



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

CARLA PARANHOS DE SANTANA NUNES

REPARAÇÃO NO DANO MORAL COLETIVO

Salvador
2017

CARLA PARANHOS DE SANTANA NUNES

REPARAÇÃO NO DANO MORAL COLETIVO

Trabalho apresentado à Faculdade Baiana de
Direito, como requisito à conclusão do Curso
de Especialização em Direito Processual Civil.

Salvador
2017

CARLA PARANHOS DE SANTANA NUNES

REPARAÇÃO NO DANO MORAL COLETIVO

Trabalho apresentado à Faculdade Baiana de
Direito, como requisito à conclusão do Curso
de Especialização em Direito Processual Civil.

Aprovado em: __/__/____

BANCA EXAMINADORA

RESUMO

O presente trabalho visa apresentar as possibilidades de reparação no dano moral coletivo no sistema jurídico brasileiro. Para cumprir tal missão, parte-se da análise conceitual de dano moral, distinguindo o dano moral coletivo, passando pelos conceitos de responsabilidade objetiva e subjetiva, na importância do princípio da dignidade da pessoa humana para o dano moral e a positivação do dano moral no direito brasileiro. Por fim, empreende-se uma análise da jurisprudência vigente e a dificuldade de aceitação unânime desse tipo de dano moral e as modalidades possíveis de reparação. Essas possibilidades de reparação são apresentadas em uma abordagem analítica, crítica e prospectiva, demonstrando que essa possibilidade é uma perspectiva importante no que diz respeito ao sistema jurídico pátrio.

Palavras-chave: dano moral, coletivo, jurisprudência, modalidades, reparação

ABSTRACT

This paper aims to present the possibilities of redress in collective moral damages in the Brazilian legal system. In order to fulfill this mission, one starts from the conceptual analysis of moral damages, distinguishing collective moral damage, passing by the concepts of objective and subjective liability, on the importance of the principle of human dignity for the moral damage and the recognition of the moral damage in Brazilian law. Finally, undertake a review of the existing case-law and the difficulty of acceptance unanimous that kind of moral damage and possible modalities for redress. These repair possibilities are presented in an analytical, critical and forward-looking approach, demonstrating that this possibility is an important perspective with regard to the legal system of the homeland.

Keywords: moral damage, collective, jurisprudence, procedures, repair

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DANO	9
2.1 DO DANO MORAL	12
3. DO DANO MORAL COLETIVO	22
3.1 EVOLUÇÃO E CARACTERIZAÇÃO DOS DIREITOS COLETIVO	24
3.2 ELEMENTOS DO DANO MORAL COLETIVO	27
3.3 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA	28
3.4 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA COMO FUNDAMENTO DO DANO MORAL COLETIVO	34
3.5 FUNDAMENTOS NORMATIVOS	36
3.6 PROVA	39
4 PREVISÃO JURISPRUDENCIAL DO DANO MORAL COLETIVO E SUA REPARAÇÃO	40
4.1 PREVISÃO JURISPRUDENCIAL	40
4.2 MODALIDADES DE REPARAÇÃO	47
4.3. QUANTIFICAÇÃO DO DANO	50
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	60
REFERÊNCIAS	64

1. INTRODUÇÃO

Os tempos atuais trazem aos estudiosos do direito variáveis que conduzem ao constante aperfeiçoamento, aprofundamento e inovações dos mais distintos temas da área jurídica.

A responsabilidade civil sempre é um tema atual, mostra diversos ângulos, é instigante e inspira inovações constantes em detrimento das transformações e enriquecimento das relações que estão em constante processo evolutivo.

Essa responsabilidade faz com que as pessoas ajam em consonância com a lei e com o que rege os princípios fundamentais do direito. E traz como consequência, quando ocorre a violação dos direitos na prática do ato ilícito, a obrigação de reparação dos danos gerados.

Na esfera do direito individual a reparação do dano moral sempre foi objeto de muita discussão e atualmente surge a possibilidade de identificação e reparação do dano moral coletivo. Para se compreender acertadamente o dano moral coletivo faz-se necessário a vinculação dos direitos metaindividuais e aos seus instrumentos de tutela.

A contemporaneidade do tema despertou o interesse de escrever á respeito da responsabilidade civil, demonstrando sua importância e as situações em que se pode configurar como violação a um direito coletivo e como comporta reparação dentro dessa nova concepção.

O presente trabalho, num primeiro momento, no primeiro capítulo, aborda de maneira breve o dano moral de forma geral. Logo após tem a intenção de caracterizar o dano moral coletivo, como pode ser visto no segundo capítulo. Nesse capítulo observa-se, além de outras questões, a evolução e caracterização dos direitos coletivos, os elementos do dano moral coletivo e como o mesmo não está amparado apenas no campo teórico, mas também no sistema legal, com fundamentos normativos. Pode-se notar, também, no referido capítulo a abordagem do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do dano moral coletivo.

Alguns autores relacionam o dano moral com a alteração no estado anímico, psicológico ou espiritual do indivíduo que sofreu o dano, já outros relacionam com a

violação a direitos subjetivos da personalidade. Finalmente, há uma corrente doutrinária que o correlaciona com a lesão a qualquer dos aspectos componentes da dignidade da pessoa humana.

A Carta Magna de 1988, ao amparar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, em seu artigo 1º, inciso III, promoveu um verdadeiro divisor de águas, pois alterou o foco da responsabilidade civil, mudando-o para a vítima, separando-se do entendimento clássico voltado para a conduta dolosa ou culposa do agente. (MORAES, 2009, p. 29)

Ao apregoar o ressarcimento à vítima, a Constituição está promovendo ampla indenização dos danos, inclusive dos denominados novos danos - dano à vida sexual, dano de nascimento indesejado, dano de férias arruinadas, dano de *mobbing*, dano de processo lento, dano à tranquilidade pessoal e outros. (SCHREIBER, 2013c, p.4)

Já o terceiro capítulo traz a previsão jurisprudencial do dano moral coletivo, além da forma de tutela por instrumentos processuais próprios, indicando assim, que a matéria não se restringe apenas ao campo teórico ou doutrinário, mas que vem alcançando de forma concreta a efetividade nas Cortes brasileiras.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DANO

De forma bastante simples, pode-se dizer que o prejuízo causado a alguém por outrem gera a obrigação de reparação, e essa obrigação é chamada pelo Direito de responsabilidade civil e os prejuízos são chamados de danos. O dano, desse modo, é uma lesão a um bem do sujeito, podendo esse ser patrimonial ou moral.

No entanto, ensina Orlando Gomes:

Nem todas as pessoas que causam prejuízos a outrem estão obrigadas a indenizá-lo. Nem todo dano deve ser ressarcido. É preciso saber, pois, em que circunstâncias nasce a obrigação de reparar o dano causado e que prejuízos são indenizáveis. (GOMES, 2000. P. 277)

Dessa forma, a doutrina majoritária ponderou alguns requisitos indispensáveis para constatar o dano indenizável.

O dano deve ser certo quanto á existência, não pode ser imaginado, hipotético ou meramente eventual. Deve ser determinado, ou pelo menos, determinável.

O dano deve existir no momento que estiver sendo exigido em juízo, não se pode cogitar reparação se o dano já foi reparado espontaneamente pelo ofensor.

A lesão deve ser consequência efetiva do ato produzido, ou seja, relevante somente á diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral.

Em princípio, a pessoa prejudicada tem legitimidade para exigir a indenização. No entanto, a legitimidade não se estende àquelas pessoas que sofreram prejuízo indireto ou de modo reflexo. Assim, somente a pessoa diretamente prejudicada possui legitimidade para pleitear indenização, como também, no caso de falecimento da vítima os dependentes econômicos do *de cuius* têm legitimidade para pleitear indenização.

Os danos, regra geral, são classificados em patrimoniais (materiais) e não patrimoniais, situando-se nesta última categoria os danos morais.

O dano material ou patrimonial ocorre quando a vítima é atingida em seu patrimônio material. Pode-se dividi-lo em danos emergentes e lucros cessantes. Os danos emergentes são os prejuízos sofridos por conta da lesão. É o estrago econômico

imediatamente resultado do fato. Os lucros cessantes são os valores que a vítima deixou de ganhar devido à lesão. (TADESCO, 2015)

A Constituição Federal garante a todo ser humano o direito à dignidade da pessoa humana, que é o respeito à existência e essência do indivíduo. A dignidade compreende quatro direitos: à liberdade, à igualdade, à solidariedade e à integridade psíquica e física. (MAIA, 2016)

O prejuízo à dignidade é o que se chama de dano moral. Assim, dano moral é uma lesão à dignidade humana, é o desrespeito ao cidadão em seus atributos essenciais, e isso causa dor, sofrimento, humilhação, angústia ou mágoa. (MELO, 2013)

Quando se fala em danos patrimoniais, fala-se em indenização ou ressarcimento.

Indenizar é o mesmo que eliminar o dano, retornar ao estado anterior ao fato causador da lesão, como se nada tivesse ocorrido.

No entanto, não se pode dizer o mesmo do dano moral, este não pode ser eliminado, por isso tecnicamente falando não se pode falar em ressarcimento ou indenização, já que não há coisa alguma que dê à vítima a sensação de que o dano jamais tivesse ocorrido, levando-a ao momento anterior ao fato. A dignidade da pessoa humana não tem preço, traduzida em valores. (MAIA, 2016)

A solução encontrada foi compensar o dano moral sofrido para que se dê um pouco de conforto à pessoa prejudicada, isso ocorre através de valor traduzido em reais. Não trazendo a vítima à situação anterior ao dano, mas podendo amenizar, de alguma forma, seu sofrimento. Fala-se, portanto, tecnicamente, em compensação ou satisfação do dano moral. (SANTOS, 2012)

O termo reparação pode ser usado tanto para os danos patrimoniais quanto para os morais.

No entendimento de Sérgio Cavalieri Filho, o dano, é sem dúvida, o grande vilão no julgamento da reparação cível. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. (CAVALIERI FILHO, 2002, p.79)

Em sentido comum, dano significa:

sm (lat damnu) 1 Mal ou ofensa que se faz a outrem. 2 *Dir* Ofensa ou diminuição do patrimônio moral ou material de alguém: "Dano, em sentido amplo, é toda diminuição dos bens jurídicos da pessoa" (Clóvis Beviláqua). 3 Defeito devido a causas de ordem natural ou intrínseca que afeta a qualidade de um produto, quanto a sua cor, consistência ou sabor. 4 Estrago. 5 Perda. D. emergente, *Dir*: o que resulta da falta de cumprimento de um contrato. (Verbetes Dano. *Dicionário de Português on line Michaelis-UOL*. Acesso em: 13 mai.2017)

No entanto, para que ocorra o dever de indenizar não bastam, portanto, um ato ou conduta ilícita e nexos causal; é necessário que tenha havido decorrente repercussão patrimonial negativa no acervo de bens de quem reclama.

Juridicamente, o termo “dano”, segundo Hans Albrecht Fischer, citado por Valéria Silva Galdino Cardin (CARDIN, 2012, p. 22), tem origem no latim – *damnum*, e “consiste na lesão (diminuição ou destruição) que, devido a certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”.

Para Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, 2012)

enquanto o conceito clássico de dano é o de que constitui ele uma ‘diminuição do patrimônio’, alguns autores o definem como a diminuição ou subtração de um ‘bem jurídico’, para abranger não só o patrimônio, mas a honra, a saúde, a vida, suscetíveis de proteção.

Para melhor compreensão do significado desse instituto, observemos a definição adotada pelo brilhante Professor Álvaro Villaça Azevedo (VILLAÇA, 1998 – p. 238)

(...) A palavra dano tem extensão ilimitada de sentido, representando o resultado de qualquer espécie de lesão (moral, religiosa, econômica, política etc); entretanto, no prisma jurídico, o dano circunscreve-se a detrimência econômica ou moral.

Toda vez que alguém sofrer uma diminuição no seu patrimônio estará experimentando um prejuízo material, sofrendo um dano, que, para existir, juridicamente, no Direito brasileiro, deve representar uma redução no acervo dos bens materiais.

Por outro lado, esse dano pode ser moral, quando a pessoa vitimada por ato ilícito de outrem experimenta uma dor considerável, com ou sem perda patrimonial.

Por sua vez, o renomado jurista e professor Caio Mario da Silva Pereira afirma que “no dano é ressarcível o prejuízo sofrido pela vítima, e tanto é reparável quando implica na diminuição ou não incremento do patrimônio (dano patrimonial), quanto na hipótese em que este não é afetado, direta ou indiretamente (dano moral) (PEREIRA, 1988, P.235-243).

Corroborando com tal entendimento, cumpre trazer à baila a definição utilizada pela ilustre Professora Maria Helena Diniz (DINIZ, 1999, P.55) vejamos:

O dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo. Só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar, sendo imprescindível a prova real e concreta dessa lesão.

Para que haja pagamento da indenização pleiteada é necessário comprovar a ocorrência de um dano patrimonial ou moral, fundados não na índole dos direitos subjetivos afetados, mas nos efeitos da lesão jurídica.

O estudo do dano moral será mais aprofundado nos próximos itens.

2.1 DO DANO MORAL

O dano moral é aquele que atinge o ser humano em seus valores mais íntimos, causando-lhe lesões em seu patrimônio imaterial. Ou seja, consiste em lesões de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário.

Beatriz Della Giustina ressalva que:

(...) a diferença entre o dano moral e o dano patrimonial tem sido constatada sobretudo a partir da chamada teoria do reflexo, isto é, toma-se por base não o ato lesivo, em si mesmo, mas a esfera jurídica da pessoa, econômica ou físico-psíquica, em que a lesão se reflete. De fato, a lesão danosa à moral é a sofrida em consequência de uma ofensa injusta, de um ato ilícito. Isto, porém, sem repercussão no patrimônio do lesado. À vista disso, quando houver prejuízo que repercute no patrimônio do lesado, acarretando pelo mesmo ato ilícito, tem-se dano material, e não moral. (GIUSTINA, 1996. P. 04)

Cumpre observar que, por meio da Súmula 37, o Supremo Tribunal de Justiça pacificou o entendimento segundo o qual “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

Para o direito pátrio, para que se indenize se faz necessário que os direitos da personalidade sejam agredidos, com ou sem perda material.

Há diversas correntes a respeito da natureza da indenização do dano moral. Umam defendem que esta seria compensatória (ressarcimento às vítimas pelos danos passados), outras assinalam uma natureza punitiva (repressão do opressor pelos seus atos), e algumas, ainda, acreditam que seria de natureza mista, acumulando os dois papéis.

O autor Luís Ricardo Fernandes de Carvalho apresenta os danos morais como qualquer tormento sofrido pelo ser humano, ou seja, todo martírio, agonia, desassossego, inquietação, etc. Sendo, para o autor, “qualquer alteração no estado de espírito que cause um sofrimento de perda do bem-estar, da dignidade” (CARVALHO, n.17, jan./mar., 2004).

Segundo o mesmo autor, não se pode considerar todo tormento humano dano moral. O sentimento tem que ser tamanho que cause ao indivíduo uma mágoa além da sofrida pelo homem comum, pois o indivíduo em sociedade está sujeito a diversas mágoas que fazem parte da convivência humana, que mesmo sendo incômodo não são necessariamente indenizáveis.

Silvio de Salvo Venosa defende que o dano moral abrange também e principalmente os direitos da personalidade em geral, não há que se identificar o dano moral exclusivamente como a dor física e psíquica. Apresentando como moral o dano que ocasionar um distúrbio anormal na vida do indivíduo; uma inconveniência de comportamento ou um desconforto comportamental a ser examinado a cada caso. (VENOSA, 2005)

Doutrinadores como Araken de Assis limitam os danos morais àqueles que decorrem da violação dos direitos da personalidade, afirmando que este se dá quando o ilícito afeta bens relacionados com a personalidade (ASSIS, RT 759,1999).

