.8.26.0564, Relator: Teixeira Leite, Comarca: São Bernardo do Campo, Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado, D.J. 18/07/2013. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=6868822&cdForo=0&vlCaptcha=dznbu>>

Além disso, acentua-se que o dano social tem um fundamento punitivo, por isso é caracterizado diante de comportamentos exemplares negativos, socialmente reprováveis. O que não se exige para a configuração do dano moral coletivo, cuja reparação tem como objetivo compensar a coletividade lesionada.

Em suma, o dano moral coletivo é a violação de interesse de natureza moral coletivo *stricto sensu* ou difuso. Enquanto o dano social é sempre difuso, porque relacionado a qualidade de vida, a tranquilidade social.

5.4 Dano Moral Coletivo na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Explicada a caracterização do dano moral coletivo, sua admissibilidade em face do sistema legislativo brasileiro, o fundamento de sua reparação e os critérios para quantificação, além da destinação do valor, é imprescindível examinar o entendimento consubstanciado na Corte Máxima do país concernente à legislação federal.

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça adotou um posicionamento contrário à admissibilidade do dano moral coletivo. Em um processo envolvendo pedido de dano moral coletivo em razão de degradação ambiental a primeira turma considerou que o dano moral envolve necessariamente dor, sofrimento psíquico, o que é incompatível com a transindividualidade dos direitos coletivos *lato sensu*. Confira-se a ementa de referido julgado³⁵:

Processual civil. Ação civil pública. Dano ambiental. Dano moral coletivo. Necessária vinculação do dano moral à noção de dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual. Incompatibilidade com a noção de transindividualidade (indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa e da reparação). Recurso especial improvido. (STJ, REsp 598281/MG, Relator: Ministro Luiz Fux, Relator p/ Acórdão: Ministro Teori Albino Zavascki, Órgão Julgador: Primeira Turma, D.J. 02/05/2006).

Impende ressaltar que o Ministro Luiz Fux, relator de referido recurso, considerou admissível o dano moral coletivo e entendeu que esse dano restou

35

configurado na hipótese concreta dos autos. Nesse sentido, segue transcrita a ementa formulada pelo relator em seu voto³⁶:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AO MEIO AMBIENTE. DANO MATERIAL E MORAL. ART. 1º DA LEI 7347/85. 1. O art. 1º da Lei 7347/85 dispõe: "*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, turístico e paisagístico; IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V - por infração da ordem econômica.*" 2. O meio ambiente ostenta na modernidade valor inestimável para a humanidade, tendo por isso alcançado a eminência de garantia constitucional. 3. O advento do novel ordenamento constitucional - no que concerne à proteção ao dano moral - possibilitou ultrapassar a barreira do indivíduo para abranger o dano extrapatrimonial à pessoa jurídica e à coletividade. 4. No que pertence a possibilidade de reparação por dano moral a interesses difusos como sói ser o meio ambiente amparam-na o art. 1º da Lei da Ação Civil Pública e o art. 6º, VI, do CDC. 5. Com efeito, o meio ambiente integra inegavelmente a categoria de interesse difuso, posto inapropriável *uti singuli*. Consectariamente, a sua lesão, caracterizada pela diminuição da qualidade de vida da população, pelo desequilíbrio ecológico, pela lesão a um determinado espaço protegido, acarreta incômodos físicos ou lesões à saúde da coletividade, revelando atuar ilícito contra o patrimônio ambiental, constitucionalmente protegido. 6. Deveras, os fenômenos, analisados sob o aspecto da repercussão física ao ser humano e aos demais elementos do meio ambiente constituem dano patrimonial ambiental. 7. O dano moral ambiental caracterizar-se quando, além dessa repercussão física no patrimônio ambiental, sucede ofensa ao sentimento difuso ou coletivo - v.g.: o dano causado a uma paisagem causa impacto no sentimento da comunidade de determinada região, quer como v.g; a supressão de certas árvores na zona urbana ou localizadas na mata próxima ao perímetro urbano. 8. Consectariamente, 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. 9. Destarte, não se pode olvidar que o meio ambiente pertence a todos, porquanto a Carta Magna de 1988 universalizou este direito, erigindo-o como um bem de uso comum do povo. Desta sorte, em se tratando de proteção ao meio ambiente, podem coexistir o dano patrimonial e o dano moral, interpretação que prestigia a real exegese da Constituição em favor de um ambiente sadio e equilibrado. 10. Sob o enfoque infraconstitucional a Lei n. 8.884/94 introduziu alteração na LACP, segundo a qual restou expresso que a ação civil pública objetiva a responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a quaisquer dos valores transindividuais de que cuida a lei. 11. Outrossim, a partir da Constituição de 1988, há duas esferas de reparação: a patrimonial e a moral, gerando a possibilidade de o cidadão responder pelo dano patrimonial causado e também, cumulativamente, pelo dano moral, um independente do outro. 12. Recurso especial provido para condenar os recorridos ao pagamento de dano moral, decorrente da ilicitude perpetrada contra o meio ambiente, nos termos em que fixado na sentença (fls. 381/382).

