

Breves considerações sobre o dano moral coletivo

Jaciara de Oliveira¹
Edson Thomas Ferroni²

RESUMO

A evolução do instituto do dano moral coletivo foi marcada por impasses na doutrina e tribunais brasileiros, sob o argumento da inexistência de direitos da personalidade que se justificassem pertencentes à coletividade.

Contudo, no atual contexto, em que se fala em tecnologia, meios de comunicação e produção em massa e outros fatores transindividuais, faz-se mister a discussão acerca dos direitos coletivos, principalmente no que concerne ao dano moral.

A admissão da tutela da honra objetiva da pessoa jurídica foi um fato de extrema relevância no ordenamento jurídico brasileiro para se aceitar o dano moral causado à coletividade, uma vez que, ao se entender que um ente criado por lei poderia ser vítima de dano moral, pois que titular de direitos imateriais, como o nome e a reputação, no mesmo sentido o dano moral poderia ser caracterizado para entes despersonalizados, como a coletividade.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), houve um avanço significativo no que se refere aos direitos transindividuais, ao passo que essa lei conceituou expressamente direitos difusos, coletivos e individuais

¹ Jaciara de Oliveira é acadêmica de Direito do 5º ano do Instituto Matonense Municipal de Ensino Superior - IMMES e estagiária em escritório de advocacia que presta assessoria na esfera cível.

² Edson Thomas Ferroni é professor de Direito Constitucional. Coordenador dos cursos de Direito do IMMES e UNICASTELO, é especialista em Direito Processual Civil. Mestre em Direito pelo ITE e advogado.

homogêneos, o que deixou fora de dúvida a sua existência e a intenção do legislador em tutelá-los.

Nesse diapasão, o presente artigo objetiva tecer breves considerações sobre o instituto do dano moral coletivo, elucidando os pontos controversos e buscando trazer algumas decisões de nossos tribunais no que concerne ao tema.

Palavras Chave: Dano moral; Direitos coletivos; Direitos Transindividuais.

INTRODUÇÃO

A princípio, para entender como surgiram os direitos coletivos, deve-se compreender que o nascimento da tutela coletiva está atrelada a uma série de acontecimentos, que levaram ao estudo e desenvolvimento do referido instituto.

Com a evolução de uma sociedade em massa, conflitos de ordem coletiva começaram a existir. Dessa forma, houve a necessidade da criação de uma tutela coletiva, na qual não cabia mais ao indivíduo pleitear algo que garantisse somente o seu direito, todavia, era necessário um instrumento que assegurasse o direito de toda uma sociedade ou até mesmo de grandes grupos sociais.

No final do século XVIII, surgiram duas revoluções que foram de suma importância para o surgimento dos direitos coletivos, sendo elas a Revolução Francesa e a Revolução Industrial. Esses acontecimentos trouxeram algumas garantias no que concerne à tutela dos direitos transindividuais.

Assim, com a Revolução Francesa e seus princípios universais: a Liberdade, a Igualdade e a Fraternidade, foram surgindo os primeiros passos rumo aos direitos coletivos.

No século XVIII, surgem os direitos de primeira dimensão, mais precisamente os direitos individuais, os quais tiveram como escopo assegurar o direito à vida e à liberdade política e religiosa.

Entretanto, com expansão da revolução industrial ocorrida no século XIX, previu-se que o Estado não poderia continuar disciplinando a vida em sociedade de maneira a olhar o indivíduo isoladamente. Nessa ocasião, muda-se o foco dos direitos individuais para os direitos sociais. Tais direitos visavam o bem estar da coletividade, ou seja, estabelecia ao Estado uma atuação positiva em face da sociedade. Exemplo disso foi o direito à saúde, à educação e ao trabalho.

Contribuição importante para o início e desenvolvimento dos direitos sociais foi a atuação dos sindicatos, de maneira que tiveram forte influência na criação de mecanismos processuais para garantia da defesa de direitos coletivos.

Embora os direitos sociais já alcançassem de alguma eficácia, ainda existia a necessidade do desenvolvimento do referido instituto. A sociedade evoluía de forma acelerada, já se falava em globalização, meios de comunicação em massa dentre outros fatores que colaboraram para o ensejo da discussão acerca dos direitos transindividuais.