Contudo, considerar os danos extrapatrimoniais como as ofensas aos direitos da personalidade representa a diminuição do seu alcance, diz Sérgio Severo. Apresentando este como a lesão de um interesse sem expressão econômica, em contraposição ao dano patrimonial, e que não justificaria a sua definição substancial,

pois tal concepção constituiria uma limitação desnecessária ao instituto (SEVERO, 1996).

Ainda deve-se lembrar do conceito de dano moral apresentado por R. Limangi França, no sentido de ser “aquele que, direta ou indiretamente, a pessoa, física ou jurídica, bem assim a coletividade, sofre no aspecto não econômico dos seus bens jurídicos (FRANÇA, RT 631,1988).

Desta maneira, ainda que, a doutrina caminhe para determinar os danos morais decorrentes de lesão de direitos da personalidade, se faz mais lógico definir que os bens jurídicos que estão em jogo são os imateriais, que são os que não estão abarcados pelos danos materiais. Entretanto, resta maior dificuldade para determinar seus contornos.

A expressão dano moral significa ressarcível o prejuízo sofrido pela vítima, e tanto é reparável quanto implica na diminuição ou não incremento patrimonial (dano patrimonial), quanto na hipótese em que este é afetado, direta ou indiretamente (dano moral).

O professor Orlando Gomes acredita que o dano moral corresponde ao constrangimento que alguém experimenta em consequência de lesão em direito personalíssimo, ilícitamente produzida por outrem. Os bens jurídicos considerados objeto dos direitos personalíssimos enumeram-se a vida, a liberdade, a saúde e a honra, assim como o direito ao nome, a própria imagem, ao crédito comercial.

O autor (GOMES, 1998, pp. 36-50) cita ainda outras espécies de dano como dano concreto ou real e matemático, dano direto e indireto, dano material e imaterial e dano por inadimplemento e por frustração de confiança.

Por algum tempo se defendeu que tal ofensa não poderia ser imputada contra pessoa jurídica. Observa-se isso no conceito de Sérgio Cavalieri Filho:

A reparabilidade do dano moral causado à pessoa jurídica ainda apresenta alguma perplexidade e sofre forte resistência de parte da doutrina e jurisprudência apegadas à noção de que a honra é bem personalíssimo, exclusivo do ser humano, não sendo possível reconhecê-la na pessoa jurídica. Concorre também para a resistência a ideia de que o dano moral é sinônimo de dor, sofrimento, tristeza etc.(CAVALIERI FILHO, 2010, p. 96)

Contudo, ao longo do tempo foi-se firmando o entendimento de que as pessoas jurídicas também são possuidoras de um patrimônio imaterial, sobretudo no que tange à seu nome e imagem perante o mercado, sendo que o próprio Código Civil espanca qualquer dúvida ao estabelecer no Art. 52 que “aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos de personalidade”. Também no âmbito dos tribunais, a matéria restou pacificada como enunciado sumular n. 227 da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

Carlos Roberto Gonçalves em sua obra ainda conceitua:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação (GONÇALVES, 2008, p. 359).

Buscando um sentido mais fidedigno para a expressão dano, deve-se libertar de conceitos dogmáticos que foram construídos ao longo da história da palavra dano, para compreender, com exatidão, o sentido mais extenso de sua reparação, ou seja, o entendimento de que o termo dano, em sentido mais amplo, vem a ser a lesão de qualquer bem jurídico, e aí se inclui o dano moral. (ALVIM, 1972)

De modo análogo o apresenta Silvio de Salvo Venosa:

Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima (...) o dano moral abrange também os direitos de personalidade, direito à imagem, ao nome, à privacidade, ao próprio corpo etc. Por essas premissas, não há que se identificar o dano moral com a dor física ou psíquica. Será moral o dano que ocasiona um distúrbio anormal na vida de um indivíduo; uma inconveniência de comportamento ou, como definimos, um desconforto comportamental a ser examinado em cada caso. (VENOSA, 2003, p. 33/34).

Semelhante é lição de Inocêncio Galvão Telles:

Há a ofensa de bens de caráter imaterial - desprovidos de conteúdo econômico, insusceptíveis verdadeiramente de avaliação em dinheiro. São bens como a integridade física, a saúde, a correção estética, a liberdade, a reputação. A ofensa objectiva desses bens tem, em regra, um reflexo subjectivo na vítima, traduzido na dor ou sofrimento, de natureza física ou de natureza moral". "Violam-se direitos ou interesses materiais, como se se

pratica uma lesão corporal ou um atentado à honra: em primeira linha causam-se danos não patrimoniais, v.g., os ferimentos ou a diminuição da reputação, mas em segunda linha podem também causar-se danos patrimoniais, v.g., as despesas de tratamento ou a perda de emprego (TELLES, p. 375)

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2012, p. 189,1 (formato *epub*), embora discordem da expressão denominativa do instituto acreditam que seria mais adequado usar a expressão dano imaterial ou dano extrapatrimonial), o dano moral pode ser conceituado como:

a lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

Entretanto, como adverte Valéria Silva Galdino Cardin (CARDIN, p. 26,8 (formato *epub*)), há diversas correntes doutrinárias acerca da definição do dano moral, não sendo ponto pacífico na doutrina sua conceituação. Duas delas se destacam, a que se fundamenta nos efeitos da ofensa e a que se baseia na natureza do direito subjetivo violado.

Para a primeira corrente de pensadores o caráter patrimonial ou moral do dano não deriva da natureza do direito subjetivo atingido, mas precisamente dos efeitos da lesão jurídica. Em sua defesa alega que o ataque a um bem jurídico de valor econômico pode resultar uma perda inestimável pecuniariamente e, por outro lado, da ofensa a um direito subjetivo extrapatrimonial podem resultar prejuízos materiais. Pode acontecer, inclusive, que da violação de direito subjetivo, seja qual for sua índole, resultem concomitantemente prejuízos de ordem moral e danos de natureza patrimonial.

Já a segunda destaca que o dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direito e não a própria lesão abstratamente considerada. Argumenta que os danos morais são lesões sofridas pelas pessoas, tanto físicas quanto jurídicas, em certos aspectos de sua personalidade, em razão de investidas injustas de outrem. Atingem a moralidade e a afetividade da pessoa, causando-lhe constrangimentos, vexames, dores, enfim, sentimentos e sensações negativas. Pela sua natureza, contrapõem-se aos danos materiais, que são prejuízos suportados no âmbito patrimonial do lesado, daí concluindo que o dano moral consiste na lesão sofrida pela pessoa física em seu foro íntimo, provocado por outrem, o que se estende, em certos aspectos, à pessoa jurídica também.

Apesar da divergência, mais recentemente, é possível apontar uma tendência na formulação do conceito de dano moral, resumida por Flávio Tartuce (TARTUCE, 2008):

o dano moral [é] uma lesão aos direitos da personalidade – arts. 11 a 21 do CC – [e] para a sua reparação não se requer a determinação de um preço para a dor ou o sofrimento, mas sim um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial, o que traz o conceito de lenitivo, derivativo ou sucedâneo, utilizando-se a expressão reparação e não ressarcimento quanto aos danos morais.

O dano moral, portanto, é o resultado de golpe desfechado contra a esfera psíquica ou a moral, em se tratando de pessoa física. A agressão fere a pessoa no mundo interior do psiquismo, traduzindo-se por reações desagradáveis, desconfortáveis ou constrangedoras, bem como trazendo à tona o fato de que o homem é dividido em corpo e espírito consoantes as brilhantes lições do eminente LUIZ DA CUNHA GONÇALVES:

É que o homem - digam o que quiserem os materialistas, - não é só matéria viva; é corpo e espírito. A personalidade física é, apenas, o instrumento da personalidade moral. O corpo é, por assim dizer, a máquina, o aparelho transmissor da actividade do ser, dotado de inteligência, vontade, sensibilidade, energia, aspirações, sentimentos. Não pode, por isso, duvidar-se de que o homem possui bens espirituais ou morais, que lhe são preciosos e queridos, tanto ou mais do que os bens materiais. Estes bens são, sem dúvida, complemento daqueles; pois fornecem meios, não somente para se obter duração, saúde e bem-estar físicos ou do corpo, mas também para se alcançar a saúde e o bem-estar morais ou do espírito, mediante alegrias, prazeres, doçuras afetivas, distrações, confortos, leituras, espetáculos naturais e artificiais, viagens, encantos da vida. (Tratado de Direito Civil, 1957, v. XII, t. II, p. 537; grifado no original.)

Atualmente aceito tranquilamente pela doutrina, pela legislação e pela jurisprudência dos povos cultos (entre nós, inclusive pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, V e X), o dano moral encontrou grandes resistências para impor-se, chegando a ser mesmo negado por célebres autores, (SILVA, 1955, pp. 11 e ss.) que partiam de basicamente dois argumentos falaciosos: a) a dor não admite compensação pecuniária; b) não é possível avaliar o dano moral (*pretium doloris*). (GOMES cit., p. 332, BREBBIA, 1950, pp. 99 e ss., CAHALI, 1980, p. 11).

Decididamente suplantados os mencionados argumentos, passou-se à construção da teoria dos danos morais, cujos contornos recentes são bem resumidos por CARLOS ALBERTO BITTAR: "Em consonância com essas noções, observa-se que a responsabilização do agente se realiza pelo simples fato da violação de direitos da personalidade do lesado (*damnum in re ipsa*).

Os danos em tela são perceptíveis pelo senso comum, porque interferem com a natureza humana, cumprindo a respectiva identificação, em concreto, ao juiz, a quem compete fixar a reparação cabível, que pode ser pecuniária, de regra, e não pecuniária, ou de ambas as naturezas. Confere-se ao prudente arbítrio do juiz essa missão, influenciando-se seu trabalho por certos fatores admitidos, principalmente na doutrina e na jurisprudência, relacionados ao caso concreto, como a gravidade da lesão, a posição das partes e sua situação econômica, alguns previstos por expresso em leis. A par disso, certas leis traçam critérios identificadores da indenização cabível, auxiliando a tarefa do magistrado, acompanhados, ademais, pela ação da doutrina e da jurisprudência, formando-se ora acervo considerável, que vem sendo utilizado nos casos submetidos aos tribunais. Admitem-se novas formas de reparação, não pecuniárias, ganhando relevo, atualmente, o sancionamento através de prestação de serviços à coletividade, que, nascido na área penal, vem estendendo-se a questões de cunho civil. Na reparação pecuniária, prospera, ademais, a tese da exacerbação da indenização devida, em razão do vulto do direito atingido, assumindo aquela a força inibidora de que necessita (punitive damages), para permitir que se alcance efetivo sancionamento do lesante e desestímulo à sociedade para novas investidas do gênero. Vem-se admitindo, por fim, a cumulação entre as reparações por danos morais e por danos patrimoniais, possibilitando-se, assim, ao lesado a satisfação, em um só processo, dos interesses lesados pelo mesmo fato gerador".

Podem, pois, ser traçados os limites da teoria do dano moral, em sua configuração mais recente, com base nos seguintes elementos:

- a) responsabilização pelo simples fato da violação;
- b) outorga ao juiz de poderes para a definição da reparação cabível;
- c) acolhimento de certos fatores como de relevo na determinação da reparação;
- d) admissão de novas formas de reparação;
- e) fixação de valor de desestímulo como reparação pecuniária;
- f) submissão do agente à prestação de serviços na reparação não pecuniária;
- g) cumulatividade das reparações por danos morais e patrimoniais.

Seguindo a introdução de Rodrigo Mendes Delgado (DELGADO, p.109-110), pode-se dizer que,

num primeiro momento, deduziu-se, pela prática, que o dano moral representava aquela categoria de lesões que não atingiam o patrimônio material do indivíduo, daí a dificuldade de sua aceitação. Afinal, não se podia 'ver' o dano. Mas ele existia. O fato de não se poder ver algo, não significa, necessariamente, que ele não exista. Assim como não se pode ver o vento ou a alma humana, que nem por isso deixam de existir. Por muito tempo a mazela perdurou. (...) Somente após muito tempo, após muitos erros e até injustiças, os meios jurídicos, representados pela jurisprudência, aceitaram a

existência do dano moral. Este seria a categoria de lesões e danos que a pessoa sofre em seu patrimônio ideal, em sua psique, em seu ânimo. Não se exterioriza materialmente, mas existe, e pode ser perfeitamente detectado em muitos casos.

Tanto a aceitação da existência do dano moral quanto o reconhecimento do dever de indenizar, ocorreram apenas após longo e árduo período da nossa história, já que havia muitos opositores com inúmeras objeções. No entanto a essência do dano moral se fez imprescindível para atender as necessidades infligidas pelo mundo jurídico, que não poderia permanecer insensível á realidade.

Contudo, se a existência do dano moral, recentemente, é inquestionável, não se pode dizer o mesmo de seu conceito e dimensão, havendo hesitações na jurisprudência e doutrina em relação ao reconhecimento das situações em que essa espécie de dano se configura (JOLIVET, 1979, p.348-349; ACQUAVIVA, 1994, p.4-5)

Em relação a esse instituto (do dano moral), a questão que se instala atualmente não é mais a de saber se ele é ou não indenizável, nem, ainda, se pode ou não ser cumulado com o dano patrimonial, mas sim o que venha a ser o próprio dano moral. (SANTOS, 2003)

Com o intuito de conceituar o instituto do dano moral, surgiram correntes doutrinárias, trazendo à baila inúmeras definições. Algumas se contentam com a descrição genérica de simples negação do patrimônio físico, econômico ou patrimonial da pessoa, o conceito negativo; outras, as chamadas de conceito positivo, caracteriza o dano moral de acordo com as consequências negativas que determinada conduta provoca no estado anímico, psicológico ou espiritual do indivíduo lesionado; outros ainda associam o dano moral à lesão dos direitos da personalidade; e há, além disso, aqueles que correlacionam à tutela do dano moral com a violação da dignidade humana. (LIMA, 2016)

Na realidade não existe uma definição única, vinda de um acordo comum, que individualize o dano moral com precisão, tendo uma variedade de autores o definindo na forma que julga mais adequada, conseqüentemente o Poder Judiciário se mostra vacilante no reconhecimento das situações em que se configura essa espécie de dano. (PERES, 2006)

Para ilustrar o alegado, basta fazer uma análise dos acórdãos mais recentes prolatados pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região. É possível encontrar acórdãos que condicionam a caracterização do dano moral às consequências negativas que determinada conduta provoca no indivíduo lesionado; outros, associam o dano moral à lesão dos direitos da personalidade; e ainda há aqueles que correlacionam a tutela do dano moral com a violação da dignidade humana. Transcrevam-se, por oportuno, os seguintes trechos (LIMA, 2016):

(...) 6. Para se caracterizar o dano moral é preciso estar-se diante de situação que exorbite o patamar do socialmente aceitável. Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar, o que não restou caracterizado.

(...) 3. Inexistente nos autos a comprovação de um dano moral indenizável, pois não houve violação a direito de personalidade do autor, consistente em humilhação, constrangimento ou abalo de tal modo grave que pudesse ensejar a reparação pretendida, baseando-se tal pleito, na hipótese em comento, na demora da União em examinar, na via administrativa, seu pedido de pagamento dos custos de transporte e de bagagem após o licenciamento ex officio do serviço ativo, deve-se excluir da condenação o pagamento de indenização a tal título. 4. Apelação e remessa oficial parcialmente providas

6. O desconforto causado pelo não pagamento de benefício previdenciário, em regra, não enseja indenização por dano moral, já que se trata de questão meramente patrimonial. Na hipótese, o autor não comprovou que a falta do benefício lhe tenha causado vexame social ou sofrimento tal capazes de caracterizar dano moral indenizável

6. O anúncio da redução da remuneração com a imposição de devolução de valores não configurado o dano moral, pois nas circunstâncias sequer restou demonstrado que o quadro fático sequer exacerba o campo pessoal com projeção externa sob intensa interferência na vida capaz de causar aflição, angústia, humilhação, vexame, dor, não discrepando da jurisprudência do STJ: (...)