36

O Ministro Luiz Fux concluiu, nos termos defendido no presente trabalho, que o dano moral coletivo está autorizado por dispositivos legais do ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, explicou a diferença entre o dano patrimonial ambiental e o dano moral ambiental, admitindo a cumulação da reparação de ambos os danos, nos termos da diretriz constitucional.

Em referido julgamento, o Ministro José Delgado decidiu também pela admissibilidade do dano moral coletivo e acompanhou o relator para dar provimento ao recurso. A Ministra Denise Arruda também concluiu em seu voto pela admissibilidade do dano moral coletivo, no entanto entendeu que o dano não estava configurado no caso concreto subjacente ao recurso, e por tais razões negou provimento ao recurso especial, acompanhando a divergência instalada pelo Ministro Teori Albino Zavascki, que elaborou a ementa ao final aprovada pela maioria.

O Ministro Francisco Falcão também acompanhou a divergência e votou pela negativa de provimento ao recurso, justificando que “para a condenação em dano moral, faz-se impositiva a comprovação de que o estrago alcançou a órbita subjetiva de terceiros, atingindo *uti singuli* a pessoa, de forma a lhe causar desconforto de caráter individual.”

Dessa forma, verifica-se que apesar desse julgamento do Superior Tribunal de Justiça ter sido concluído no sentido da inadmissibilidade do dano moral coletivo, dos cinco Ministros que compõem a primeira turma, apenas dois votaram pela impossibilidade de configuração de dano moral coletivo³⁷. O recurso foi improvido em razão da Ministra Denise Arruda ter entendido que o dano moral coletivo não estava presente no caso concreto, mas não entendeu pela inadmissibilidade do dano moral coletivo na generalidade dos casos.

Apesar dessa estreita maioria, diversas outras decisões foram proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça acompanhando o entendimento exarado na ementa de referido julgado³⁸. Outras decisões, entretanto, negaram condenação

³⁷ Ministros Teori Albino Zavascki e Francisco Falcão.

³⁸ REsp 971.844/RS, Relator: Ministro Teori Albino Zavascki, Órgão Julgador: Primeira Turma, D.J. 03/12/2009. AgRg no Resp 1.109.905/PR, Relator: Ministro Hamilton Carvalhido, Órgão Julgador: Primeira Turma, D.J. 22/06/2010; AgRg no REsp 1.305.977/MG, Relator: Ministro Ari Pargendler, Órgão Julgador: Primeira Turma, D.J. 09/04/2013.

ao dano moral coletivo em razão de particularidades do caso concreto, que não permitiam concluir a efetiva presença do dano³⁹.