Finalmente, no final do último século ocorreu o chamado “fenômeno dos direitos de terceira dimensão”, os direitos coletivos propriamente ditos, que passam a serem chamados: direito coletivo *stricto sensu*, direito difuso e direito individual homogêneo. Os referidos direitos ampliados no século XX, seriam reflexos ainda dos temas universais, abordados na Revolução Francesa, precisamente a Fraternidade.

Os direitos dessa dimensão buscaram não apenas proteger os direitos individuais ou de determinados grupos, mas a proteção de toda a humanidade, e ainda, uma atenção específica ao meio ambiente, às relações de consumo, à paz e o patrimônio comum da humanidade.

2 O PROCESSO COLETIVO NO BRASIL: EVOLUÇÃO

O Brasil foi uns dos países precursores a acolher a tutela coletiva de direitos.

Cumprir observar em que todas as constituições brasileiras, exceto nas de 1891 e 1937, existia a possibilidade do cidadão pleitear em juízo os direitos em prol da sociedade.

Assim, surgiu a Lei de Ação Popular promulgada em 29 de junho de 1.965, a qual regulamentou definitivamente o direito do cidadão defender os direitos da coletividade.

Passados vinte anos da promulgação da Lei de Ação Popular, adveio a Lei da Ação Civil Pública, promulgada em 24 de julho de 1985, fato este que ampliou o rol dos instrumentos processuais para propositura de ação no âmbito coletivo, eis que com tal instrumento normativo ficaram obtiveram maior destaque os direitos transindividuais.

Pouco depois, surge em 1988 a Constituição Federal, a qual recepcionou tanto a lei de Ação Popular quanto a de Ação Civil Pública, ocasião que a Constituição ampliou os legitimados ativos e os objetos das ações coletivas.

Importante salientar, que dentre todas as mudanças trazidas para a garantia dos direitos coletivos, o Código de Defesa do Consumidor foi uma das medidas mais importantes para dar guarita aos direitos supraindividuais.

Depois de todas essas inovações, hoje é possível ajuizar ações coletivas, seja para proteção do meio ambiente, patrimônio público, direito do consumidor, entre outros.

Destarte, com a evolução da tutela de direitos coletivos é possível pleitear reparações no campo moral da coletividade. Tema que, embora ainda controverso,

já vem sendo admitido pela doutrina e tribunais, em decorrência das referidas mudanças no ordenamento jurídico pátrio.

2.1 Espécies de Direitos Coletivos

Para analisar os danos causados a coletividade, cumpre trazer os conceitos dos direitos transindividuais, ou supraindividuais ou até mesmo chamados por alguns doutrinadores de direitos metaindividuais.

Por algum tempo houve vários impasses na doutrina em relação aos conceitos de direitos coletivos e difusos. O entendimento que prevalecia era somente o levantado pela doutrina e algumas interpretações relativas à Lei n.º 7.347/85 de Ação Civil Pública, a qual trazia uma tímida noção destes institutos.

Entretanto, a promulgação da Lei 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor, trouxe um avanço significativo no que concerne a definição dos direitos coletivos, uma vez que, além de trazer uma interpretação para os direitos difusos e coletivos, constituiu os chamados direitos individuais homogêneos.

Nesse sentido, compete analisar as definições de direito difuso, coletivo e individual homogêneo.

2.1.1 Direitos difusos

Em uma brilhante e concisa explicação, Leonardo Roscoe Bessa³ afirma que os direitos difusos são:

³BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo, Esmarn. 2009. p. 6 Disponível em:<http://www.esmarn.org.br/revistas/index.php/revista_teste/article/viewFile/86/77> Acesso em: 4 de janeiro de 2011.

Os direitos difusos são metaindividuais, de natureza indivisível, comum a toda uma categoria de pessoas não determináveis e que se encontram unidas em razão de uma situação de fato.

Na conceituação legal de direitos difusos, optou-se pelo critério da indeterminação dos titulares e da ausência, entre eles, de relação jurídica base (aspecto subjetivo), e pela indivisibilidade do bem jurídico (aspecto objetivo).