(...) V. Ausência de comprovação de danos morais, já que no caso concreto não demonstra a autora violação de direitos da personalidade. (...)

(...) II - Na espécie dos autos, houve incontroversa falha na prestação de serviços bancários, consubstanciada no saque indevido de parcela de seguro-desemprego " data-type="category">seguro desemprego, por terceira pessoa, em local diverso do domicílio da beneficiária, montante que só foi restituído após o transcurso de mais de dois anos, redundando em verdadeira violação de direitos da personalidade, o que caracteriza o dano moral passível de reparação. (...)

(...) 3. O dano moral só se caracteriza se configurado violação a direito de personalidade da vítima, situação incorrente no caso.(...)

(...) o dano moral, para ser indenizável, exige que a pessoa seja atingida em sua dignidade, afetando valores como honra, reputação, personalidade, intimidade, privacidade etc., o que não se verifica no caso. (...) VII. Sob uma nova perspectiva constitucional: "Qualquer agressão à dignidade pessoal lesiona a honra, constitui dano moral e é por isso indenizável. (Ap. Cível

40.541, rel. Dês. Xavier Vieira, in ADCOAS 144.719). Nessa perspectiva, o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade. Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser consequências, e não causas. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, a reação psíquica da vítima só pode ser considerada dano moral quando tiver por causa uma agressão à sua dignidade. (...) a dignidade é o fundamento central dos direitos humanos, devendo ser protegida e, quando violada, sujeita à devida reparação. (SERVIO CAVALIERI FILHO, em Programa de Responsabilidade Civil, 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, Págs. 82/83). Precedentes deste TRF1 (...).”

(...) V - O dano moral decorrente de prisão indevida é presumível, uma vez que afeta o direito à liberdade e o princípio da dignidade da pessoa humana, institutos norteadores da ordem constitucional vigente. (...)

Desta forma, denota-se que, nos últimos anos, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região acolheu as mais diversas classificações relacionadas ao dano moral.

A falta de alinhamento técnico na definição do dano moral gera uma ausência de uniformidade no conceito desse instituto, que por sua vez provoca injustiças e incertezas: sendo o que para uns é grave dano moral, para outros não passa de mero dissabor.

Aliás, a identificação do dano moral, na prática forense, tem revelado possuir alta carga de subjetividade e certo toque de intuição.

A respeito da falta de rigor científico na definição do dano moral, é propício trazer à baila importante reflexão apresentada por Maria Celina Bodin de Moraes:

O fato é que a reparação dos danos morais não pode mais operar, como vem ocorrendo, no nível do senso comum. Sua importância no mundo atual exige que se busque alcançar um determinado grau de tecnicidade, do ponto de vista da ciência do direito, contribuindo-se para edificar uma categoria teórica que seja elaborada o suficiente para demarcar as numerosas especificidades do instituto. A ausência de rigor científico e objetividade na conceituação do dano moral têm gerado obstáculos ao adequado desenvolvimento da responsabilidade civil além de perpetrar, cotidianamente, graves injustiças e incertezas aos jurisdicionados. O ressarcimento do dano moral deve ser tratado com maior seriedade, tanto científica quanto metodológica, visto que séria também é a exigência de proteger eficazmente a pessoa humana e seus direitos fundamentais. Torna-se urgente, pois, identificar, especialmente no que tange às hipóteses de dano moral, que interesses, sob a perspectiva civil constitucional, são merecedores de tutela a ponto de sua violação completar os requisitos da tutela ressarcitória. (MORAES, 2016, p. 244.)

Neste enredo, observa-se que a uniformização do conceito de dano moral não é uma possibilidade imediata. Grande parte da doutrina jurídica especializada não aprofunda o estudo deste assunto em seus trabalhos. Esta, porém, é uma realidade que precisa ser mudada, apenas após a uniformização conceitual do dano moral, pode-se construir uma Jurisprudência segura a respeito do tema, trazendo maior segurança aos operadores do Direito e às partes envolvidas nos litígios.

Mais recentemente veio à luz outra questão, a de saber se é possível o sofrimento de dano moral não por uma pessoa, física ou jurídica, mas pela própria coletividade. Acreditando fortemente que também a comunidade, considerada como grupo, sofre os efeitos de um dano extrapatrimonial, e tomando-se por base processual a nova disciplina processual civil focada na efetiva proteção coletiva (Fala-se hoje na existência de um microsistema de tutela coletiva, onde alguns diplomas legislativos coordenados (Código de Defesa do Consumidor, Lei de Improbidade, Lei da Ação Popular, Lei da Ação Civil Pública, dentre outras) servem de base processual para uma efetiva proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos), doutrina e jurisprudência têm admitido a configuração dessa nova subespécie de dano moral.

Os causadores do um dano moral coletivo seriam as ações de dano ambiental (lesão ao equilíbrio ecológico, à qualidade de vida e à saúde da coletividade), desrespeito aos direitos do consumidor (como por exemplo, através da publicidade abusiva), vilipêndio ao patrimônio histórico e artístico, violação à honra de determinada comunidade considerada em seu conjunto (negra, judaica, japonesa, indígena etc.) e até fraude a licitações. Esse tópico será discutido mais profundamente adiante.

3. DO DANO MORAL COLETIVO

O autor Xisto Tiago de Medeiros Neto aponta para necessidade de reconhecimento dos danos morais coletivos em face da ampliação dos danos passíveis de ressarcimento:

A ampliação dos danos passíveis de ressarcimento reflete-se destacadamente na abrangência da obrigação de reparar quaisquer lesões de índole extrapatrimonial, em especial as de natureza coletiva, aspecto que corresponde ao anseio justo, legítimo e necessário apresentado pela sociedade de nossos dias. Atualmente, tornaram-se necessárias e significativas para a ordem e a harmonia social a reação e a resposta do Direito em face de situações em que determinadas condutas vêm a configurar lesão a interesses: juridicamente protegidos, de caráter extrapatrimonial, titularizados por uma

determinada coletividade. Ou seja, adquiriu expressivo relevo jurídico, no âmbito da responsabilidade civil, a reparação do dano moral coletivo (em sentido lato) (MEDEIROS NETO, 2004, p. 134.).

O dano moral coletivo é assim definido por Carlos Alberto Bittar Filho (BITTAR FILHO):

(...) O 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. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*).

Luminosas também são as observações de André de Carvalho Ramos sobre a efetiva configuração do dano moral coletivo nos dias correntes:

(...) é preciso sempre enfatizar o imenso dano moral coletivo causado pelas agressões aos interesses transindividuais. Afeta-se a boa-imagem da proteção legal a estes direitos e afeta-se a tranqüilidade do cidadão, que se vê em verdadeira selva, onde a lei do mais forte impera. (...) Tal intranqüilidade e sentimento de despreço gerado pelos danos coletivos, justamente por serem indivisíveis, acarretam lesão moral que também deve ser reparada coletivamente. Ou será que alguém duvida que o cidadão brasileiro, a cada notícia de lesão a seus direitos não se vê desprestigiado e ofendido no seu sentimento de pertencer a uma comunidade séria, onde as leis são cumpridas? A expressão popular 'o Brasil é assim mesmo' deveria sensibilizar todos os operadores do Direito sobre a urgência na reparação do dano moral coletivo (RAMOS, 1998. p. 80-98.)

A maioria das exposições sobre o dano moral, até agora, se referem à pessoa física, ao homem, ao indivíduo. Mas o Direito vem passando por profundas transformações, que podem ser resumida pela palavra "socialização". Efetivamente, o Direito como um todo - e o Direito Civil não tem sido uma exceção - está sofrendo, ao longo do presente século, profundas e lentas mudanças, sob o impacto da evolução da tecnologia em geral e das alterações constantes havidas no tecido social (ZAHAR, 1974, pp. 55 e 56).

Essas mudanças conduzem o Direito à importância clara e evidente do coletivo sobre o individual. E os reflexos dessas mudanças estão sendo sentidos na

teoria do dano moral, dando origem á nova figura do dano moral coletivo, objeto específico do presente estudo.

3.1 EVOLUÇÃO E CARACTERIZAÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS

O surgimento dos direitos de segunda geração ocorrera devido á evolução das relações jurídicas, o que Norberto Bobbio chamou de “direitos sociais”, como ‘a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem do poder público a proteção do trabalho contra o desemprego, a assistência a invalidez e a velhice’. (BOBBIO,1992,pág. 5.)

A Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de 1919 são exemplos típicos do movimento constitucionalista do Estado social, surgindo daí, as garantias acima citadas. Nessas constituições, o Estado não apenas limitava descrever os direitos individuais, mas assegurar tanto os direitos sociais como os sociais.

No dizer de MÁRCIO FLÁVIO MAFRA LEAL, os direitos “de 2ª geração são os direitos sociais que incumbiam ao Estado algumas tarefas de prover garantias materiais mínimas (educação, saúde, proteção ao trabalhador)”. (LEAL,1998, pág. 101.)

O segundo estágio na evolução dos direitos é alcançado com a concepção do Estado social de direito, no entanto ainda não é suficiente, apesar do avanço e das transformações advindas desse estágio.

Com esta evolução surge outra etapa que é a terceira geração, são os direitos ditos difusos que para MARCIO FLÁVIO MAFRA LEAL “emergiram na virada da década de 50 ou 60, representados por mulheres e negros norte-americanos e, com menor escala política, na época, por ambientalistas e consumeristas”. (LEAL, 1998, pág. 98.)

NORBERTO BOBBIO afirma que “ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que

efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído”. (BOBBIO, 1992. pág. 6.)

Embora Bobbio tenha insegurança e desconfiança dessa nova geração de direitos, ele já entrevia essa modalidade de direito, sendo sua perspectiva consumada com o tempo.

Nessa evolução dos direitos surge junto com os direitos individuais, os coletivos, que com o passar do tempo foram identificados e subdivididos em difusos e coletivos, em sentido estrito.

Os direitos difusos são entendidos como transindividuais, representando um interesse geral, não se sabendo quem são os titulares, não tem como identificar o titular individualmente, fazer a divisão do bem e quantificar valores suficientes que possa restaurar ou restabelecer esse bem. Porém é sabido que o bem ou interesse pertence a todos os membros de uma coletividade ou até de todo o globo terrestre.

Esse direito se distingue por suas características, totalmente do direito individual.

Já o direito coletivo *strictu sensu* é identificado pela ocorrência de uma pluralidade de sujeitos, individualidade de cada direito; quantificação e divisibilidade do direito; homogeneidade dos direitos com relação a todos os sujeitos; ter uma origem comum do ato ou fato.

No Brasil essa espécie de direito ficou reservada a outra categoria chamada de direitos individuais homogêneos.

O sistema brasileiro trata, legalmente, o direito coletivo *strictu sensu* de forma idêntica ao direito difuso, diferenciando apenas por está limitado a um grupo categoria ou classe, como se infere do inciso II, do parágrafo único do art. 81, do Código do Consumidor. Da mesma forma há pluralidade de sujeitos; impossibilidade de quantificar e individualizar o dano; organização em grupo, categoria e classe; há uma ligação desses interesses entre si ou com o adversário.

É o que se infere da Lei 8.078/90 que criou o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 81, parágrafo único, quando restaram classificados esses direitos em: difuso, coletivos e individuais homogêneos.

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

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

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

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Importante salientar que o direito individual homogêneo, em um primeiro momento, não teria distinção com os chamados individuais. A sua relevância para ser tratado como coletivo está na multiplicidade dos sujeitos em razoável quantidade e com isso evitar a pluralidade de ações com possibilidade de julgamentos divergentes; apresentar-se em determinadas circunstâncias em favor de titulares hipossuficientes, sem que estes pudessem ter acesso ao judiciário; ser hipótese da parcela individual representar pequena monta ou vantagem econômica, o que desvanece o titular a buscar em juízo esse direito de forma individual; ocorrência de desestímulos psicológicos, tais como alto custo do processo individual, acentuada burocracia, demora no Judiciário e dificuldades de entender o processo como um meio de tutelar direitos materiais, peculiaridades, que, aliadas a sua homogeneidade e surgirem de um único fato ou ato lesivo, levaram a se fazer incluir esses direitos como individuais homogêneos ou de massa. Com isso eles podem se enquadrar na categoria de direitos coletivos.

Esses direitos coletivos são protegidos pela ordem jurídica do Brasil da mesma forma que os direitos individuais, como nos mais diversos países civilizados do mundo atual. Especificamente com relação ao Brasil, podemos verificar na Constituição Federal, que o Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais – Capítulo I, “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”.

Ainda, no art. 127 e 129, da mesma Carta Magna, foi dado ao Ministério Público como auxiliar da Justiça, a legitimidade para proteger os direitos sociais e os direitos coletivos e difusos.

Na Argentina podemos extrair da afirmativa de FRANCISCO VERBIC, quando cita BIDART CAMPOS que “*Según sostienen diversos autores, la recepción de los derechos de incidencia colectiva em el art. 43 de la Const. Nacional presupone el reconocimiento paralelo de bienes colectivos o de incidencia colectiva sobre los cuales racaería ejercicio de aquéllos*”. (VERBIC, 2007, pág. 29.)

Tanto no Brasil como na Argentina, como expressão de norma constitucional há uma razoável segurança dos direitos coletivos, por isso susceptível de possível reparação.

3.2 ELEMENTOS DO DANO MORAL COLETIVO

Os elementos cogentes ao surgimento do dever de reparar o dano moral coletivo não conservam grandes diferenças em relação ao dano moral individual, quais sejam (SANTOS, MARQUES e FERNANDES, 2015):

- (a) a conduta ilícita (ação ou omissão) do agente, pessoa física ou jurídica;
- (b) ofensa significativa e insuportável a interesses extrapatrimoniais, compartilhados por uma determinada coletividade (comunidade, grupo, categoria ou classe de pessoas titulares de tais interesses protegidos pela ordem jurídica);
- (c) o nexo causal entre a conduta ofensiva e a lesão socialmente apreendida e repudiada.

Pela sistematização demonstrada acima uma eventual demanda de reparação por dano moral coletivo bastaria ao autor a comprovação da conduta antijurídica e do nexos de causalidade. Há alguns eventos injustos que trazem a presunção de causação de dano moral coletivo, como exemplos temos: (a) a veiculação de publicidade enganosa prejudicial aos consumidores; [...] destruição de bem ambiental, comprometendo o equilíbrio do sistema e gerando conseqüências nefastas ao bem-estar, à saúde ou à qualidade de vida da comunidade; [...] divulgação de informações ofensivas à honra, à imagem ou à consideração social de certas comunidades ou categorias de pessoas; [...] discriminação em relação ao gênero, à idade, à orientação sexual, à nacionalidade, às pessoas portadoras de deficiência e de enfermidades ou aos integrantes de determinada classe social, religião, etnia ou raça; [...] dilapidação e utilização indevida do patrimônio público, além da prática de atos de improbidade administrativa que, pela dimensão,

cause repercussão negativa à coletividade; [...] deterioração do patrimônio cultural da comunidade; [...].(MEDEIROS NETO, 2004, p. 270-271)

Portanto, a despeito do dano moral coletivo propriamente dito (sentimentos negativos, de desvalor, de descrédito, de profundo repúdio, etc., sofrido por determinado grupo de pessoas) temos a presunção “pelo próprio fato” do evento danoso, uma vez que sua comprovação não depende de prova, cabendo ao julgador avaliar e ponderar as circunstâncias de fato, como a gravidade da conduta, a sua repercussão social, a dimensão dos danos causados, e se o fato em análise reúne os requisitos e proporções necessárias ao reconhecimento do dano moral coletivo.

O dano moral coletivo é a injusta lesão no campo moral de uma 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 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. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação.

Ocorrido o dano moral coletivo, que tem um caráter extrapatrimonial por definição, surge automaticamente uma relação jurídica obrigacional que pode ser assim destrinchada (FILHO, 2009):

- a) sujeito ativo: a coletividade lesada (detentora do direito à reparação);
- b) sujeito passivo: o causador do dano (pessoa física, ou jurídica, ou então coletividade outra, que tem o dever de reparação);
- c) objeto: a reparação - que pode ser tanto pecuniária quanto não-pecuniária.