Num desses julgados nos quais o dano moral coletivo não foi admitido em razão de particularidades do caso concreto, a Corte máxima em matéria federal alterou o entendimento acima exarado e expressou a possibilidade de reparabilidade do dano moral coletivo. Já na ementa⁴⁰ de referido julgado ficou expressa a admissibilidade do dano moral coletivo e sua caracterização como violação dos direitos coletivos e difusos extrapatrimoniais, conforme transcrição abaixo:

ADMINISTRATIVO - TRANSPORTE - PASSE LIVRE - IDOSOS - DANO MORAL COLETIVO - DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA DOR E DE SOFRIMENTO - APLICAÇÃO EXCLUSIVA AO DANO MORAL INDIVIDUAL - CADASTRAMENTO DE IDOSOS PARA USUFRUTO DE DIREITO – ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA PELA EMPRESA DE TRANSPORTE - ART. 39, §1º DO ESTATUTO DO IDOSO - LEI 10741/2003 VIAÇÃO NÃO PREQUESTIONADO. 1. 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. 2. 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 coletivos. 3. Na espécie, o dano coletivo apontado foi a submissão dos idosos a procedimento de cadastramento para o gozo do benefício de passe livre, cujo deslocamento foi custeado pelos interessados, quando Estatuto do Idoso, art. 39, §1º exige apenas apresentação de documento de identidade. 4. Conduta da empresa de viação injurídica se considerado o sistema normativo. 5. Afastada sanção pecuniária pelo Tribunal que considerou as circunstâncias fáticas e probatórias e restando sem prequestionamento o Estatuto do Idoso, mantém-se a decisão. 5. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1057274 / RS, Relatora: Ministra Eliana Calmon, Órgão Julgador: Segunda Turma, D.J. 01/12/2009)

Seguindo essa linha de alteração jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça, num outro julgamento de recurso especial, entendeu, por unanimidade, que esta nova categoria de dano não só é viável no ordenamento jurídico brasileiro, como restou configurado no caso concreto. Nesse sentido, segue transcrita a ementa⁴¹:

³⁹ REsp 821891/RS, Relator: Ministro Luiz Fux, Órgão Julgador: Primeira Turma, D.J. 08/04/2008.

⁴⁰ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6644435&num_registro=200801044981&data=20100226&tipo=5&formato=PDF>

⁴¹ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=20195193&num_registro=201001970766&data=20120210&tipo=5&formato=PDF>

RECURSO ESPECIAL - DANO MORAL COLETIVO - CABIMENTO - ARTIGO 6º, VI, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - REQUISITOS – RAZOÁVEL SIGNIFICÂNCIA E REPULSA SOCIAL - OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE - CONSUMIDORES COM DIFICULDADE DE LOCOMOÇÃO - EXIGÊNCIA DE SUBIR LANCES DE ESCADAS PARA ATENDIMENTO - MEDIDA DESPROPORCIONAL E DESGASTANTE - INDENIZAÇÃO - FIXAÇÃO PROPORCIONAL – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO – RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. I - A dicção do artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor é clara ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletivamente. II - Todavia, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. 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. Ocorrência, na espécie. III - Não é razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção, seja pela idade, seja por deficiência física, ou por causa transitória, à situação desgastante de subir lances de escadas, exatos 23 degraus, em agência bancária que possui plena capacidade e condições de propiciar melhor forma de atendimento a tais consumidores. IV - Indenização moral coletiva fixada de forma proporcional e razoável ao dano, no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). V - Impõe-se reconhecer que não se admite recurso especial pela alínea "c" quando ausente a demonstração, pelo recorrente, das circunstâncias que identifiquem os casos confrontados. VI - Recurso especial improvido. (REsp 1221756 /RJ, Relator: Ministro Massami Uyeda, Órgão Julgador: Terceira Turma, D.J. 02/02/2012).

Verifica-se que nesse julgado importante para a fixação da posição jurisprudencial adequada à reparabilidade do dano moral coletivo o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu um marco quanto a necessária presença de dois requisitos básicos para a responsabilização civil por danos morais coletivos, quais sejam, a razoável significância do fato transgressor e a repulsa social.

Na realidade, esses requisitos básicos consistem em fatores perceptíveis quanto a real ocorrência de um prejuízo à coletividade. O dano moral existe *in re ipsa*, sua demonstração presume-se a partir do próprio fato ofensivo. Assim, exige-se que o fato transgressor seja de razoável significância e provoque repulsa social.

Deste modo, conclui-se que diante de um comportamento antijurídico que aparentemente lesiona direitos coletivos ou difusos extrapatrimoniais, analisa-se a razoável significância do fato transgressor e a repulsa social provocada por ele como fatores que permitem concluir a certeza da ocorrência do dano, do prejuízo advindo da lesão desses direitos.