A definição de direitos difusos está no art. 81, I⁴ do Código de Defesa do Consumidor. Trata-se de uma espécie de direito coletivo que se caracteriza por ser de natureza indivisível e seus titulares serem indeterminados, ou seja, o bem jurídico não é passível de divisão entre os titulares, e esses não podem ser identificados, pois o bem pertence a toda coletividade de forma indivisível.

A doutrina traz exemplos práticos no que diz respeito aos direitos difusos: o direito ao um ar puro, ao meio ambiente sadio, à preservação do patrimônio público, histórico e cultural, direito contra a propaganda enganosa ou abusiva, dentre outros.

Como exemplo, cabe observar a seguinte situação: ante simples veiculação de uma propaganda enganosa, a coletividade de consumidores terá seu direito violado, conforme previsto no artigo 29⁵ do Código de Defesa do Consumidor, independente de terem ou não adquirido o produto ou serviço.

Dessa forma, não importa se o consumidor adquiriu ou não o produto fruto da propaganda, o simples fato de ser consumidor já lhe garante o direito de não ser enganado com propagandas falsas.

⁴ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo; 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.

⁵ Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

Outro exemplo tratado pela doutrina é o direito a um ar puro, situação em que não pode se delimitar quem serão os titulares do referido direito, ou seja, é um direito que se estende a toda a sociedade.

Resta claro, portanto, que o direito difuso não tem titular determinado ou determinável, de modo que é um direito que se estende a toda a coletividade.

2.1.2 Direitos coletivos em sentido estrito

Leonardo Roscoe Bessa⁶, também elucida os direitos coletivos em sentido estrito:

Os direitos coletivos, por seu turno, são transindividuais de natureza indivisível, pertencente ao um grupo determinável de pessoas (categoria de pessoas), ligadas entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica de base.

Para esclarecer o conceito de direito coletivo, importante avaliar o seguinte caso: um banco inseriu em seus contratos de empréstimos para seus clientes aposentados cláusulas abusivas, vetadas pelo nosso Código de Defesa do Consumidor, conforme previsto no art. 51, IV⁷. Nessa situação hipotética, é ajuizada uma ação civil pública, a fim de ter declarada a nulidade das referidas cláusulas contratuais.

⁶ Op. Cit p. 5.

⁷ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Sendo procedente a ação civil pública, os efeitos da sentença serão *ultra partes*, ou seja, serão beneficiados somente os aposentados clientes do banco que figuravam como titulares dos contratos de empréstimo.

Portanto, o direito coletivo é destinado a assegurar o direito de um determinado grupo ou categoria, sendo possível, nesses casos, identificar quem são os titulares da tutela grupal, embora o objeto seja indivisível.

2.2 Direitos individuais homogêneos

Por fim, o direito individual homogêneo é diferente dos direitos difusos e coletivos supramencionados. O instituto do direito individual homogêneo não é propriamente de natureza transindividual. Trata-se de direito individual que recebe tutela coletiva.

O ilustre doutrinador Gianpaolo Poggio Smanio⁸, discorre sobre os direitos individuais homogêneos:

São interesses individuais, cujo titular é identificável e cujo o objeto é divisível e cindível.

Caracteriza-se pela natureza comum, similar, semelhante entre todos os titulares.

São vários titulares de interesses idênticos ou parecidos. O Código do Consumidor permite que esses direitos individuais possam ser defendidos coletivamente em juízo.

Não se trata de litisconsórcio igual a várias demandas, com pluralidade subjetiva. Mas de uma demanda só, objetivando a tutela dos interesses individuais homogêneos.

As pessoas estão unidas pela mesma situação de fato. São interesses divisíveis. Os titulares são determináveis. Exemplo: consumidores de um mesmo produto com o mesmo defeito.

⁸ SMANIO. Gianpaolo Poggio. *Interesses Difusos e Coletivos*. 4 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 109.

Conforme exposto, os direitos individuais homogêneo são direitos de ordem individual. O único motivo de estarem elencados dentre os direitos supraindividuais, é pelo fato de receberem tratamento processual coletivo, podendo ser tutelados de uma ação coletiva.

3 DANO MORAL

Embora o dano moral seja pauta das mais recentes discussões, está inserido nas sociedades desde primórdios dos tempos, tendo em vista que a sociedade sempre protestou de alguma forma para que o bem jurídico lesado fosse restabelecido.