Sobre essa relação incide a teoria da responsabilidade civil.

3.3 RESPONSABILIDADES SUBJETIVA E OBJETIVA

A regra adotada pelo Código Civil é a teoria subjetiva, e como exceção, a objetiva. De acordo com a doutrina pátria, são quatro os elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão (conduta), culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima. (GONÇALVES, 2002, p.35.)

Demonstrada a culpa do agente quanto ao dano, surge a obrigação de reparar o prejuízo. Sergio Cavalieri Filho traz o conceito de dano como:

“[...] sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral. [...]” (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 71.)

As hipóteses de excludentes de responsabilidade podem ser subjetivas (caso fortuito e força maior - artigo 393 do Código Civil -, os atos praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido - artigo 188, inciso I, do Código Civil -) ou objetivas (culpa exclusiva da vítima, de terceiro, de terceiro e da vítima – artigo 945 do Código Civil – etc.).

A utilização da teoria objetiva é aplicada a casos especificados em lei, assim como quando a atividade normalmente desenvolvida pelo agente implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outra pessoa (§ único, do artigo 927, do Código Civil). Validamente, tem-se a conclusão que a teoria subjetiva e a objetiva coexistem, sendo a última aplicada nas hipóteses em que a desigualdade econômica ou social entre o agente e a vítima traz a necessidade de abolir qualquer indagação sobre a subjetividade do infrator.

O estudo da responsabilidade civil abarca a denominação de dano moral, este é elemento comum a qualquer espécie de responsabilidade. Caso não haja dano não se pode falar em responsabilidade civil, sendo o dano um de seus pressupostos. Nas palavras de Venosa, “o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar.” (VENOSA, 2011, p.1)

Conforme ensina Carlos Roberto Gonçalves, a palavra “responsabilidade” origina-se do latim *respondere*, que remata a ideia de segurança, garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado. Teria, assim, o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir. (GONÇALVES, 2002)

René Savatier, por sua vez, define a responsabilidade civil como sendo “a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam”. (SAVATIER apud RODRIGUES, 2002, p.6.)

Em sua obra clássica, Giorgio Giorgi conceitua a responsabilidade civil como a “obrigação de reparar mediante indenização quase sempre pecuniária, o dano que o nosso fato ilícito causou a outrem.” (GIORGI apud STOCO, 2004, p.119.)

Com a conceituação acima, é possível entender que a responsabilidade civil tem como função o restabelecimento do equilíbrio violado, recompondo, na medida do possível, os prejuízos ocorridos.

Rui Stoco (STOCO, 2014) defende que “a expressão responsabilidade tem um sentido polissêmico e leva a mais de um significado.” Pode-se dá a interpretação de uma forma de cuidado, como pode disseminar uma obrigação decorrente de um ato jurídico praticado. Trata-se de um instituto que assegura direitos aos injustiçados que sofrem prejuízos em virtude de danos causados pelo comportamento de outras pessoas.

A jurista Maria Helena Diniz (DINIZ, 2003), em artigo publicado na Revista do Advogado, conceitua a responsabilidade civil da seguinte forma:

[...] A aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato ou coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).

Conclui-se, portanto, que responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, originário da violação de uma obrigação. Cavaliere Filho (CAVALIERE FILHO, 2014) traz como lição que o Código Civil (*verbis*) estabelece em seu art. 389 que, caso não ocorra o cumprimento de obrigação, o devedor responderá por perdas e danos, conseqüentemente, este descumprimento originará a obrigação sucessiva de indenizar que está prevista no art. 927, conforme seguem:

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Ilícito, falando de forma simples, será todo aquele ato material, inclusive a omissão, que é contrário ao direito e que, em sua ocorrência, são identificados os surgimentos dos seguintes elementos: a violação do direito ou dano causado a outrem, a ação ou omissão do agente e a culpa. (MALTZ, 2013)

O elemento principal da responsabilidade civil aqui tratada é o descumprimento de uma obrigação por meio de uma conduta voluntária do agente, fato que acarreta danos para outrem e gera o dever de responder pelas consequências jurídicas ocasionadas. Tem como função colocar as vítimas com eficiência em situações semelhantes á anterioridade do dano, se amparando no princípio da reparação integral, florescendo, assim, na sociedade o sentimento de justiça. (MALTZ, 2013)

O CDC trouxe uma verdadeira revolução na responsabilidade civil, foi criada uma estrutura jurídica que tanto se aplica ao Direito Público como ao Direito Privado, contratual ou extracontratual, material ou moral, que se propõe a sagrar direitos e valores básicos de uma sociedade.

A responsabilidade estabelecida pelo CDC (*verbis*) é objetiva e tem como fundamento o dever e a segurança como pressupostos de qualidade no fornecimento de produtos ou serviços que são lançados no mercado. Nos arts. 12 e 14 a Lei Consumerista é expresso claramente que a responsabilidade independe de culpa, neste modo:

Art. 12. 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. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, nem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Em artigo publicado Simão (SIMÃO, 2009) alega que a professora Cláudia de Lima Marques defende a teoria da qualidade como o fundamento estrutural para atribuição da responsabilidade aos fornecedores, seja ela contratual ou extracontratual.

Sendo assim, caso ocorra a quebra da harmonia desta relação, por meio de descumprimento do dever de qualidade, a responsabilidade recairá sobre o produtor ou fornecedor que deterão o ônus de suportar as consequências do exercício de suas atividades.

No entanto, sempre estaremos diante da impossibilidade da responsabilidade ter o caráter absoluto. Isto porque os parágrafos 3º dos arts. 12 e 14 apresentam os excludentes de responsabilidade e, na existência de um deles, exclui-se também a obrigação de indenizar. Desta feita seguem os dispositivos:

Art. 12, § 3º. O fabricante, o construtor, o produtor ou o importador só não será responsabilizado quando provar:

- I – que não colocou o produto no mercado;
- II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; 67
- III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Art. 14, § 3º. O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

- I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
- II – a culpa exclusiva do consumidor ou terceiro.

Há registros também de decisões nos tribunais que admitem por jurisprudência que a existência de caso fortuito externo também seja um excludente de responsabilidade, contudo, o assunto é controverso e há autores como Rizatto Nunes (NUNES, 2011) e Nelson Nery Junior que discordam da posição, sendo estes, seguidores da corrente minoritária que é oposta ao posicionamento predominante exercido pelos Tribunais, conforme exposto a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INTERRUÇÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. DEMORA NO RESTABELECIMENTO DO SERVIÇO. TEMPORAL OCORRIDO NA REGIÃO CENTRAL DO ESTADO EM 29-05-2013. MOTIVO DE FORÇA MAIOR. CAUSA EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA CONFIGURADA. Proposta a demanda indenizatória contra empresa prestadora de serviço público, o regime a ser aplicado é o da responsabilidade civil objetiva, sendo desnecessário perquirir a respeito da culpa do causador dos danos. Incidência do art. 37, § 6º, da CF, do art. 25 da Lei nº 8.987/95 e dos arts. 14 e 22, parágrafo único, do CDC. Contudo, ainda que objetiva a responsabilidade, o dever de indenizar pode ser afastado se demonstrada pela ré a existência de uma das excludentes do art. 14, § 3º, I e II, do CDC ou, ainda, de caso fortuito ou força maior. Possibilidade de interrupção do serviço público de

fornecimento de energia elétrica em hipótese de caso fortuito ou força maior. Intelecção dos arts. 140 e 153, VI, da Resolução nº 414/2010 da ANEEL. O temporal que assolou a região central do Estado em 29-05-2013, acarretando graves danos materiais aos moradores do Município em que reside o demandante e a toda aquela região do Estado do RS, constitui motivo de força maior, consubstanciando causa excludente da responsabilidade civil objetiva da empresa concessionária do serviço público essencial de fornecimento de energia elétrica. As... circunstâncias peculiares ao caso concreto revelam que a empresa ré empreendeu todos os esforços possíveis e ao seu alcance para restabelecer o serviço público essencial em tempo razoável.

Dever de indenizar não configurado. Sentença de improcedência da ação mantida. APELO DESPROVIDO.

Ainda que o agente responsável não queira nem assuma o risco de promover o dano, o simples ato ilícito causador da lesão à coletividade dará ensejo a sua responsabilização. Destacam-se, nesse ponto, condutas danosas à esfera trabalhista como, por exemplo, violação a normas de proteção ao meio ambiente do trabalho e o trabalho escravo. Não há que se esperar a prova de culpa do empregador, porquanto o próprio caráter de reprovação do ato e a sua gravidade implica em reparação.

Nota-se, desse modo, que o dano moral coletivo é *in re ipsa*, isto é, observada uma conduta antijurídica que viola os interesses difusos e coletivos, há a responsabilidade de repará-la. Vislumbra-se, aqui, que não há a necessidade de se demonstrar o prejuízo, pois o dano por si próprio já presume o ato ilícito. No entanto, tal ato está passível de comprovação. Demonstrado a ilicitude do ato praticado, comprovado o dano à coletividade. Outro exemplo são as condutas que lesam o meio ambiente do trabalho, as quais prescindem de comprovação de sofrimento ou qualquer sentimento correlato, mas que atinge uma determinada coletividade, devendo ser reconhecido o dano moral coletivo e, então, reparado.

A exclusão da responsabilidade objetiva caberá somente nos casos previstos em lei, quais sejam força maior ou caso fortuito, culpa exclusiva da vítima ou fato de terceiro, pois não se deve imputar um dano a quem não contribuiu para que ele acontecesse.

Nos ensinamentos de Enoque Ribeiro dos Santos (SANTOS, 2012. p. 186-187.):

Assim, o dano moral individual, de natureza subjetiva, fulcra-se no artigo 186 do Código Civil, e o dano moral coletivo, de natureza objetiva, tem por

fundamento o parágrafo único do artigo 927 do mesmo Código Civil, de forma que não se exige, no plano fático, que haja necessidade de se perquirir sobre a culpabilidade do agente. Basta que se realize, no plano dos fatos, uma conduta empresarial que vilipendie normas de ordem pública, tais como o não atendimento das Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego no meio ambiente laboral, a não contratação de empregados com necessidades especiais ou portadores de deficiência (art. 93 da Lei nº 8.213/1991), de aprendizes (art. 428 e seguintes da CLT e Decreto nº 9.558/2006), discriminação, trabalho escravo, assédio moral ou sexual, atos antissindiciais, fraudes trabalhistas, etc.

Nesse sentido, não há porque se prender à demonstração de culpa, já que insita a aspectos individuais e a relações subjetivas. A coletivização do direito, ao lado do dano que perpassa a esfera individual e atinge toda uma coletividade, é suficiente para que se afaste a responsabilidade subjetiva e se aplique o critério objetivo para as reparações civis.

A prova de culpa não é fator determinante na responsabilidade do dano moral coletivo, embora esteja presente na maioria dos casos, e a lesão devendo ser reparada em todas as situações. Aqui, assemelha-se à responsabilidade objetiva. Ou seja, basta que se demonstre a conduta antijurídica, o dano causado e o nexo causal entre os dois elementos para que se assegure a reparação devida, não necessitando ser provada a culpa *latu sensu* do agente.

Vê-se, desse modo, a preocupação em não se prender à existência de culpa para que um dano de caráter coletivo possa ser reparado, pois muitas vezes essa demonstração se mostra difícil e os danos gerados originam diversos efeitos negativos, necessitando de efetiva e imediata reparação, como, por exemplo, danos ambientais.

3.4 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DO DANO MORAL COLETIVO

A Constituição Federal de 1988 concentrou a atenção da ordem jurídica no ser humano ao colocar a Dignidade da Pessoa Humana como um dos princípios fundamentais do Estado brasileiro e positivando uma grande quantidade de direitos fundamentais. Este princípio passou a ser compreendido como uma verdadeira cláusula geral de tutela humana que, concomitante com os princípios da liberdade, igualdade,

integridade psicofísica e da solidariedade social e familiar. A positivação do direito fundamental á indenização por dano moral foi muito importante para responsabilidade civil. O principal objetivo passou a ser o oferecimento da máxima garantia de direitos e a reparação integral á vítima de uma lesão. Exacerbou-se, assim, a tendência de proteção humana, ampliando as hipóteses de dano moral e o entendimento que esse podia ser presumido, não necessitando verificar concretamente os prejuízos causados. (MORAES, 2009, pág. 324)

Importante ressaltar, mesmo antes da promulgação da atual Constituição, a possibilidade do dano moral já era defendida, de forma majoritária, por renomados juristas.

No entanto, esta espécie de dano aplicada á esfera coletiva quase não era usual, sendo a reparação limitada ás pessoas naturais e individualmente consideradas. Entretanto, após a Constituição de 1988, as leis infraconstitucionais começaram a contemplar a indenização por dano moral, tanto individualmente quanto coletivamente. (SCHREIBER, 2011, pág.. 86.)

A doutrina e jurisprudência passaram a desenvolver novas abordagens e tendências na presente Responsabilidade Civil. Seguindo este entendimento, Ingo Wolfgang Sarlet observa que a dignidade da pessoa humana ultrapassaria os limites da individualidade:

Pelo fato de a dignidade da pessoa encontrar-se ligada à condição humana de cada indivíduo, não há como descartar uma necessária dimensão comunitária (ou social) desta mesma dignidade de cada pessoa e de todas as outras pessoas, justamente por serem todos iguais em dignidade e direitos (na iluminada fórmula da Declaração Universal de 1948) e pela circunstância de nesta condição conviverem em determinada comunidade ou grupo. O próprio Kant – ao menos assim nos parece – sempre afirmou (ou, pelo menos, sugeriu) o caráter intersubjetivo e relacional da dignidade da pessoa humana, sublinhando inclusive a existência de um dever de respeito no âmbito da comunidade dos seres humanos. (SARLET, 2006, p.52)

Neste panorama, a conceituação do dano moral vem sendo ampliada, de forma a expandir a esfera de interesses envolvidos; constatando-se a sua aplicação também na proteção dos direitos fundamentais de terceira geração, (BOBBIO, 2006, p. 563-569) por meio da tutela do consumidor, do meio ambiente, do patrimônio cultural e outros bens que extrapolem um interesse meramente singular. Entende-se que o dano moral ocorreria no momento em que, determinada conduta, por ser de tamanha gravidade, gerasse uma lesão a um interesse existencial constitucionalmente tutelado,

tendo-se como fundamento o princípio da dignidade humana e, como já visto anteriormente, seus quatro substratos - a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade. (SCHREIBER, 2011. MORAES, 2009. Pág. 327)

Ao atuar na esfera de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, o citado instituto supera bases essencialmente individualistas e patrimonialistas, que ainda encontram-se remanescentes no ordenamento civil-constitucional brasileiro. Parte-se do pressuposto de que há muitos grupos que compartilham danos em comum, de forma que a responsabilidade deve se transferir do indivíduo ao grupo, pelo viés dos organismos sociais. (MARTINS, 2012. Págs. 87-109.)

O dano moral coletivo não deve restringir-se ao sofrimento ou à dor pessoal, e sim ser compreendido como um prejuízo em face do espírito coletivo, ou seja, a qualquer violação aos valores fundamentais compartilhados pela coletividade.