Esses requisitos exigem uma análise minuciosa do caso concreto para que se possa concluir acerca da efetiva presença do dano moral coletivo. Em razão

disso, verificam-se na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça diversas decisões ora favoráveis à condenação do dano moral coletivo⁴², ora entendendo que não restou configurado no caso concreto⁴³, ora afirmando que é insuscetível a revisão de condenação do dano moral coletivo por exigir reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência vedada pelo Enunciado nº 7 de Súmula de Jurisprudência do STJ⁴⁴. E, ainda, é possível verificar na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça decisões que dão provimento a recurso especial para:

[...] conhecer, em tese, a possibilidade de cumulação de indenização pecuniária com as obrigações de fazer, bem com a condenação em danos morais coletivos, com a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que verifique se, no caso, há dano indenizável e fixação do eventual *quantum debeatur*. (REsp 1269494/MG, Relatora: Ministra Eliana Calmon, Órgão Julgador: Segunda Turma, D.J. 24/09/2013).

Em que pese a existência de divergências processuais nas decisões analisadas, é possível afirmar que o Superior Tribunal de Justiça possui uma posição majoritária no sentido de ser cabível a condenação por dano moral coletivo. As hipóteses de inadmissibilidade dessa nova categoria de dano consistem em situações pautadas pelas particularidades do caso concreto que levam à conclusão de que o dano moral coletivo não existiu, e não que ele não é passível de reparação.

Por fim, impende analisar um caso notório que foi analisado pelo Superior Tribunal de Justiça, consistente no “caso das pílulas de farinha”, cuja parte da ementa segue transcrita:

Civil e processo civil. Recurso especial. Ação civil pública proposta pelo PROCON e pelo Estado de São Paulo. Anticoncepcional Microvlar. Acontecimentos que se notabilizaram como o 'caso das pílulas de farinha'. Cartelas de comprimidos sem princípio ativo, utilizadas para teste de maquinário, que acabaram atingindo consumidoras e não impediram a gravidez indesejada. Pedido de condenação genérica, permitindo futura liquidação individual por parte das consumidoras lesadas. Discussão vinculada à necessidade de respeito à segurança do consumidor, ao direito de informação e à compensação pelos danos morais sofridos. - Nos termos de precedentes, associações possuem legitimidade ativa para propositura de ação relativa a direitos individuais homogêneos. - Como o mesmo fato pode ensejar ofensa tanto a direitos difusos, quanto a coletivos e individuais, dependendo apenas da ótica com que se examina a questão,

⁴² REsp 1367923/RJ, Relator: Ministro Humberto Martins, Órgão Julgador: Segunda Turma, D.J. 27/08/2013.

⁴³ REsp 1293606/MG, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Órgão Julgador: Quarta Turma, D.J. 02/09/2014.

⁴⁴ AgRg no REsp 1368769/SP, Relator: Ministro Humberto Martins, Órgão Julgador: Segunda Turma, D.J. 06/08/2013.

não há qualquer estranheza em se ter uma ação civil pública concomitante com ações individuais, quando perfeitamente delimitadas as matérias cognitivas em cada hipótese. [...] O dever de compensar danos morais, na hipótese, não fica afastado com a alegação de que a gravidez resultante da ineficácia do anticoncepcional trouxe, necessariamente, sentimentos positivos pelo surgimento de uma nova vida, porque o objeto dos autos não é discutir o dom da maternidade. Ao contrário, o produto em questão é um anticoncepcional, cuja única utilidade é a de evitar uma gravidez. A mulher que toma tal medicamento tem a intenção de utilizá-lo como meio a possibilitar sua escolha quanto ao momento de ter filhos, e a falha do remédio, ao frustrar a opção da mulher, dá ensejo à obrigação de compensação pelos danos morais, em liquidação posterior. Recurso especial não conhecido.