Fato histórico importante foi o Código de Hamurabi (1792 -1750 a.c). A regra geral de reparação do dano no referido Código repousava sobre a pena de Talião, sustentada na máxima “olho por olho, dente por dente”. Afastou-se da compensação pecuniária e acolheu a vingança equivalente da vítima, conforme seguintes disposições “196. Se um homem livre fizer perder a vista ao filho de outro homem igualmente livre, sofrerá a perda de um olho; 197. Se vier quebrar o membro de um homem livre, sofrerá, também, a ruptura de um membro; 200. Se um homem livre fizer saltar o dente de um homem igualmente livre, se lhe arrancará um dente.

Diferente do Código de Hamirabi, o Código de Ur-Nammu promulgado pela terceira dinastia do UR, pais dos povos sumerianos, tinha uma compensação pecuniária para quem violasse bens imateriais.

Assim, o agressor era punido conforme sua conduta, de modo que o legislador fixou para cada uma delas um valor, por exemplo: a) se um homem, a outro com um instrumento, o pé se cortou: 10 (dez) siclos de prata deverá pagar; b)

se um homem, a um outro homem, com uma arma, os ossos tiver quebrado: uma mina de prata deverá pagar; c) se um homem, a um outro homem, com um instrumento *geshpu*, houver decepado o nariz: 2/3 (dois terços) de mina de prata deverá pagar.

No referido código já se fazia alusão a idéia de que causando prejuízo a outrem, deveria o agressor responder pelo ilícito causado, tendo como punição o pagamento em dinheiro proporcional a sua conduta. A vítima, por sua vez, seria compensada monetariamente com a indenização pela dor experimentada.

O dano moral sempre esteve presente na humanidade, seja como medida de punição ou compensação para quem sofresse alguma agressão injusta, exemplo importante é trazido pela Bíblia Sagrada, no livro do Antigo Testamento Deuteronômio 22: 13,19⁹:

Se um homem desposar uma mulher e, depois de coabitar com ela, a aborrecer, e lhe imputar delitos vergonhosos, e contra ela divulgar má fama, dizendo: Tomei esta mulher, e me cheguei a ela, porém não a achei virgem, os pais da moça tomarão as provas da virgindade dela, e as levarão aos anciãos da cidade, à porta. O pai da moça dirá aos anciãos: Dei minha filha por mulher a este homem, porém ele a aborreceu, e lhe imputou delitos vergonhosos dizendo: Não achei tua filha virgem. Então os pais estenderão a roupa dela diante dos anciãos da cidade, os quais tomarão aquele homem e o castigarão. Condená-lo-ão em cem ciclos de prata, e o entregarão ao pai da moça, porque divulgou má fama sobre uma virgem de Israel.

Nesse passo, vários foram as formas e legislações que fizeram referência ao dano moral; todavia, a ideia é apenas demonstrar alguns exemplos de compensação pecuniária ao longo da história da humanidade.

Cumprido relatar que no Brasil existiram várias discussões acerca aceitabilidade do dano extrapatrimonial.

⁹ BÍBLIA. Tradução de João Ferreira de Almeida. 4ª edição. São Paulo: Vida, 1996

O ordenamento pátrio passou por três teorias diferentes para aplicabilidade do dano moral.

A primeira foi a teoria negativista, a qual afirmava a impossibilidade do dano moral, sob o argumento de que a dor não poderia ser mitigada com valores pecuniários. O pagamento pela dor experimentada seria imoral, bem como seria impossível mensurar o quanto vale um sentimento humano.

O segundo momento é marcado pela teoria eclética ou mista, que afirmava ser possível a indenização por danos morais, desde que houvesse repercussão negativa no âmbito patrimonial.

Por fim, superada a teoria negativista e eclética, foi acolhida em nosso ordenamento jurídico a teoria positivista, que pacificou o entendimento no que concerne a reparação do dano moral. Contudo, ainda se discutia uma regulamentação do tema. Após a promulgação da Constituição de 1988, que prevê expressamente no art. 5º, X¹⁰ a indenização por dano moral, não houve mais dúvidas em sede da aplicabilidade do dano moral.