3.5 FUNDAMENTOS NORMATIVOS

Como a exemplo do direito brasileiro, a doutrina atual admite reparação do dano moral. Já no antigo código de 1916 havia suposições da reparação de dano moral (ofensa corpórea que deixe lesão ou deformidade, mulher jovem e solteira, ainda capaz de casar – art.1538, CC1916), visto nesses casos a necessidade de reparação do dano sofrido, desprezando a patrimonialidade. (TADESCO, 2015)

O Código Civil de 2002 trouxe expressamente no art.186 o instituto do dano moral (“aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”). O código de telecomunicações também autoriza a indenização por dano moral, calúnia, difamação ou injúria cometida por via publicitária, e ainda aparece no código de direitos autorais. Visto ainda no art.5º, V, X, da Constituição Federal. [Art. 5º C.F./88] A Legislação brasileira reconheceu formal e expressamente a reparabilidade dos danos morais. (TADESCO, 2015)

A Constituição Federal brasileira no seu artigo 5º, inciso X, diz: “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”.
(CONSTITUIÇÃO FEDERAL)

Observa-se nesse dispositivo constitucional a possibilidade de dano moral suscetível de proteção e como se trata de norma expressa na Carta Magna, só se enquadra nos direitos individuais e coletivos. (PAZ, 2014)

As normas que disciplinam os direitos coletivos contribuíram para que o dano que os violassem fosse reparado. Ainda que a responsabilização tenha sido mais veementemente aplicada em um passado recente, a legislação que tem como pano de fundo a coletividade existe há mais tempo, como a Lei nº 4.717/1965, que regulou a Ação Popular, a Lei nº 7.347/1985, que disciplinou a Ação Civil Pública, e a Lei nº 8.078/1990, que trouxe o Código de Defesa do Consumidor. No CDC há a previsão de quais são os direitos coletivos, demonstrando sua efetiva preocupação em protegê-los. (MAIA, 2016)

A Lei 7.347/85 em seu art. 1º proclama: “Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor e outros bens definidos no texto legal, como os difusos e coletivos.”

Ou seja, a Lei da Ação Civil Pública consolidou a possibilidade de reparação de danos morais quando a lesão se referisse a direitos ou interesses coletivos.

Com a lei da Ação Popular, datada de 1965, já se evidenciava o desejo de proteção da sociedade em seus interesses coletivos, dispondo o diploma sobre a lesão ao patrimônio público, que englobaria bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico. Desse modo, aquele que cometesse um ato que lesasse qualquer desses bens poderia ser responsabilizado por perdas e danos. Como o bem protegido era visivelmente de interesse difuso, depreende-se a preocupação do legislador em oferecer um suporte de proteção para danos que acarretem prejuízos a toda uma coletividade, disciplinando a possibilidade de responsabilização pelo dano causado. Todavia, apesar da autorização da referida lei, não havia condenações por dano moral coletivo quando se lesava o patrimônio público, até porque a Corte Suprema tinha, à época, entendimento diverso sobre a sua caracterização. (MAIA, 2016)

Com a Constituição Federal de 1988, os direitos alcançaram outras dimensões, destacando-se os chamados interesses transindividuais e os mecanismos de sua proteção. Houve previsão expressa da possibilidade de reparação na hipótese de dano moral. (SOUZA, 2015)

A própria ação popular teve seu objeto expandido, passando a abrigar, também, lesões ao meio ambiente, à moralidade e administrativa e ao patrimônio histórico e cultural, motivo pelo qual se denota a importância da ação para a tutela do dano moral coletivo. (MAIA, 2016)

Evoluindo o ordenamento jurídico, em 1990 teve edição da Lei nº 8.078, o Código de Defesa do Consumidor (CDC). Antes do CDC, a Ação Civil Pública (ACP) tinha um alcance mais restrito, apenas aplicada a danos contra o meio ambiente, o consumidor e bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Após, o CDC estendeu a possibilidade de aplicação da ACP em qualquer interesse difuso ou coletivo, desde que iniciados por entes legitimados. (ZAVASCKI e FIGUEIREDO, 2015)

O código alude, em alguns de seus dispositivos, a efetiva tutela desses direitos, equiparando o consumidor à coletividade de pessoas, e reconhecendo-as como titulares de direitos, bem como assegurou como direito a efetiva proteção e reparação dos danos morais coletivos. (MAIA, 2016)

A Lei Complementar nº 75/1993, a lei orgânica do Ministério Público da União, também contribuiu para o reconhecimento dos interesses coletivos, esta trouxe a possibilidade de aplicação da ACP a diversos direitos como os relacionados a comunidades indígenas, às minorias étnicas e religiosas e, dentre outros, a interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos. (MAIA, 2016)

Em 1994, foi editada a Lei nº 8.884, chamada de Lei Antitruste, que dispôs sobre infrações contra a ordem econômica. (MEDEIROS NETO, 2004, págs.144 a 151). Esse normativo alterou o disposto no caput do artigo 1º da Lei de Ação Civil Pública, incluindo a nomenclatura dano moral, de modo a não encorajar questionamentos que já existiam por demais. Trouxe, também, no parágrafo único do mesmo artigo, a previsão da titularidade, pela coletividade, dos bens protegidos pela lei. (MAIA, 2016)

Evidencia-se, pois, diante de todos os citados normativos, que o instituto do dano moral coletivo é reconhecido e está previsto em diversas normas, não havendo por que omitir a sua ocorrência. A lesão a interesses da coletividade poderá, então, assumir cunho material e moral, devendo ambas as lesões ser, cumulativamente, reparadas. (PAZ, 2014)

A reparação do dano era exceção e necessitava de prova plena da vítima de que determinado fato culposo lhe causou mal injusto, porém, muitas vezes, o ofendido não tinha êxito, pois quem causava o ilícito eram grandes empresas, protegidas pelo avanço do capitalismo.

3.6 PROVA

Como já citado, basta a demonstração da ocorrência da conduta antijurídica (esta em sentido amplo, abarcando tanto atos ilícitos quanto atos que estejam de acordo com o ordenamento jurídico, mas que causem um dano injusto), um dano e um nexo de causalidade entre eles para que reste configurada a hipótese de dano ensejador de reparação civil.

Não se faz necessária a prova de que o dano causou prejuízo, emergindo o dano diretamente do ato antijurídico praticado. Dessa forma, prescindem de comprovação os efeitos da lesão ao direito, na medida em que não há como se provar, também, sentimento de indignação coletiva, motivo pelo qual a demonstração desses efeitos emocionais é descartada quando se discute a responsabilização.

Alguns estudiosos pontuam a necessidade de o dano moral coletivo ser de grande relevância para ensejar a responsabilização. Para Tadeu Cincurá de Andrade Silva Sampaio (SAMPAIO, 2009. p. 7):

É preciso reiterar-se que a caracterização do dano moral coletivo exige que os efeitos (prejudiciais à coletividade) da conduta antijurídica atribuída ao ofensor apresente razoável significância, desbordando das fronteiras da tolerabilidade, situação que será verificada em cada caso específico de pleito reparatório.

Ainda, nos dizeres de Medeiros Neto (MEDEIROS NETO, p. 182), “quando provado o fato, que atinge de forma intolerável e significativa direitos coletivos (latu

sensu), a ensejar a responsabilização do ofensor, restará evidenciado, em consequência, o dano moral coletivo”.

A comprovação do dano moral coletivo nas relações de trabalho normalmente é feita por meio de testemunhas que presenciaram o fato gerador do dano. Importante, nesse ponto, a atuação de entidades sindicais, pois tendem a possuir maior conhecimento de abusos cometidos e, assim, maior condição de conseguir juntar e apresentar provas. No entanto, o entendimento jurisprudencial atual é no sentido de que o dano moral coletivo verifica-se a partir do próprio fato proibido (dano in re ipsa), sendo inexigível a sua comprovação. (MAIA, 2016)

4. PREVISÃO JURISPRUDENCIAL DO DANO MORAL COLETIVO E SUA REPARAÇÃO

Não se pode ignorar que em termos de direito positivo o Brasil está incluído dentre aqueles que representam a vanguarda nesse campo específico dos direitos. (MAIA, 2016)

O mesmo pode-se dizer com relação a sua jurisprudência.

A jurisprudência vem sendo inovada pelo reconhecimento do dano moral coletivo nos julgados. A matéria vem encontrando respaldo na jurisprudência de diversos Tribunais. As ações tratam de dano ambiental, violação dos direitos do consumidor, danos ao patrimônio histórico e artístico, violação à honra de determinada comunidade, fraude a licitações. (SOUZA, 2015)

Podem-se observar algumas situações reconhecidas pelo Superior Tribunal de Justiça ao acolher a tese de reconhecimento da reparação de danos morais coletivos. (SOUZA, 2015)

4.1 PREVISÃO JURISPRUDENCIAL

Há o caso do julgado que diz respeito a uma situação de afronta a direito do consumidor, aonde um laboratório chegou a por a venda determinado medicamento que

se prestava a evitar a gravidez, porém como se tratava de produtos que haviam sido fabricados para um simples teste do maquinário do Laboratório, chegaram ao mercado alguns lotes do medicamento e vendidos a uma boa parcela de consumidores não teve como evitar muitas mulheres terminar engravidando. (DIAS, 2011)

Enquanto esse caso alcança direitos concernentes ao consumidor, outro julgado procurou emprestar legitimidade ao Ministério Público Federal e reconhecer a violação a danos morais coletivos por força de circunstância em que se tentou burlar processo licitatório na compra de medicamentos, utilizando-se recursos federais para esse fim, o que tem-se em vista o reconhecimento e a proteção de direitos tipicamente difusos, por configurar uma lesão ao patrimônio público. (DIAS, 2011)

Outro caso diz respeito ao reconhecimento do dano moral em face da configuração da existência de falta de assepsia em um hospital, tendo, inclusive, levado a óbito alguns pacientes que ali foram internados. A indenização por danos morais coletivos encontra respaldo dos Tribunais, como pode ser notado na seara jurisprudencial. Sendo isso possível devido aos instrumentos processuais hábeis para esse fim. (DIAS, 2011)

No Brasil há diversos meios de se obter esses instrumentos, que são imprescindíveis a busca de uma reparação do dano moral coletivo. (DIAS, 2011)

É por isso que PAULO AFFONSO LEME MACHADO afirma que “No Brasil algumas ações judiciais visando a obtenção da condenação em dinheiro do responsável pela poluição ou pela destruição da natureza foram intentadas com êxito”. (MACHADO, 1994, pág. 87)

Foi constatado anteriormente que no Brasil, tanto a Constituição assegura e garante esses direitos, quanto uma ação civil pública reconhece e efetiva tais direitos.

Mas, não é só isso. Em termos de legislação e criação de instrumentos processuais voltados a proteção do direito coletivo, pode-se afirmar que o Brasil encontra-se bem servido. Temos ao lado da ação civil pública, a ação coletiva de direitos individuais homogêneos prevista no Código do Consumidor através da Lei 8.078/90. Ainda, a ação popular criada pela Lei 4.717/65, a qual se presta a evitar ou reparar as lesões causadas ao patrimônio público, ao meio ambiente e a moralidade administrativa.

A legislação e jurisprudência estão bem harmonizadas com os avanços conquistados pelos ensinamentos doutrinários, os quais passam que os direitos coletivos não podem ficar sem amparo e por isso se inserem numa das relevantes garantias na sociedade atual.

O autor XISTO TIAGO DE MEDEIROS NETO ainda complementa que “Não se há de duvidar, enfim, que, no tempo presente, o reconhecimento e a efetiva reparação dos danos morais coletivos – na medida em que sanciona o ofensor (desestimulando novas lesões) e compensa os efeitos negativos decorrentes do desrespeito aos bens mais elevados do agrupamento social – constituem uma das formas de alicerçar o Estado Democrático de Direito”. (MEDEIROS NETO, 2004, pág. 278.)

Conforme a Assessoria de Comunicação do Superior Tribunal de Justiça, a possibilidade de defesa pela coletividade do seu patrimônio imaterial, quando são atingidos valores e interesses fundamentais do grupo, foi reconhecida no julgamento do Recurso Especial (REsp) 636.021, em 2008, relatado pela ministra Nancy Andrichi. Em sua exposição, a ministra enfatizou que o Código de Defesa do Consumidor é um divisor de águas, e lembrou que o artigo 81 do CDC rompeu com a tradição jurídica clássica, de que só indivíduos seriam titulares de um interesse juridicamente tutelado ou de uma vontade protegida pelo ordenamento.

Segundo a ministra, com o CDC, “criam-se direitos cujo sujeito é uma coletividade difusa, indeterminada, que não goza de personalidade jurídica e cuja pretensão só pode ser satisfeita quando deduzida em juízo por representantes adequados”.

Seguindo o raciocínio, citou o Estatuto da Criança e do Adolescente, que no artigo 208 permite que o Ministério Público ajuíze ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente. A ministra classificou como inquestionável a existência, no sistema legal brasileiro, dos interesses difusos e coletivos.

A evolução legislativa tem como uma consequência o reconhecimento de que a lesão a um bem difuso ou coletivo corresponde a um dano não patrimonial, o que para ministra deve encontrar uma compensação.

Concluiu argumentando que: nosso ordenamento jurídico não exclui a possibilidade de que um grupo de pessoas venha a ter um interesse difuso ou coletivo de natureza não patrimonial lesado, nascendo aí a pretensão de ver tal dano reparado. Nosso sistema jurídico admite, em poucas palavras, a existência de danos extrapatrimoniais coletivos, ou, na denominação mais corriqueira, de danos morais coletivos.

No entanto, há ainda resistência no STJ á respeito dessa tese, pois se trata de tema polêmico.

Os ministros avaliam em cada caso a existência desse tipo de violação, independentemente dos atos causarem efetiva perturbação física ou mental em membros da coletividade. Questiona-se se é possível a existência do dano moral coletivo mesmo que nenhum indivíduo sofra, de imediato, prejuízo com o ato apontado como causador.

Em 2009, a 1ª Turma negou um recurso em que se discutia a ocorrência de dano moral coletivo, porque entendeu “necessária sua vinculação com a noção de dor, sofrimento psíquico e de caráter individual, incompatível, assim, com a noção de transindividualidade – indeterminabilidade do sujeito passivo, indivisibilidade da ofensa e de reparação da lesão”. (REsp 971.844).

Em um caso, o Ministério Público Federal pedia a condenação da empresa Brasil Telecom por ter deixado de manter postos de atendimento pessoal aos usuários em todos os municípios do Rio Grande do Sul, o que teria violado o direito dos consumidores à prestação de serviços telefônicos com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza.

O relator, ministro Teori Zavascki, destacou que o acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região considerou que eventual dano moral, nesses casos, se limitaria a atingir pessoas individuais e determinadas. Entendimento que estava de acordo com outros precedentes da Turma.

Em outro julgamento ocorrido na 1ª Turma, em 2008, o relator do recurso, ministro Luiz Fux, fez ponderações a respeito da existência de dano moral coletivo. Naquele caso, o Ministério Público pedia a condenação de empresa que havia fraudado uma licitação a pagar dano moral coletivo ao município de Uruguaiana – RS (REsp 821.891).

Em primeira instância, a juíza havia entendido que “por não se tratar de situação típica da existência de dano moral puro, não há como simplesmente presumi-la. Seria necessária prova no sentido de que a municipalidade, de alguma forma, tenha perdido a consideração e a respeitabilidade” e que a sociedade efetivamente tenha sido lesada e abalada moralmente.

Na apelação, o dano coletivo também foi repellido. “A fraude à licitação não gerou abalo moral à coletividade. Aliás, o nexos causal, como pressuposto basilar do dano moral, não exsurge a fim de determiná-lo, levando ao entendimento de que a simples presunção não pode sustentar a condenação pretendida”. Ao negar o recurso, o ministro Fux afirmou que é preciso haver a comprovação de efetivo prejuízo para superar o caráter individual do dano moral.

A ministra Eliana Calmon, em dezembro de 2009, julgamento de sua relatoria pela Segunda Turma (REsp 1.057.274), reconheceu que a reparação de dano moral coletivo é tema bastante novo no STJ. No caso, uma concessionária do serviço de transporte público pretendia condicionar a utilização do benefício do acesso gratuito de idosos no transporte coletivo (passe livre) ao prévio cadastramento, apesar de o Estatuto do Idoso exigir apenas a apresentação de documento de identidade.