Em razão do Superior Tribunal de Justiça reconhecer a existência de danos morais nesse caso concreto de ação coletiva, e estabelecer uma condenação genérica por violação aos direitos individuais homogêneos das consumidoras dessas pílulas, Flávio Tartuce (2014, p. 504-505) afirma que nesse julgamento o Superior Tribunal de Justiça admitiu o dano moral coletivo como outra categoria de dano reparável. De fato, referido autor sustenta, de forma diversa do defendido no presente trabalho, que danos morais coletivos consistem em lesão a direitos individuais homogêneos e a direitos coletivos.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça não adentrou à problemática do dano moral coletivo em referido julgamento. A questão, de suma relevância, envolvia direitos individuais homogêneos, o que consiste em fixar de forma coletiva, genérica, a responsabilidade por uma soma de danos morais individuais.

Após a interposição de referido recurso especial, a recorrente juntou aos autos uma petição que continha um julgamento do Superior Tribunal de Justiça referente a impossibilidade da configuração de danos morais coletivos. A Ministra Relatora Nancy Andrighi (2007, p. 37) foi clara em seu voto quanto à distinção da hipótese dos autos - danos a direitos individuais homogêneos - e a hipótese do julgamento juntado aos autos - danos a direitos coletivos ou difusos.

O recorrente, insatisfeito com essa conclusão exarada no julgamento, opôs embargos de declaração. Nesse julgamento, a Ministra Nancy Andrighi expressou de forma ainda mais nítida a distinção entre dano moral coletivo e dano a direito individual homogêneo, e ainda afirmou que nenhuma dessas questões foram analisadas no julgamento. Consta do voto da referida ministra:

Em resumo, portanto, simplesmente não houve discussão no julgamento do presente recurso especial acerca da possibilidade de condenação por

danos morais coletivos, e nem mesmo se é possível o pleito desses danos morais na categoria dos interesses individuais homogêneos. A matéria é totalmente estranha aos autos. O trecho das razões de recurso especial que é citado pela embargante, com a máxima vênia, não indica que houve impugnação à categoria dos 'direitos morais coletivos' como nesta ocasião afirma a recorrente. Reitere-se, novamente, que o contexto da discussão sempre se deu no âmbito da legitimidade ativa e não no da existência jurídica do instituto e, mesmo naquele âmbito, não se conheceu da alegação por óbice sumular; mas, de qualquer sorte, ali apenas se afirma, textualmente, que o interesse em questão seria individual homogêneo (fls. 2.374), enquanto que o precedente da 1ª Turma trata de dano moral coletivo propriamente dito, ou seja, aquele que teria "*indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa e da reparação*" (fls. 2.258). Mesmo nessa perspectiva, portanto, trata-se de controvérsia distinta, não existindo similitude entre os acórdãos. Em resumo, não seria possível sequer aplicar o direito à espécie, como requer em última instância a embargante, porque o acórdão juntado extemporaneamente trata de assunto diverso.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça entendeu, da forma enunciada no presente trabalho, que dano moral coletivo consiste na violação de direitos coletivos e difusos, e não em direitos individuais homogêneos.

Embora nesse julgamento a Corte Máxima em matéria federal não tenha adentrado ao mérito da admissibilidade desse instituto jurídico, observou-se na sua jurisprudência posterior, analisada anteriormente, que já há uma posição majoritária na Corte quanto a existência dessa nova categoria de dano reparável.

6 CONCLUSÃO

Em busca da convivência social e duradoura e da harmônica interação entre os membros de uma comunidade, emerge a responsabilidade civil como a forma de recompor o equilíbrio rompido com a ocorrência de um dano injusto.

Sob a ótica da atual Constituição Federal, pautada pela solidariedade social e a dignidade da pessoa humana, a responsabilidade civil passa por uma transformação de seu paradigma. Antes se analisava a conduta lesiva, se culposa, para transferir ao causador do dano o dever de arcar com os prejuízos provocados. Atualmente o paradigma da responsabilidade civil volta-se para o dano sofrido pela vítima. Com efeito, diversas hipóteses de responsabilidade objetiva são estabelecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma, o panorama atual preocupa-se mais com a reparação do dano sofrido pela vítima, do que com as condutas que lhe dão causa.