Não obstante, o Código Civil de 2002 manteve a teoria subjetiva no art. 186¹¹, de modo que para que haja responsabilidade extracontratual tem de existir a culpa.

Todavia, também foi acolhida a teoria da responsabilidade objetiva, em que a culpa é presumida, tese esta que fora consagrada por alguns institutos no nosso ordenamento, como por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor.

¹⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

¹¹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

3.1 Da dignidade da pessoa humana

É indispensável para o entendimento do dano moral, buscar a compreensão do que é dignidade da pessoa humana, bem como o entendimento de alguns doutrinadores sobre o tema, e, assim, demonstrar como e porque a dignidade da pessoa humana é a base do ordenamento jurídico pátrio.

O homem sempre foi considerado como centro de todas as coisas, como base nisso João Baptista Herkenhoff ¹² esclarece que, conforme a Bíblia Sagrada Deus considerou o ser humano o ponto mais alto da criação do universo.

A doutrina traz várias definições para esclarecer sobre a dignidade da pessoa humana, entretanto, a antiga teoria de Kant se mostra condizente com os dias hodiernos *Emmanuel Kant*¹³ afirma que:

A pessoa humana não deve jamais ser tratada como meio de seus próprios fins, mas sempre também como um fim em si mesma. Em outros termos, o homem não deve jamais ser utilizado unicamente como meio sem considerar-se que ele é, ao mesmo tempo, um fim em si.

Nesse sentido, a pessoa humana não pode ser usada para alcançar um fim, tendo em vista que o ser humano deve sempre ser o fim para todas as coisas.

A referência mais marcante no que diz respeito à dignidade da pessoa humana está inserida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no art. 1º, Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. “São dotados de razão e consciência e devem agir uns com os outros num espírito de fraternidade”.

¹² HERKENHOFF, José Baptista. Curso de Direitos Humanos: Gênese dos Direitos Humanos. 2 ed. São Paulo. Editora Santuário, 2002, p. 137-141

¹³ KANT, Immanuel – Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. tradução de Leopoldo Holzbach – São Paulo. 1 ed. Editora Martin Claret, 2004. p 52.

Após isto, a dignidade da pessoa humana foi consagrada internacionalmente.

A Constituição de 1988 consagrou a dignidade da pessoa humana em seu art.1º¹⁴, como fundamento do Estado Democrático de Direito, razão pela qual, qualquer que seja o interesse do Estado, prevalecerá o resguardo do decoro da pessoa humana.

Diante disso, resta claro, que à pessoa não se pode atribuir preço, mesmo nas relações patrimoniais, deve prevalecer a dignidade humana. Como ensina Miguel Reale¹⁵:

O ser humano é o único ente que pode recepcionar valores, cuja noção não se limita apenas a um conjunto de fatores biológicos e psicológicos, mas tem capacidade de inovação e superação, vez que pode dar sentido aos atos e coisas. O ser humano caracteriza-se pela autoconsciência, não é um mero acontecimento natural, e sua existência está associada a idéia de pessoa dotada de dignidade.

Imperioso observar que é inquestionável a extensão do assunto em tela, considerando as várias vertentes sobre o referido instituto, portanto, basta concluir, que a dignidade da pessoa humana não deve ser analisada isoladamente. Partindo do paradigma da positivação dos direitos difusos, os quais ultrapassam a esfera individual. No mesmo sentido, a dignidade da pessoa humana deve ser aplicada no viés coletivo.

¹⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos;III - a dignidade da pessoa humana.

¹⁵ REALE. Miguel. Filosofia do Direito.17 ed. São Paulo. Editora Saraiva. 1996, p.210.

3.2 Dano moral coletivo

O dano moral coletivo sempre foi marcado por vários impasses na doutrina. Inicialmente houve discussão acerca da aceitabilidade do dano moral conforme exposto no item 2. Superado isto, veio à discussão acerca do dano moral experimentado pela pessoa jurídica, e após aceitação do dano moral experimentado por um ente criado por lei (pessoa jurídica), considerando que esta tem titularidade de direitos imateriais como o nome e reputação, no mesmo sentido, entenderam alguns doutrinadores que o dano moral pode ser utilizado para entes despersonalizados (coletividade).