Segundo as informações da Assessoria de Comunicação do STJ, a ação civil pública, entre outros pedidos, desejava a indenização do dano moral coletivo. A ministra reconheceu a impossibilidade de se configurar tal dano à coletividade, contudo, assegurou que a posição não podia ser mais aceita, ponderando que as relações jurídicas caminham para uma massificação, e a lesão aos interesses de massa não pode ficar sem reparação, sob pena de criar-se litigiosidade contida que levará ao fracasso do direito como forma de prevenir e reparar os conflitos sociais.

A Segunda Turma concluiu que o dano moral coletivo pode ser examinado e mensurado. Para Calmon, o dano extrapatrimonial coletivo prescindiria da prova da dor, sentimento ou abalo psicológico sofrido pelos indivíduos. “É evidente que uma coletividade de índios pode sofrer ofensa à honra, à sua dignidade, à sua boa reputação, à sua história, costumes e tradições”, disse a ministra.

A dor, a repulsa, a indignação não são sentidas pela coletividade da mesma forma como pelos indivíduos, explicou a relatora: “Estas decorrem do sentimento

coletivo de participar de determinado grupo ou coletividade, relacionando a própria individualidade à ideia do coletivo”. A ministra citou vários doutrinadores que já se pronunciaram pela pertinência e necessidade de reparação do dano moral coletivo.

Em dezembro de 2010, a Segunda Turma se deparou com o tema novamente, desta vez em um recurso relativo a dano ambiental. Os ministros reafirmaram o entendimento de que a necessidade de reparação integral da lesão causada ao meio ambiente permite a cumulação de obrigações de fazer e indenizar (REsp 1.180.078).

No caso, a ação civil pública buscava a responsabilização pelo desmatamento de área de mata nativa. O degradador foi condenado a reparar o estrago, mas até a questão chegar ao STJ, a necessidade de indenização por dano moral coletivo não havia sido reconhecida.

O relator, ministro Herman Benjamin, destacou que a reparação ambiental deve ser feita da forma mais completa. “A condenação a recuperar a área lesionada não exclui o dever de indenizar”, disse Benjamin, sobretudo pelo dano interino (o que permanece entre o fato e a reparação), o dano residual e o dano moral coletivo.

Explicou que: a indenização, além de sua função subsidiária (quando a reparação in natura não for total ou parcialmente possível), cabe de forma cumulativa, como compensação pecuniária pelos danos reflexos e pela perda da qualidade ambiental até a sua efetiva restauração.

O evento do dano moral coletivo tem sido reconhecido pelas turmas de direito privado do STJ em diversas circunstâncias. Em fevereiro de 2012, a Terceira Turma confirmou a condenação de um banco em danos morais coletivos por manter caixa de atendimento preferencial somente no segundo andar de uma agência, acessível apenas por escadaria de 23 degraus. Os ministros consideraram desarrazoado submeter a tal desgaste quem já possui dificuldade de locomoção (REsp 1.221.756).

O relator, ministro Massami Uyeda, destacou que, embora o Código de Defesa do Consumidor (CDC) admita a indenização por danos morais coletivos e difusos, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar esse tipo de dano, resultando na responsabilidade civil. Esclareceu o relator que: é preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e transborde os limites da

tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva.

Para o ministro Uyeda, este era o caso dos autos. Ele afirmou não ser razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção (idosos, deficientes físicos, gestantes) à situação desgastante de subir 23 degraus de escada para acessar um caixa preferencial. O ministro destacou que a agência tinha condições de propiciar melhor forma de atendimento. A indenização ficou em R\$ 50 mil.

Por fim, em outro julgamento emblemático sobre o tema no STJ, a Terceira Turma confirmou condenação do laboratório Schering do Brasil ao pagamento de danos morais coletivos no valor de R\$ 1 milhão, em decorrência da colocação no mercado do anticoncepcional Microvlar sem o princípio ativo, o que ocasionou a gravidez de diversas consumidoras (REsp 866.636).

O caso das "pílulas de farinha" – como ficou conhecido o fato – aconteceu em 1998 e foi resultante da fabricação de pílulas para o teste de uma máquina embaladora do laboratório, mas o medicamento acabou chegando ao mercado para consumo.

Na origem, a ação civil pública foi ajuizada pela Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor de São Paulo (Procon) e pelo Estado de São Paulo. Os fatos foram relacionados diretamente à necessidade de respeito à segurança do consumidor, ao direito de informação que estes possuem e à compensação pelos danos morais sofridos.

Os danos morais causados à coletividade foram reconhecidos logo na primeira instância, e confirmados na apelação. O juiz chegou a afirmar que “o dano moral é dedutível das próprias circunstâncias em que ocorreram os fatos”. O laboratório pediu, no recurso especial, produção de prova pericial, para que fosse averiguada a efetiva ocorrência de dano moral à coletividade.

A ministra Andriahi considerou incongruente o pedido de perícia, na medida em que a prova somente poderia ser produzida a partir de um estudo sobre consumidoras individualizadas. Para a ministra, a contestação seria uma “irresignação de mérito, qual seja, uma eventual impossibilidade de reconhecimento de danos morais

a serem compensados diretamente para a sociedade e não para indivíduos determinados”.

4.2 MODALIDADES DE REPARAÇÃO

Os danos morais coletivos que têm por vítima a sociedade devem receber uma solução e uma destinação em favor da coletividade. A quantidade de condenações por danos morais coletivos vem crescendo de forma considerável nos últimos tempos, tendo o pagamento de uma parcela pecuniária a um determinado fundo, como já visto, ou a vítima o meio mais comum de reparação.

Segundo doutrina Orlando Gomes, há duas formas de reparação dos danos, a reposição *in natura*, quando ocorre a restituição do bem ao estado que se encontrava antes da lesão e, diante da impossibilidade desse fato, a sua substituição por uma prestação pecuniária de caráter compensatório. (GOMES, 1994. p. 51)

Falando-se em dano moral, é praticamente impossível imaginar a reparação natural de forma que proporcione ao indivíduo o seu estado antes de ocorrer o dano. No entanto, há situações em que a reparação *in natura* pode ser viável, proporcionando à vítima a recomposição às condições havidas anteriormente, sem exclusão do meio pecuniário de caráter compensatório quando a reparação natural, por si só, não for suficiente. (MEDEIROS NETO, p. 91)

Tratando-se de responsabilidade por dano moral coletivo a via processual utilizada, como já foi comentado anteriormente, é Ação Civil Pública, disciplinada pela Lei n. 7.347/85, denominada de Lei da Ação Civil Pública - LACP.

Para Dirley da Cunha Júnior,

A ação civil pública é um dos mais significativos meios de efetivação das normas constitucionais na defesa coletiva dos direitos fundamentais. Essa ação coletiva foi criada pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que fixou a disciplina da responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. (CUNHA JÚNIOR, 2010. p.840)

Segundo dispõe Carlos Henrique Bezerra Leite,

A leitura isolada das primeiras normas da LACP pode levar à conclusão apressada de que o fim único da ação civil pública é responsabilizar qualquer pessoa física ou jurídica de direito público ou privado, por danos morais ou patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor estético, artístico, histórico, paisagístico ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (Lei n. 7.347/85, art. 1º), podendo, para tanto, “ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer” (art. 3º). [...] Ocorre que, [...], a ação civil pública foi guindada à categoria de garantia fundamental dos direitos ou interesses metaindividuais. Esse seu novo perfil leva em conta não apenas a “reparação”, mas acima de tudo a “proteção” daqueles importantes interesses. (LEITE, 2008. p.1199-1200.)

Dessa forma, a Ação Civil Pública “pode ter caráter preventivo ou reparatório, condenatório, constitutivo, declaratório ou mandamental, sendo certo que seu objeto será sempre a proteção de qualquer interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo.” (LEITE, 2008, p. 1201)

Ocorrido o dano, a LACP no seu artigo 3º, estabelece as formas de reparação possíveis: a tutela específica através do cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer com o intuito de se retornar à situação anterior ou a condenação compensatória, em dinheiro.

De modo geral, é apontada pela doutrina a condenação pecuniária como forma principal de reparação do dano moral coletivo, com o fim de compensar o dano ocasionado como inibir a repetição da prática da conduta delituosa, servindo de exemplo para toda a sociedade.

Nesse sentido, Xisto Tiago de Medeiros Neto acentua que toda lesão intolerável ocasionada a bens e interesses de latitude coletiva, cuja essência seja extrapatrimonial, impõe uma espécie de reparação adequada e eficaz a esta peculiar modalidade de danos, que se efetiva sob a forma de uma condenação em dinheiro imposta ao ofensor, em valor que reflita o caráter sancionatório e pedagógico orientado pelo sistema de tutela transindividual. (MEDEIROS NETO, p. 198.)

É inspirado no instituto *Punitive Damages* originário do *Common Law* o caráter sancionatório e pedagógico da condenação, e que se constitui em uma indenização proporcionalmente majorada com o objetivo de desestimular a prática reiterada da conduta vergastada, tanto pelo sujeito lesante quanto também pelos demais potenciais infratores. Leonardo Roscoe Bessa entende que a condenação por dano moral

coletivo possui uma função punitiva, em face da ofensa causada aos direitos coletivos, e pontua no sentido de que:

Especificamente em relação à positivação do denominado dano moral coletivo, a função é, mediante a imposição de novas e graves sanções jurídicas para determinadas condutas, atender ao princípio da prevenção e precaução, de modo a conferir real e efetiva tutela ao meio ambiente, patrimônio cultural, ordem urbanística, relações de consumo e a outros bens que extrapolam o interesse individual. (BESSA)

O artigo 13 da LACP estabelece que havendo condenação ao pagamento de indenizações em pecúnia, este será revertido a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo o objetivo precípua deste fundo a reconstituição dos bens lesionados. O fundo, segundo o qual o artigo 13 da LACP faz referência, é denominado de Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), e está vinculado ao Poder Executivo, destinando-se a receber e a gerir os valores obtidos, tanto pela via judicial quanto pela via extrajudicial, relacionados à tutela dos direitos transindividuais. (MEDEIROS NETO, p. 213.)

Sua regulamentação encontra-se efetivada pelo Decreto Federal n. 1.306/94 e pela Lei n. 9.008/95, Art. 1º (Decreto Federal n. 1.306/94). O Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, tem por finalidade 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.

Ademais, além da aplicação na recuperação dos bens lesionados, conforme disposição do artigo 1º, § 3º, da Lei n. 9.008/95, os recursos arrecadados pelo FDD também serão aplicados “na promoção de eventos educativos, científicos e na edição de material informativo especificamente relacionado 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 entanto, existem áreas do direito positivo brasileiro que instituíram seus próprios fundos, com finalidades específicas, e para os quais são destinadas as parcelas provenientes das condenações em danos morais coletivos. É o que se observa quanto ao FAT, o Fundo de Amparo ao Trabalhador, instituído pela Lei n. 7.998/90, e para onde

são destinadas as parcelas pecuniárias oriundas da tutela dos direitos metaindividuais no âmbito das relações laborais.

4.3 QUANTIFICAÇÃO DO DANO E MODALIDADES DA REPARAÇÃO

Uma das questões mais complexas da atividade dos magistrados é, além da definição da forma de indenização, a fixação do valor indenizatório. Há uma enorme discricionariedade para o poder judiciário nesse caso. Faz-se necessário o bom senso e a moral, e estes têm grande dose de subjetividade.

Assim, esboçam-se, já com alguma nitidez, os critérios a serem adotados na aferição do dano moral, que poderão ter por base: (VALLE, 1993. p. 80)

a) Que a satisfação pecuniária não produza um enriquecimento à custa do empobrecimento alheio;

b) Equilíbrio entre o caso em exame e as normas jurídicas em geral, tendo em vista:

b. 1) Curva de sensibilidade:

b1.1.) em relação ao nível comum sobre o que se possa produzir numa pessoa normal, tal ou qual incidente;

b.1.2.) grau de instrução da vítima;

b1.3.) seus princípios éticos;

b.2.) Influência do meio:

b.2.1) repercussão pública;

b.2.2) posição social da vítima do dano.

A partir desses elementos, apenas na avaliação do caso concretamente poderá ter a dimensão do evento danoso, feito, naturalmente, com laudo pericial, em liquidação de sentença e na maioria dos casos, por arbitramento. (CARNEIRO, 1998)

A reparação deve atender a todo prejuízo alcançado pela vítima (tal entendimento deriva da Lex Aquilia- “a indenização não se mede pela gravidade da

culpa, mas pela extensão do dano”) inclusive os lucros cessantes. Essa solução, porém, por vezes, se torna injusta, como nas causas de culpa levíssima, o pagamento integral da indenização pode transferir o infortúnio de um ao outro. Em rigor o juiz não pode julgar por equidade, pois a solução nela baseada só é admissível quando a lei expressamente a permite. De modo que nesse caso ou o juiz julga procedente a ação e condena ao pagamento integral da indenização, ou no caso de entendê-la excessiva terá de julgar improcedente a ação.

Mas o Projeto de Código Civil de 1975 em seu art. 980 cuida de permitir ao juiz reduzir equitativamente a indenização. Apesar de todas as objeções á reparação do dano moral, uma ideia que tem alcançado êxito é a de que o dinheiro provocara na vítima uma sensação de prazer de desafogo, que visa compensar a dor provocada pelo ato ilícito será o juiz, no exame do caso concreto, quem concederá ou não a indenização e a graduará de acordo com a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima. (RODRIGUES, 1999 – p. 188, 191,192)

Isso nos conduz a crítica feita ao excessivo arbítrio do juiz, que é refutada já que, em rigor, a prerrogativa pertence ao Poder Judiciário, pois a decisão do juiz singular pode de ser analisada pelas instâncias superiores e se confirmada representará o sentir de toda uma elite intelectual, representada pelo referido Poder.

Para Caio Mario da Silva Pereira ideia de reparação liga-se à noção de patrimônio, pois verificando que a conduta antijurídica do agente provocou-lhe uma diminuição, a indenização traz o sentido de restaurar, de restabelecer o equilíbrio, e de reintegrar-lhe a cota correspondente ao prejuízo. Porém, para a reparação do dano moral não será esta a ideia principal, pois o prejuízo moral não é suscetível de avaliação em sentido estrito. A indenização deverá ser quantificada a partir de um entrelaçamento de noções:

A – Punição do Infrator, que não pode ofender a esfera jurídica alheia, considerando suas condições econômicas e sociais, bem como a gravidade da falta cometida (a sanção civil é de natureza econômica em benefício da vítima).

B - Compensação pelo dano sofrido, indenização material do prejuízo, ou seja, reintegração pecuniária ou ressarcimento stricto sensu.

C - Solidariedade à vítima, em razão dá ofensa que sofreu a um bem jurídico lesado.

A reparação deve, entretanto, estar dentro do razoável, para que não se converta em enriquecimento indevido.

Quanto à reparação Prof. Orlando Gomes (GOMES, 1998, p. 36-50.) afirma que o dano moral é espécie da qual o dano extrapatrimonial é gênero. Menciona ainda que a subordinação do dano extrapatrimonial às regras pertinentes aos efeitos do dano patrimonial proveniente de ato ilícito encontra “opositores ferrenhos” que consideram que não é possível avaliar o dano moral e tão pouco compensar a dor causada por este dano. Porém a corrente que prevalece é a da doutrina da ressarcibilidade do dano moral. Ressalta, no entanto que este dano não é indenizável, por quanta indenização significa eliminação do prejuízo das consequências. Defende, portanto o uso da palavra compensação.

A compensação em dinheiro pode exercer dupla função, a de expiação em relação ao culpado e da satisfação em relação à vítima. Há algumas contestações em relação à função expiatória, por estar relacionada com pena, no entanto admite-se que a compensação em dinheiro é um modo de dar satisfação à vítima.

A reparação do dano moral é admitida em algumas legislações, estas autorizam ao juiz conferir à vítima uma soma em dinheiro a título de reparação, desde que o dano seja considerado de gravidade especial. Outros critérios são os que só permitem a reparação nos casos expressamente previstos.