Na esteira do texto constitucional, que estabelece diversos direitos extrapatrimoniais, novas categorias de danos são reconhecidas pela legislação, doutrina e jurisprudência. Atualmente é pacífico o entendimento jurisprudencial quanto a ressarcibilidade dos danos patrimoniais, danos morais e danos estéticos como categorias autônomas de danos.

Nesse diapasão, o presente trabalho adentrou a problemática de uma nova categoria de dano: o dano moral coletivo.

A comunidade, por representar uma união de pessoas capazes de valores, detém uma dimensão ética que lhe é própria e não se confunde com os valores auferidos individualmente por seus membros.

Interesses coletivos de natureza moral consistem na síntese dos interesses comuns das pessoas integrantes da coletividade, mas adquirem dimensão própria, e representam interesse próprio do grupo, classe ou categoria de pessoas.

Assim, os interesses extrapatrimoniais coletivos, embora consistam em valores morais reconhecidos e compartilhados por toda a coletividade, não se confundem com os direitos individuais de seus membros. A violação de um valor coletivo representa um prejuízo moral único que sofre toda a coletividade de maneira indivisível, caracterizando o dano moral coletivo.

O dano moral coletivo não consiste na soma de danos morais individuais, mas na violação de um interesse moral coletivo, que causa um prejuízo único, indivisível, a toda a coletividade.

Por tal razão, a violação da esfera moral de determinadas pessoas, representada por direitos individuais homogêneos, não consiste em dano moral coletivo, mas na soma de danos morais individuais cuja responsabilidade pode processualmente ser fixada de maneira única, por meio de uma ação coletiva. Não há, na violação de interesses individuais homogêneos, um prejuízo único a toda a coletividade de maneira indivisível.

A dificuldade para a caracterização do dano moral coletivo consiste na admissibilidade da existência de interesses morais tutelados juridicamente como direitos difusos ou coletivos, diversos dos direitos individuais dos membros da coletividade. Uma vez demonstrado que o ordenamento jurídico, tanto expressa como implicitamente, admite interesses coletivos de natureza extrapatrimonial, a configuração do dano moral coletivo consiste decorrência lógica e natural.

A própria Lei da Ação Civil Pública estabelece interesses coletivos de natureza moral, como a honra e a dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, direitos de valor histórico, turístico e paisagístico.

Ora, se as pessoas podem ser vítimas de dano moral quando são lesionados seus direitos de personalidade, individualmente considerados, a coletividade também pode ser quando interesses extrapatrimoniais reconhecidos legalmente e compartilhados por todos os membros, são lesionados por uma ação ou omissão de forma indivisível.

Portanto, reconhecida a admissibilidade do dano moral coletivo como um dano reparável, imprescindível analisar a forma de sua reparação.

Em matéria de responsabilidade civil, a reparação visa recompor o status anterior à lesão, por meio da reparação *in natura*. No tocante aos danos morais, essa forma de reparação só é viável em raríssimos casos. Em relação a essa espécie de dano, surge a prestação pecuniária como forma de reparação. Nessa situação a reparação não almeja a restituição ao estado anterior a lesão, uma vez que, por violar um direito personalíssimo, tal restituição é impossível por meio de prestação pecuniária. O objetivo dessa reparação não é indenizar, mas compensar a vítima de um dano moral.

Nessa esteira, a reparação do dano moral coletivo objetiva compensar a coletividade pelo prejuízo sofrido. Assim, o valor da reparação deve ser pautado por critérios relacionados ao dano.

O *quantum* reparatório do dano moral coletivo deve levar em consideração a repercussão social da ofensa, que é ampla em razão de atingir direitos difusos ou coletivos, o valor coletivo que foi lesionado no caso concreto, a intensidade e a duração dessa lesão, e outras circunstâncias específicas do caso concreto que permitam concluir a extensão do dano.

Além disso, deve ser observado se o dano decorre de uma prática reiterada por parte do ofensor. A Constituição Federal de 1988 foi expressa ao garantir a tutela jurisdicional não só à lesão, mas também à ameaça a direito (artigo 5º, inciso XXXV). E a reiteração de prática configuradora de dano moral coletivo permite concluir a existência de uma ameaça aos direitos difusos e coletivos.