No Brasil, os direitos metaindividuais, estão inseridos expressamente na Constituição de 1988, instituto este, que foi consagrado no Título II- Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I – Dos Direitos Individuais e Coletivos.

Além dos direitos coletivos expressos na carta magna, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu em seu art. 6º¹⁶VI, a reparação por danos morais no âmbito individual e coletivo, bem como o referido dispositivo alterou a lei 7.347/85 em seu art. 1º:

Regem-se, pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio ambiente; II - ao consumidor; III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V - por infração da ordem econômica.

Assim, o dano moral causado a coletividade está positivado em nosso ordenamento pátrio. Contudo, como já mencionado, o reconhecimento da

¹⁶ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

coletividade como detentora de direitos imateriais é assunto de muitas divergências, razão pela qual que alguns doutrinadores afirmam que a coletividade não tem personalidade, sendo que, nesses casos, impossível seria uma indenização por danos morais.

Para um melhor juízo do dano moral transindividual, importante fazer alusão *ao tripé justificador do dano moral coletivo* trazido pelo ilustre mestre Marcelo Freire Sampaio Costa¹⁷:

Justificam o reconhecimento da ocorrência de danos excedentes da esfera da individualidade, são eles, a) dimensão ou projeção coletiva do princípio da dignidade da pessoa humana; b) ampliação do conceito de dano moral coletivo envolvendo não apenas a dor psíquica; c) coletivização dos direitos ou interesses por intermédio do reconhecimento legislativo dos direitos coletivos em sentido *lato*.

Importante elucidar, as definições dos justificadores acima expostos. O primeiro é a dimensão ou projeção coletiva do princípio da dignidade da pessoa humana. Marcelo Freire Sampaio Costa¹⁸ explica:

Essa citada projeção comunitária ou social do princípio da dignidade da pessoa humana representa a existência de um dever geral de respeito no âmbito da comunidade dos seres humanos. Em suma, seja a dimensão singular ou coletiva, a proteção da dignidade implica uma obrigação geral de respeito aos seres humanos, individual ou coletivamente agrupado.

¹⁷ COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Dano Moral (Extrapatrimonial) Coletivo*, 1.ed. São Paulo: LTr, 2009 p. 59-64.

¹⁸ Op. Cit. p. 11

Outrossim, elemento de grande relevância para caracterização do dano moral coletivo foi a ampliação do conceito de dano moral envolvendo não apenas a dor psíquica, como ensina Marcelo Freire Sampaio Costa¹⁹ :

Em decorrência do moderno paradigma constitucional de ampla proteção do ser humano, imperioso afastar a ultrapassada concepção vinculativa da ocorrência do dano moral ou extrapatrimonial à esfera subjetiva da dor, sofrimento e emoção, pois tais aspectos são eventuais e possíveis conseqüência da violação perpetrada. Em outras palavras, deve ser excluída a idéia, tão difundida quanto errônea, de que o dano moral é a dor sofrida pela pessoa. A dor de fato, é apenas a conseqüência da lesão à esfera extrapatrimonial de uma pessoa.

A proteção jurídica hodierna busca alcançar todo e qualquer dano extrapatrimonial, não ficando inclusive limitada ao rol de direitos insertos do inciso X da Carta Magna Brasileira (intimidade, vida privada, honra e imagem), pois tal enumeração é meramente exemplificativa.

Ademais, se a concepção de dano extrapatrimonial estivesse somente vinculada à idéia de dor, sofrimento, não só poderia aceitar a configuração dessa modalidade de dano à pessoa jurídica (violação objetiva do direito ao nome, consideração e reputação social), como acontece na realidade pátria (vide súmula n. 227 do Superior Tribunal de Justiça e art. 52 do Código Civil).