A controvérsia derivada do tema dano moral resultava principalmente da demora do pleno reconhecimento da indenizabilidade do mesmo, a qual foi observada na Constituição de 1988 que ressalva de forma expressa a reparabilidade do dano puramente moral, a jurisprudência se inclinou para a generalização do cabimento da responsabilidade civil em todos os casos de ofensa moral grave. “Todo cidadão tem direito à sua incolumidade física e moral. A violação desses bens pode, no comum das vezes, acarretar danos de ordem moral e material” .

Na hipótese de dano moral coletivo, como no individual, os danos sofridos pelas vítimas são impossibilitados de avaliação econômica de acordo com o dano, já que os danos extrapatrimoniais são imensuráveis.

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

encontrado pela responsabilidade civil atualmente, ou seja, a quantificação. (MORAES, 2003, p. 50)

A problemática de quantificar o dano moral virou objeto de preocupação jurídica, isso devido ao número cada vez maior de demandas de reparação, sem que exista qualquer base, constitucional ou infraconstitucional para sua fixação.

Atualmente há dois critérios para a determinação do quantum indenizatório em ações de reparação por danos morais. São eles: critério da tarifação, pelo qual o quantum das indenizações é prefixado; e critério do arbitramento pelo juiz, onde o aplicador do direito estabelece o valor devido de forma livre, no entanto, valendo-se sempre de convencimento motivado.

O critério da tarifação não é aplicado no sistema normativo brasileiro. Restando, portanto, sem dúvidas, o critério do arbitramento pelo juiz visualizado nos termos do artigo 946, do Código Civil, no qual determina que as perdas e danos sejam apurados nas modalidades de: liquidação por artigos; e por arbitramento, sendo esta a forma mais recomendada para a quantificação de danos extrapatrimoniais.

Importante observar que, embora se tenha atribuído ao magistrado a prerrogativa de fixar a verba indenizatória, segundo critérios escolhidos livremente, este deverá ater-se sempre aos princípios gerais de direito, costumes, e, principalmente, às peculiaridades de cada caso concreto, de modo a evitar que a repercussão econômica da indenização se converta em enriquecimento ilícito de uma das partes, ou ainda, que o valor seja tão ínfimo, que se torne inexpressivo.

A doutrina e jurisprudência têm citado algumas regras a serem seguidas no momento do arbitramento, isso devido a falta de critérios predeterminados em lei tentando dessa maneira atingir de forma justa, proporcional e razoável os dois desejos assegurados pela Constituição á respeito de reparação por dano moral, quais sejam: atenuar o sofrimento da vítima; e atuar concomitantemente como sanção ao ofensor de modo a desestimular condutas ilícitas à direitos de ordem extrapatrimonial.

Sintetizando, são duas etapas para a fixação do quantum indenizatório a título de reparação por danos morais: estabelecimento de um valor básico para a indenização, levando-se em consideração o interesse jurídico lesado; e análise e consideração das circunstâncias do evento danoso, para fixação definitiva do valor da

indenização, de forma a atender o comando normativo de arbitramento equitativo pelo juiz.

Faz-se importante conferir interessante trecho do voto proferido pelo Excelentíssimo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino nos autos do REsp n.º 959.780-ES (2007/0055491-9), *in verbis*:

(...) No IX Encontro dos Tribunais de Alçada, realizado em 1997, foi aprovada proposição no sentido de que, no arbitramento da indenização por dano moral, “o juiz ... deverá levar em conta critérios de proporcionalidade e razoabilidade na apuração do quantum, atendidas as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado.

Maria Celina Bodin de Moraes arrolou como “aceites os seguintes dados para a avaliação do dano moral”: o grau de culpa e a intensidade do dolo (grau de culpa); a situação econômica do ofensor; a natureza, a gravidade e a repercussão da ofensa (a amplitude do dano); as condições pessoais da vítima (posição social, política, econômica); a intensidade do seu sofrimento. (MORAES, 2003, p. 29)

Dessa maneira, as principais conjunturas a serem consideradas como elementos objetivos e subjetivos são:

- a) a gravidade do fato em si e suas consequências para a vítima (dimensão do dano);
- b) a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente (culpabilidade do agente);
- c) a eventual participação culposa do ofendido (culpa concorrente da vítima);
- d) a condição econômica do ofensor;
- e) as condições pessoais da vítima (posição política, social e econômica).

Na análise da dimensão do dano e intensidade do sofrimento o juiz deve avaliar a maior ou menor gravidade do fato e as consequências para o ofendido.

Na avaliação da intensidade do dolo ou grau de culpa, revela-se a função punitiva da indenização do dano moral, valora-se o elemento subjetivo que guiou a conduta do ofensor, elevando ou atenuando o valor, demonstrando claramente a natureza penal.

Levando-se em conta a situação econômica do ofensor, revelam-se as funções preventiva e punitiva da indenização por dano moral. Observa-se, ao mesmo tempo, a busca em desanimar o autor do dano para o exercício para fatos semelhantes, punindo o responsável com maior ou menor rigor.

As condições pessoais da vítima constituem também circunstâncias relevantes, podendo o juiz valorar a sua posição social, política e econômica.

A consideração da situação econômica do ofendido constitui matéria controvertida, pois parte da doutrina e da jurisprudência entende que se deve evitar que uma indenização elevada conduza a um enriquecimento injustificado, aparecendo como um prêmio ao ofendido.

Dessa forma, induz-se que apesar de não haver previsão normativa acerca do quantum indenizatório nas ações de reparação a doutrina e jurisprudência têm estabelecido critérios objetivos com intenção de auxiliar a resolução de lides cujo objeto seja a discussão de danos de ordem extrapatrimonial. Além da observação dos critérios apontados, a aplicação deve ser norteada pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

A Constituição Federal resguardou o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, honra e imagem das pessoas, assegurando para tanto o direito a indenização pelo dano material ou moral quando estas forem violadas. Além disso, estabeleceu as razões de proporcionalidade e razoabilidade que devem guiar as decisões judiciais nas avaliações das lides submetidas à atividade jurisdicional. De fato, são garantias constitucionais que asseguram às partes o exercício de proteção aos seus direitos personalíssimos e ao, mesmo tempo, asseguram que a prestação jurisdicional seja entregue de forma proporcional e razoável.

Na aplicação das normas o bom emprego da proporcionalidade no âmbito das questões remetidas ao poder jurisdicional é essencial e intrínseco à atividade deste, corrobora as palavras do professor Helenilson Cunha (PONTES, 2000, p. 50-53.) o princípio da proporcionalidade representa, a rigor, uma dimensão concretizadora da supremacia do interesse primário (da coletividade), verdadeiro interesse público, sobre interesse secundário (próprio Estado) (PESSOA, 2009)

Paulo Bonavides (BONAVIDES, 2002, p. 394-395.) de forma valiosa traz a lição:

Em nosso ordenamento constitucional não deve a proporcionalidade permanecer encoberta. Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. De tal sorte que urge, quanto antes, extrai-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor no uso jurisprudencial (grifos editados)

Existem alguns argumentos contra a reparação ao dano moral coletivo alegando que dor, sentimento, abalo psíquico são características inerentes à personalidade, ou seja, pertencem ao indivíduo.

Porém, essa corrente que defende a impossibilidade do dano moral coletivo é minoritária. Acreditam que titulares indeterminados como consumidores atingidos por publicidade enganosa, por exemplo, não teriam direito a reparação do dano sofrido, já que o dano moral é *intuitu personae*.

Outros argumentos defendem a possibilidade de reparação do dano moral coletivo. Estes encontram guarida em legislações infra constitucionais como no artigo 6º inciso VI e VII do CDC- que adotou o princípio de reparação integral do dano, e também na Lei da Ação Civil Pública 7.347/1985 no seu artigo 1º.

Importante destacar que o Superior Tribunal de Justiça não tem uma posição dominante sobre essa questão. De modo recente, a mesma Corte decidiu de maneira favorável à possibilidade de quantificação e reparação do dano moral coletivo. No entanto, o Tribunal citado possui precedentes contrários à existência de indenização por danos morais coletivos.

Destaca-se o trecho da ementa STJ que é de suma importância:

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 prejuízos à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base. O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, sofrimento e de abalo psicológico suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas não aplicável

aos interesses difusos e coletivos. Na espécie, o dano coletivo apontado foi a submissão dos idosos a procedimento de cadastramento para o gozo do benefício do passe livre, cujo deslocamento foi custeado pelos os interessados, quando o Estatuto do Idoso, artigo 39, § 1º exige apenas a apresentação de documento de identidade. Conduta da empresa de viação injurídica se considerando o sistema normativo. (Resp. 1.057.274/RS, 2.ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 01.12.2009).

Pode-se concluir que o STJ está intensamente apoiando-se na admissão da responsabilização do dano moral coletivo, contanto que ocorram dois requisitos:

- 1) razoável importância do fato transgressor;
- 2) uma repulsa social.

Portanto, vê-se que a Corte Superior se direciona para a pacificação do dano moral coletivo nos seus julgados, e utiliza por base a nova disciplina processual civil com base na efetiva proteção da coletividade. (PAZ, 2014)

Como já citado anteriormente, na legislação brasileira não existe qualquer previsão constitucional ou infraconstitucional acerca do quantum indenizatório a ser estabelecido nas sentenças condenatórias por danos morais, o que atribui ao poder judiciária a obrigação de fixar, de forma proporcional e razoável o quantum indenizatório que satisfaça a pretensão do lesado e leve sempre em consideração as situações fático-probatórias de cada caso concreto, de forma a evitar manifestos excessos. (GUNDIM, 2013)

Logo, não restam dúvidas que o julgador deve não apenas observar os critérios objetivos elencados pela jurisprudência e doutrina, mas também os princípios da proporcionalidade e razoabilidade - que são em verdade um conjunto de garantias com a finalidade precípua de evitar manifestos excessos – quando do arbitramento da reparação por danos morais. (GUNDIM, 2013)

A forma de composição do quantum deve ser fundamentada por elementos racionais e precedentes judiciais semelhantes deve-se levar em conta não apenas a situação econômica do ofensor e o seu grau de culpa, quando for o caso, mas ainda a análise total de sua conduta frente ao ordenamento jurídico e a natureza, gravidade e extensão do dano infligido à coletividade. Destaca-se o papel da jurisprudência,

principalmente dos Tribunais Superiores, no sentido de dar congruência aos valores das condenações. Nas hipóteses que guardem semelhança entre si, o amadurecimento do tema em face da sua reiteração deve servir para estabelecer determinados paradigmas de orientação. Desta maneira, o magistrado procurará, em grande parte, a fixação de valores razoáveis, em proveito das partes e do sistema jurídico. (MARTINS e TEFFÉ, 2012)

Já quanto à função da reparação, há, ainda, outras visões à respeito, considerando as funções pedagógica, a punitiva e a de precaução. Na primeira, busca-se conscientizar a sociedade, por meio de um efeito exemplar da condenação. Na segunda, objetiva-se desestimular as condutas antijurídicas, levando-se em consideração a gravidade e a extensão do dano moral coletivo na quantificação do valor indenizatório. Coloca-se que a indenização punitiva atende a dois propósitos bem definidos: a punição (no sentido de retribuição) e a prevenção (por meio de dissuasão). Embora negue como regra no direito brasileiro a função punitiva do dano moral, a professora Maria Celina Bodin de Moraes admite que:

“É de aceitar-se, ainda, um caráter punitivo na reparação de dano moral para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos, tanto na relação de consumo quanto no Direito Ambiental. Aqui, a ratio será a função preventivo-precautória, que o caráter punitivo inegavelmente detém, em relação às dimensões do universo a ser protegido.” (MORAES, 2003. Pág. 263).

A jurista prossegue:

“Nesses casos, porém, o instituto não pode se equiparar ao dano punitivo como hoje é conhecido, porque o valor a maior da indenização, a ser pago “punitivamente”, não deverá ser destinado ao autor da ação, mas, coerentemente com o nosso sistema, e em obediência às previsões da Lei n. o. 7347/85, servirá a beneficiar um número maior de pessoas, através do depósito das condenações em fundos já especificados”.

A “pena”, como diz Antonio Junqueira de Azevedo, funciona como reparação à sociedade, tendendo restaurar o nível social de tranquilidade diminuída pelo ato ilícito: “Por outro lado, o mesmo raciocínio deve ser feito quanto aos atos que levam à conclusão de que não devam ser repetidos, atos negativamente exemplares – no sentido

de que sobre eles cabe dizer “Imagine se todas ás vezes fosse assim!”.(AZEVEDO, 2004. p.215.)

Na terceira, distingue-se a função de precaução ou antecipação do dano, tendo em vista a preservação da segurança dos indivíduos. A doutrina salienta que, visando efetivar este pensamento, cada vez mais os magistrados impõem obrigações de fazer ou não fazer, além da devida condenação, conforme a sistemática do CPC. Observa-se que no dano moral coletivo também se pode admitir a possibilidade de uma reparação *in natura*.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A nossa sociedade globalizada, com uma complexa rede de relações econômicas e sociais, traz à tona uma gama de novos danos. Proteger todos esses direitos, promovendo a indenização das diversas espécies de danos, institui o desafio da responsabilidade civil. E essa proteção aos direitos com a promoção da indenização encontra embasamento na dignidade da pessoa humana, ou seja, a pessoa humana encontra-se no centro do direito.

Na conjuntura dos novos danos, surge o dano moral coletivo. Antes de abordar tal conceito, se fez necessário analisar o dano moral. Apesar de alguma divergência, há uma tendência a tratar o dano moral a partir da natureza jurídica do bem protegido, ou seja, conspirando como dano moral toda violação à dignidade humana.

Com a evolução da ciência jurídica, a reparação do dano ganhou vulto e se tornou um item importante da responsabilidade civil dos principais ordenamentos modernos. O Brasil também adotou a defesa dos interesses ofendidos, sendo que em 1988, com a Constituição Federal, foi assegurado às vítimas o direito de pleitear a indenização por dano material, moral ou à imagem. Sendo que em 2002, o Código Civil regulamentou o fato de o causador de um dano a outrem comete ato ilícito, ficando obrigado a reparar este dano. A presunção deste trabalho foi estudar o dano moral coletivo, portanto, uma das modalidades de dano vista em nosso regramento.

O dano moral é o sofrimento impingido ao ser, lhe agredindo os mais preciosos princípios, valores e sentimentos, tal como honra, moral, felicidade, bom nome, contrapondo ao prejuízo pecuniário, que é assunto específico do dano material.

Suplantado o conceito de dano moral, passou-se abordar também as características e evolução do dano moral coletivo, bem como o princípio da dignidade humana como um de seus fundamentos e os seus embasamentos normativos, assim como as teorias subjetiva e objetiva.

Assim, segundo as regras da teoria subjetiva, o dano moral afeta o estado anímico, psíquico do ser humano, sendo que, na ocorrência de um abalo nesta sua estrutura, poderá a vítima pleitear a devida reparação pecuniária. Então, a legislação consolidou o direito do ser humano pleitear a indenização pelo dano moral sofrido.

A prevalência da teoria objetiva sobre a subjetiva fortaleceu a ideia da aplicação do dano moral coletivo no Brasil. A coletividade tem seus valores que precisam ser respeitados. Depreende-se que um grupo de cidadãos, mesmo não tendo nenhum traço anímico, possui valores sociais e princípios que se consubstanciam em patrimônio dito “ideal”, e esse patrimônio é passível de tutela, podendo ensejar indenização. Justamente esse pensamento é o pilar do dano moral coletivo. O novo raciocínio do direito oferece ainda novos meios para a solução de conflitos inerentes a qualquer grupo de pessoas, até o que apresenta os mais diversos interesses contraditórios e antagônicos, tais como direitos raciais, sexuais, dos consumidores, do meio ambiente, etc.

O dano moral coletivo é aplicado em nosso país como meio de socializar a aplicação do direito a fim de tutelar interesses antes relegados à margem. Por meio das novas disposições, não apenas o ato gravoso que atingiu os referidos interesses deve ser indenizável como também o ofensor deve ser desestimulado e punido com a finalidade de evitar a reiteração do problema.