Nessa situação excepcional, ao quantificar o *quantum* reparatório do dano moral coletivo é possível eleger como elementos a condição econômica do ofensor e o seu grau de culpa, de forma a garantir a reparação do dano moral coletivo um caráter pedagógico, de desestímulo a novas práticas danosas.

Essa consideração do caráter punitivo para a reparação do dano moral coletivo não encontra o óbice de conferir um enriquecimento indevido à vítima, uma vez que o valor da reparação não é destinado diretamente aos membros da coletividade.

Sendo a lesão indivisível, o valor concernente à reparação por dano moral coletivo será destinado ao fundo estabelecido pela Lei da Ação Civil Pública e denominado pela Lei nº 9008/95 de Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD). A coletividade, grupo, classe ou categoria de pessoas vítima de dano moral coletivo é compensada pela reparação desse dano por meio da aplicação do produto do Fundo. Essa aplicação é determinada com criatividade e flexibilidade, mas sempre usada em finalidade compatível com a origem do valor, ou seja, a natureza do dano, o direito violado.

A partir da caracterização do dano moral coletivo e análise de sua reparação, é possível extrair os elementos diferenciadores entre as novas categorias de danos causados a coletividade, consistentes nos danos morais coletivos e os danos sociais.

Em razão de ambas as categorias de danos serem causadas à coletividade, o valor pecuniário referente a reparação deve ser destinado a essa coletividade, por meio do fundo previsto na Lei da Ação Civil Pública, e não à uma pessoa individualizada, que na realidade estaria obtendo um enriquecimento sem causa.

Também pela característica de serem danos causados a coletividade, a reparação deve se dar por meio das ações coletivas, instrumentos destinados a responsabilidade de danos causados a direitos difusos e coletivos *stricto sensu*.

Assim, a diferença entre danos morais coletivos e danos sociais consiste nos elementos caracterizados de cada dano, e não na destinação da reparação ou aspectos processuais relativos a admissibilidade da reparação em ações individuais.

A ideia central da configuração do dano social é atribuir à responsabilidade civil objetivos punitivos e dissuasórios. Com efeito, são esses os fundamentos para a ressarcibilidade desses danos. Reconhece-se que um determinado comportamento, além de prejudicar as pessoas individualmente, causando-lhes danos materiais ou morais, por serem socialmente reprováveis, prejudicam a qualidade de vida da população e, assim, por punição ou desestímulo, devem ser ressarcidos. Essa violação da qualidade de vida da sociedade pode ser tanto em seus aspectos morais como patrimoniais.

Por outro lado, o dano moral coletivo consiste na violação de interesses morais de determinada coletividade, como a honra, patrimônio histórico e paisagístico. Não está associado necessariamente a comportamentos socialmente reprováveis, exemplarmente negativos, mas apenas a condutas antijurídicas. E possui como fundamento compensar a coletividade violada em sua esfera moral.

Por fim, impende ressaltar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se apresenta majoritariamente favorável à admissibilidade do dano moral coletivo, nos termos defendido no presente trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Parte geral do novo Código Civil**. In: Revista da EMERJ, n. especial, "Anais do Seminário EMERJ debate o novo Código Civil, parte I, fev.-jun. 2002". Rio de Janeiro: EMERJI, 2003. p. 46-66.

ANDRIGHI, Nancy. **Voto da Ministra Nancy Andrighi no Recurso Especial nº 866.636**. Brasília, DF, 29 de novembro de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2727406&num_registro=200601043949&data=20071206&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 22 de dez. 2014.

ARAÚJO, Raul. **Voto do Ministro Raul Araújo no Reclamação Nº 12.062**. Brasília, DF, 12 de novembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=41409472&num_registro=201300900646&data=20141120&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 21 de dez. 2014.

ARRUDA, Denise. **Voto da Ministra Denise Arruda no Recurso Especial nº 598.281**. Brasília, DF, 1º de julho de 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2132977&num_registro=200301786299&data=20060601&tipo=3&formato=PDF>. Acesso em: 19 de dez. 2013.