Por fim, a definição da coletivização dos direitos por intermédio do reconhecimento dos interesses ou direitos coletivos em sentido lato, o mesmo autor pondera:²⁰

A chancela legal dos interesses excedentes dos limites da individualidade. Basta recordar a conhecida Lei de Ação Popular que já a década de 1960 admitia (art. 1º) a possibilidade da proteção do patrimônio público, ou seja, interesses que obviamente superam os limites da individualidade. O ápice desse desenvolvimento legal pode ser considerado a definição de três modalidades de interesses coletivos, em sentido lato, disposta no art. 81 da **Lei de Defesa do Consumidor, mais conhecido como CDC, cujo o objetivo é a tutela de conflitos ínsitos de sociedades de relações massificadas.**

¹⁹ Op. Cit. p.11

²⁰ Op. Cit. p. 11

Aliás, registre-se que após a edição da ACP e do CDC, insituti-se no direito brasileiro um sistema completo e eficaz para a proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, superando inclusive deficiências encontradas em modelos similares de países desenvolvidos europeus, tais como França, Portugal, Itália, Espanha, dentre outros.

A competência do dano moral coletivo vincula-se necessariamente aos direitos metaindividuais e aos respectivos instrumentos de tutela, sendo também necessário redimensionar os modelos teóricos clássicos do direito a essas novas categorias insurgidas há algumas décadas no cenário pátrio.

Conforme demonstrado, de acordo com os entendimentos mais atuais, e, com os justificadores supramencionados, chega-se ao entendimento que o dano moral no âmbito coletivo pode ocorrer. Entretanto, é necessário desvincular-se dos conceitos do dano moral individual.

Nesse sentido, enfatiza Leonardo Roscoe Bessa, *aput*, Xisto Thiago,²¹ que o dano moral coletivo deve ser tratado como instituto autônomo e não comparado com o dano moral individual:

A dor psíquica ou, de modo mais genérico, a afetação da integridade psicofísica da pessoa ou da coletividade não é pressuposto para caracterização do dano moral coletivo. Não há que se falar nem mesmo em sentido de despreço e da perda de valores essenciais que afetam negativamente de toda uma coletividade, diminuição da estima, infligidos e apreendidos em dimensão coletiva ou motivação desvaliosa do espírito coletivo (...). Embora a afetação negativa do estado ânimo (individual ou coletivo) possa ocorrer, em face dos demais diversos meios de ofensa a direitos difusos e coletivos, a configuração do denominado **dano moral coletivo é absolutamente independente desses pressupostos.**

O brilhante doutrinador Carlos Alberto Bittar Filho²², defende que a coletividade é detentora de direitos imateriais:

²¹ Op. Cit. p. 5

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 dizer isso, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial. Tal como se dá na seara de 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*).

Conclui-se que o dano moral coletivo não se pauta tão somente na dor psíquica, ou seja, qualquer abalo negativo no *animus* moral da coletividade merece ser reparado, considerando que tal medida pode ter como escopo a reconstituição ou reparação do bem jurídico atingido.

3.3 Superior Tribunal de Justiça e o dano moral coletivo

Por muito tempo o Superior Tribunal de Justiça não aceitou o dano moral coletivo, sob o argumento da inexistência de direitos imateriais concernentes à coletividade.

O ilustre Ministro Teori Albino Zavascki²³ discorre no sentido da não caracterização do dano moral à coletividade:

²² BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. In: Sérgio Augustin (Coord.). *Dano moral e sua quantificação*. 3.ed. rev. e ampl. Caxias do Sul, RS: Plenum, 2005. p. 43-66.

²³ ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: Teoria de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. Lume.UFRGS, Porto Alegre/RS. p. 35. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf?sequence=1>> Acesso em: 04 de janeiro de 2011.

Refutando a doutrina segundo a qual sempre que houver um prejuízo ambiental objeto de comoção popular, como ofensa ao sentido coletivo (...) o primeiro reparo que impõe é no sentido de que não existe dano moral ao meio ambiente.

Muito menos ofensa moral aos mares, à Mata Atlântica ou mesmo agressão moral a uma coletividade ou a um grupo de pessoas não identificados.

Embora em voto vencido, o ministro Luiz Fux fez importante indagação no que diz respeito ao dano moral coletivo: “*o meio ambiente ostenta na modernidade valor inestimável para a humanidade, tendo por isso alcançado a eminência de garantia constitucional*”. Portanto, o dano transindividual deve ser analisado com todos os elementos trazidos pelos direitos difusos, e não se regular na entidade do dano individual.

Mesmo patente a tese de que a coletividade poderia experimentar dano extrapatrimonial, os tribunais ainda se mostravam obstinados a não aplicabilidade do dano moral no âmbito coletivo.