Deve-se considerar, no entanto, que o dano moral coletivo é um instituto relativamente novo, e, apesar de se diferenciar do dano moral individual, muitos dos conceitos e teorias são coincidentes, razão pela qual a legislação, doutrina e jurisprudência utilizaram as disposições do dano moral individual como ponto de partida para o estudo do dano moral coletivo.

O dano moral coletivo possui elementos bem caracterizadores, como conduta antijurídica, ofensa intolerável aos interesses extrapatrimoniais e a percepção do dano causado e seus efeitos. Diz respeito mais aos valores sentimentais da psique humana, só que de forma coletiva e às vezes difusa.

Por fim, a abordagem percorreu a previsão jurisprudencial e a reparação do dano. O acesso à justiça por meio de ações coletivas passou a ser um tema de grande discussão e repercussão político e social, pois é um dos pilares do Estado Democrático de Direito. O Código de Processo Civil se presta para os litígios individuais, surgindo, assim, a necessidade de um sistema processual com objetivo de reivindicar a tutela de um interesse da coletividade.

Por conta disso, não há como deixar de reconhecer no nosso sistema processual a existência de um sistema menor, exclusivo, aprimorado, interdisciplinar e suficiente para atender os conflitos coletivos – a Lei da Ação Civil Pública combinada com o Código de Defesa do Consumidor.

A ação civil pública é uma ação com *status* constitucional com o dom de garantir a defesa os direitos metaindividuais, sendo assim considerada um instrumento de cidadania. Está sempre sob a ótica do princípio do acesso á justiça garantindo a dignidade e a cidadania da coletividade.

A reparação do dano moral coletivo é de notório valor para a sociedade, pois tutela os danos morais direcionando o amparo jurídico aos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos através de um sistema jurídico normativo único de acesso a justiça.

Outra questão diz respeito ao *quantum* indenizatório. O legislador achou por bem levar em consideração para esta avaliação não apenas o caráter compensatório da pena, mas também, a função punitiva e desestimuladora. O caráter compensatório deve ser visto a partir das vítimas do ato gravoso, que devido ao dano recebe um valor pecuniário como substituição os infortúnios causados pelo ato ilícito, o que pode não ser muito proveitoso no dano moral coletivo. Dessa forma, o caráter punitivo ganhou maiores dimensões. A decisão da ação civil pública pode fixar a indenização a ser paga pelo agressor e reverter aos interesses ou cidadãos atacados pelo ato ilícito. O montante desembolsado é destinado ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, que tem por finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração á ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos.

Além do exposto acima, foi abordada a divergência do Superior Tribunal de Justiça dividido quanto ao cabimento de tais danos no sistema jurídico brasileiro. Nos casos em que houve o reconhecimento, admitiu o Tribunal a existência nos casos: dano ambiental; dano aos consumidores com dificuldade de locomoção em ter acesso à agência bancária; interrupção de energia elétrica por más condições da prestadora de serviço; exigência injustificada a idosos para acesso ao passe livre e fraude em processo licitatório. Em todos os casos, reconheceu o STJ que houve violação aos direitos da

personalidade de uma coletividade, sendo devida a indenização pelos danos morais coletivos.

O dano moral coletivo, como instrumento de tutela dos direitos sociais, produz a materialização do avanço na forma de se pensar e aplicar o direito, com o intuito claro de dar força e vigor aos interesses coletivos, que agora passaram a figurar como mais um dos direitos fundamentais, não só a cada cidadão, mas também quando estes são vistos em grupo. E essa inovação já nasceu balizada e forte para que se torne perene e cada dia mais efetiva na busca de uma nação cada dia mais humana, social e justa.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências**. São Paulo: Saraiva, 1972. 4ª ed. Atual.

ASSIS, Araken. **Liquidação dos danos**. RT 759. jan 1999.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito Civil: Teoria geral das obrigações** 7. ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 1998, p. 238.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social**. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro, v.19, jul./set. 2004. p.215.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Dano moral coletivo**. Disponível em: <http://www.mp.ba.gov.br/atuacao/ceacon/doutrina/dano_moral_coletivo.pdf>. Acesso em: 20 mai.2017.

BITTAR FILHO, Carlos alberto. **Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro**. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30881-33349-1-PB.pdf> Acesso em 03 mai.2017.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Rio de Janeiro. Editora Elsevier. 6º tiragem. 2004. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 563-569.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus. 1992. pág. 5.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus. 1992., pág.6.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, pp. 394-395.

BRASIL. – Lei Complementar 95/1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/constituicao/constituicaocompilado.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2017

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017

BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. **Lei 7.347/85**. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano Moral no Direito de Família**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 22 (formato *epub*)

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano Moral no Direito de Família**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 26,8 (formato *epub*)

CARNEIRO, Maria Francisca, **Avaliação do Dano moral e discurso jurídico**. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:livro:1998;000191854>
Sergio Antonio Fabris Editor.

CARVALHO, Daniela Pinto de. **Os novos contornos do dano_ o dano decorrente da perda de uma chance**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10771. Acesso em: 04 jun. 2017.

CARVALHO, Luís Ricardo Fernandes de. **Indenização por danos morais- quantum**. Revista de **direito privado**, São Paulo: RT, n.17, jan./mar., 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 08ª ed., revista, aumentada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 71.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11ª Ed. São Paulo: 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 3ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2002, p.79

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 96

CHAVES, Felipe. **Dano moral coletivo nas relações de consumo**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48026/dano-moral-coletivo-nas-relacoes-de-consumo>. Acesso em: 20 ago. 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. amp. atual., Salvador: Juspodivm, 2010. p.840

Dano Moral Coletivo Avança e Inova na Jurisprudência do STJ. Assessoria de Comunicação do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, jun. 2012. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106083>, acesso em: 20 abr.2017.

DELGADO, Rodrigo Mendes. **O valor**, cit., p.109-110.

DIAS, Francisco Barros. **Danos morais coletivos_ identificação e possibilidade de reparação.** Disponível em: <http://profbarros.adv.br/site/?p=1744>. Acesso em: 15 mai. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** São Paulo: Saraiva,1999 .p 55 – vol.7

DINIZ, Maria Helena. **Responsabilidade civil do empregador por ato lesivo de empregado na Lei nº 10.406/2002.** Revista do Advogado, n. 70, Ano XXIII. São Paulo: 2003.

FILHO, Carlos Alberto Bittar. **Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro.** Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30881-33349-1-PB.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2017.

FRANÇA, R. Limangi. **Reparação do Dano Moral.** RT 631, maio de 1988.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, vol. 3 – Responsabilidade Civil.** 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 189 (formato *epub*)

GIORGI apud STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil.** 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.119.

GIUSTINA, Beatriz Della. **Dano Moral: Reparação e Compensação Trabalhista, in Trabalho e doutrina,** n. 10. São Paulo: Saraiva, set. 1996. P. 04.

GOMES, Orlando - **Obrigações** - Ed. Forense, São Paulo, 12 ed., 1998, pp. 36-50.

GOMES, Orlando - **Obrigações** - Ed. Forense, São Paulo, 12 ed., 1998, p.51

GOMES, Orlando - **Obrigações** - Ed. Forense, São Paulo, 12 ed., 1998, p. 277.

GOMES, Orlando. **Obrigações**, cit., p. 332. V. também, sobre o assunto, BREBBIA, El Daño Moral, Buenos Aires, 1950, pp. 99 e ss., e YUSSEF SAID CAHALI, Dano e Indenização, SP, RT, 1980, p. 11

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p.35.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, vol. 4 – Responsabilidade Civil**. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. IV, p. 359.

GUNDIM, Wagner Wilson Deiró. **A problemática do arbitramento e quantificação do dano moral no sistema jurídico brasileiro**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25215/a-problematica-do-arbitramento-e-quantificacao-do-dano-moral-no-sistema-juridico-brasileiro>. Acesso em: 04 jun. 2017.

JOLIVET, Régis. **Curso de filosofia**. 13. ed. São Paulo: Agir, 1979, p.348-349; ACQUAVIVA, Marcus Cláudio., **Breviário de ética jurídica**. São Paulo: Riddel,1994, p.4-5

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **AÇÕES COLETIVAS: HISTÓRIA, TEORIA E PRÁTICA**. Porto Alegre: Fabris. 1998, pág. 101.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **AÇÕES COLETIVAS: HISTÓRIA, TEORIA E PRÁTICA**. Porto Alegre: Fabris. 1998, pág. 98

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008. p.1199-1200.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008, p.1201.

LIMA, Charles Hamilton Santos. **A possibilidade de dano moral coletivo por lesões à probidade administrativa**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-21/mp-debate-possibilidade-dano-moral-lesoes-probidade-administrativa> Acesso em: 14 ago. 2017.

LIMA, Fábio Caetano Freitas de. **Dano moral: um estudo sobre a sua conceituação**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54474/dano-moral-um-estudo-sobre-a-sua-conceituacao>. Acesso em: 15 mai. 2017.

LIMONAD, Max. **Tratado de Direito Civil**. São Paulo. 1957, v. XII, t. II, p. 537; grifado no original.

LOBO, Hewdy. **O que é Dano Moral Coletivo.** Disponível em: <https://lobo.jusbrasil.com.br/artigos/258274251/o-que-e-dano-moral-coletivo>. Acesso em: 14 ago. 2017.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Estudos de DIREITO AMBIENTAL.** São Paulo: Malheiros. 1994, pág. 87

MAIA, Juliana de Souza Garcia Alves. **Dano moral coletivo_ breves considerações e fundamentos normativos – Civil.** Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17986&revista_caderno=7. Acesso em: 14 ago.2017.

MALTZ, Thayse de Araújo. **Formas alternativas de reparação do dano moral coletivo no âmbito da justiça do trabalho.** Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2684/1935> Acesso em: 28 ago. 2017.

MARTINS, Guilherme e TEFFÉ, Chiara de. **A indenização por dano moral coletivo nas relações de consumo.** Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/153265392/MARTINS-Guilherme-TEFFE-Chiara-dano-moral-coletivo-28-agosto-de-2012>. Acesso em: 15 mai. 2017.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Dano moral coletivo e Direito do Consumidor.** Revista de Direito do Consumidor. Revista dos Tribunais. Ano 21. Volume 82. Abr-jun./2012. Págs. 87-109.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo.** São Paulo, LTr, 2004, p. 134

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo.** São Paulo, LTr, 2004, p. 270-271.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo.** São Paulo, LTr, 2004, p. 182.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo.** São Paulo, LTr, 2004, p. 91.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo.** São Paulo, LTr, 2004, p. 198.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo.** São Paulo, LTr, 2004, p. 213.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo.** São Paulo, LTr, 2004, p. 278.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo.** São Paulo, LTr, 2004, p.144 a 151.

MELO, José Mário Delaiti de. **O dano moral e o princípio da dignidade da pessoa humana.** Disponível: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-dano-moral-e-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana,42487.html>. Acesso em: 15 mai. 2017.

MORAES, Maria Celena Bodin de. **A Constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil.** *Direito, Estado e Sociedade* – v.9 – n.29 – p. 233 a 258 – jul/dez 2006. Disponível em: http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_constitucionalizacao_do_direito_civil_e_s_eus.pdf. Acesso em 18 de outubro de 2016, p. 244.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 29

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003p. 50

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma Leitura Civil Constitucional dos Danos Morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 4º tiragem. Pág. 324

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Pág. 263.

NETO, Xisto Tiago de Medeiros. **O dano moral coletivo e o valor da sua reparação.** Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/35831>. Acesso em: 28 ago. 2017.

NUNES, Rizzato - **Curso de direito do consumidor** – 6ª Ed. Rev. Atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.

PAZ, Samuel Mota de Aquino. **Dano moral coletivo na jurisprudência do STJ.** Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,dano-moral-coletivo-na-jurisprudencia-do-stj,47151.html> Acesso em: 13 ago. 2017.

PEREIRA, Caio Mario Silva. **Instituições de direito civil.** Rio de Janeiro, Forense, 1998. p.235-243

PERES, Celia Mara. **Dano moral: da natureza da indenização aos critérios para fixação do quantum.** Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/7332>. Acesso em: 15 mai. 2017.

PESSOA, Leonardo Ribeiro - **Os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade na Jurisprudência Tributária Norte-Americana e Brasileira** – Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/norte.pdf> Acessado em 23 mai.2017

PONTES, Helenilson Cunha. **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2000, pp. 50-53.

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

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 17. ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Saraiva 1999 – p. 188, 191,192

ROMITA, Airon Sayão. **Dano Moral Coletivo**. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/2305/004_romita . Acesso em: 12 abr. 2017.

SAMPAIO, Tadeu Cincurá de Andrade Silva. **Dano moral coletivo no direito do trabalho**. Jornal Trabalhista Consulex, Brasília, v. 26, n. 1292, p. 4-8, set. 2009. p. 7

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **O arbitramento da indenização por dano moral e a jurisprudência do STJ**. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/o-arbitramento-da-indenizacao-por-dano-moral-e-a-jurisprudencia-do-stj/>. Acesso em: 15 mai. 2017.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **A natureza objetiva do dano moral coletivo o direito do trabalho**. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, São Paulo, IOB. v. 23, n. 272, p. 181-202, fev. 2012. p. 186-187.

SANTOS, Jéssica Marcelly de Oliveira, MARQUES, Pâmela Cristina Cardoso e FERNANDES, Larissa Gomes. **Análise geral sobre o dano moral coletivo**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40924/analise-geral-sobre-o-dano-moral-coletivo> Acesso em: 18 ago. 2017

SANTOS, Pablo de Paula Saul. **Dano moral: um estudo sobre seus elementos**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11819. Acesso em: 28 abr, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.p.52.

SAVATIER apud RODRIGUES, Sílvio. **Responsabilidade civil**. 19ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p.6.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão do filtros da reparação à diluição dos danos**. 3º Edição. São Paulo. Atlas. 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma Leitura Civil Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 4º tiragem. Pág. 327.

SETTE, Azevedo. **Dano moral coletivo**. Disponível em: http://www.azedosette.com.br/pt/noticias/dano_moral_coletivo/1583. Acesso em: 19 ago. 2017.

SEVERO, Sérgio. **Os Danos Extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Wilson Melo. **O Dano Moral e sua Reparação**. Rio, Forense, 1955, pp. 11 e ss.

SIMÃO, José Fernando. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. Serie GV. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUZA, Eduardo Xavier de. **O dano moral transindividual no contexto da implementação do estado democrático de direito**. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3399>. Acesso em: 15 mai.2017.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TADESCO, Rodrigo Marques. **Considerações gerais sobre o dano e o direito das obrigações**. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp>. Acesso em 04 jun. 2017.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil, **Direito das Obrigações e Responsabilidade** vol. 2 - Série Concursos Públicos –Civil. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2008.

TELLES, Inocência Galvão. **Direito das Obrigações** Coimbra Editora, 6ª edição, p. 375

VALLE, Christino, Almeida do. Cf. Avio Brasil, citado por. **Dano moral**, Aide, Rio de janeiro, 1993. p. 80

VENOSA, Silvio de Salvo, **Direito Civil: responsabilidade civil**, 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.1

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil - Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 33/34

VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil – Responsabilidade Civil**. 5º ed. São Paulo: Atlas, 2005.

Verbetes Dano. *Dicionário de Português on line Michaelis-UOL*. Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=dano>>, acesso em: 13 mai.2017.

VERBIC, Francisco. **Procesos Colectivos**. Buenos Aires: ASTREA, 2007, pág. 29.

ZAHAR. **Sociologia do Direito – O Fenômeno Jurídico como Fato Social**. Rio, 1974, pp. 55 e 56.

ZAVASCKI, Liane Tabarelli e FIGUEIREDO, Matheus Burg. **Possibilidade de dano moral coletivo em matéria ambiental: divergências doutrinárias e jurisprudenciais**. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/21434>
Acesso em: 21 ago.2017.