AUGUSTIN, Sérgio; ALMEIDA, Ângela. Dano Moral Coletivo: a indefinição jurisprudencial em face da ofensa a direitos transindividuais. In: AUGUSTIN, Sérgio (coord.). **Dano Moral e Sua Quantificação**. 4. ed. Caxias do Sul: Plenum, 2007.

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

BRASIL. **Código Civil de 1916**. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em 21 set. 2014.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 16 de Julho de 1934). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 21 set. 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 5139/2009**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=43248>> Acesso em: 22 set. 2014.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Dano Moral Coletivo**. In: Revista de Direito do Consumidor. n. 59. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2006. p. 78-108.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. Atualização: Eduardo Carlos Bianca Bittar. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro**. In: Revista de Direito do Consumidor. n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1994. p. 44-62.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Tradução: Fernando Pavan Baptista; Ariani Bueno Sudatti. Bauru: EDIPRO, 2001.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. **Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil**. Revista de Processo, n.5. p. 128 a 159. jan/mar 1977. Disponível em: <<http://www.processocivil.net/novastendencias/cappelletti.pdf>>. Acesso em 21 set. 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COMPIANI, María Fabiana. **Responsabilidad por daños colectivos**. In: Revista de Direito do Consumidor. n. 36. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2000. p. 185-198.

DELGADO, José. **Voto do Ministro José Delgado no Recurso Especial nº 598.281**. Brasília, DF, 1º de julho de 2006. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2271667&num_registro=200301786299&data=20060601&tipo=3&formato=P](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2271667&num_registro=200301786299&data=20060601&tipo=3&formato=PDF)>. Acesso em: 19 de dez. 2013.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Atualização: Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011. v. 4.

FALCÃO, Francisco. **Voto do Ministro Francisco Falcão no Recurso Especial nº 598.281**. Brasília, DF, 1º de julho de 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2372909&num_registro=200301786299&data=20060601&tipo=3&formato=P>. Acesso em: 19 de dez. 2014.

GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Las Acciones Colectivas Y La Tutela De Los Derechos Difusos, Coletivos INDIVIDUALES En Brasil: Un Modelo Pará países De Derecho Civil**. Instituto de Investigaciones Jurídicas: 2004 vol. 151. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/SSRN-id903775.pdf>>

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 4. vol. São Paulo: Saraiva, 2013.

FUX, Luiz. **Voto do Ministro Luiz Fux no Recurso Especial nº 598.281**. Brasília, DF, 1º de julho de 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1243089&num_registro=200301786299&data=20060601&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 19 de dez. 2014.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

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

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos Morais e Direitos da Personalidade. In LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes Temas da Atualidade: Dano moral**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 347-366.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir.** 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano Moral Coletivo: Fundamentos e Características.** In Revista do Ministério Público do Trabalho. ANO XII. N. 24. São Paulo: LTr Editora, 2002. p. 77-113.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o direito na ordem contemporânea.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MOREIRA, José C. Barbosa. **Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988.** In: Revista de Processo. n. 61. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 1991. p. 187-197.

RAMOS, André de Carvalho. **Ação Civil Pública e o Dano Moral Coletivo.** In: Revista de Direito do Consumidor. n. 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 1998. p. 80-98.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REIS, Clayton. O Verdadeiro Sentido da Indenização dos Danos Morais. In LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes Temas da Atualidade: Dano moral.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 49-94.

SALOMÃO, Luis Felipe. **Voto do Ministro Luis Felipe Salomão no Recurso Especial nº 1.354.36.** Brasília, DF, 26 de março de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=34455662&num_registro=201202466478&data=20140505&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 21 de dez. 2014

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012

STIGLITZ, Gabriel A.. **Daño moral individual e colectivo, medio ambiente, consumidor y dañosidad colectiva**. In: Revista de Direito do Consumidor. n. 19. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 1996. p. 68-76.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014

VENTURI, Elton. **Comentários ao Art. 1º**. In Comentários ao código modelo de processos coletivos: um diálogo ibero-americano. Salvador: JusPODIVM, 2009. p. 27-37.

WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.