Ora, nem toda conduta ilícita importa em dano moral, nem, como bem observou o acórdão recorrido, se pode interpretar o art. 1º da Lei da Ação Civil Pública de modo “a tornar o dano moral indenizável em todas as hipóteses descritas nos incisos I a V do art. 1º da referida lei”. (REsp 598.281-MG – 1ª T. – STJ – maioria – rel. p/ o acórdão Min. Teori Albino Zavascki. DJ 01.06.2006 p. 147).

Todavia, em acórdão proferido em 15 de dezembro de 2009, Resp 1.057.274-RS, de maneira surpreendente o Superior Tribunal de Justiça decide de forma a admitir a caracterização de dano moral à coletividade:

DANO MORAL COLETIVO. PASSE LIVRE. IDOSO. A concessionária do serviço de transporte público (recorrida) pretendia condicionar a utilização

do benefício do acesso gratuito ao transporte coletivo (passe livre) ao prévio cadastramento dos idosos junto a ela, apesar de o art. 38 do Estatuto do Idoso ser expresso ao exigir apenas a apresentação de documento de identidade. Vem daí a ação civil pública que, entre outros pedidos, pleiteava a indenização do dano moral coletivo decorrente desse fato. **Quanto ao tema, é certo que este Superior Tribunal tem precedentes no sentido de afastar a possibilidade de configurar-se tal dano à coletividade, ao restringi-lo às pessoas físicas individualmente consideradas, que seriam as únicas capazes de sofrer a dor e o abalo moral necessários à caracterização daquele dano. Porém, essa posição não pode mais ser aceita, pois o dano extrapatrimonial coletivo prescinde da prova da dor, sentimento ou abalo psicológico sofridos pelos indivíduos. Como transindividual, manifesta-se no prejuízo à imagem e moral coletivas e sua averiguação deve pautar-se nas características próprias aos interesses difusos e coletivos. Destarte, o dano moral coletivo pode ser examinado e mensurado.** Diante disso, a Turma deu parcial provimento ao recurso do MP estadual. Resp 1.057.274-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 1º/12/2009.”

Observa-se no acórdão acima, o qual mudou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que os pressupostos aplicados para caracterização do dano moral coletivo, se pautam nos ditames dos direitos difusos e coletivos e não nos paradigmas dos danos individuais.

Após o referido julgado houve significativo avanço no que concerne ao dano moral metaindividual, de modo que os tribunais passaram a aceitar um pouco mais o tema, reconhecendo, portanto, ser a coletividade detentora de direitos imateriais.

Nesse sentido, importante passo foi dado em nosso judiciário, considerando que ante as transformações econômicas e sociais hodiernas, as quais sobejaram à figura do indivíduo, faz-se pertinente e necessária a tutela coletiva de direitos. Portanto, o instituto faz jus a uma maior atenção por parte de nossa doutrina, que ainda trata pouco do assunto, bem como por parte de nossos Tribunais, uma vez que nossa cultura, estritamente atrelada aos conceitos individualistas, ainda não está acostumada ao tratamento coletivo dos direitos.

3.4 Destinação da condenação

O art. 13 da lei n.º 7.347/1985 dispõe:

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

Segundo Hugo Nigro Mazzilli²⁴, o fundo de destinação da condenação tem a finalidade de:

Assim, nas ações civis públicas ou coletivas que versem sobre direitos transindividuais indivisíveis, havendo condenação em dinheiro, indenização reverterá para o fundo criado pelo art. 13 da LACP. Esse fundo, que hoje se chama fundo de defesa dos direitos difusos por definição legal, tem finalidade primordial de viabilizar a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens de direitos de valor artísticos, estéticos, histórico, turístico, paisagismo, por infração à ordem econômica e outros interesses difusos e coletivos. Se possível, o próprio bem lesado deve ser reparado; em caso contrário, o dinheiro da condenação poderá ser usado para preservar ou restaurar outros bens compatíveis.

Assim, mesmo nas hipóteses mais complexas, sobrevindo condenação, o dinheiro obtido deverá ser usado na reparação direta do bem lesado ou se isso não for possível, ao menos em finalidade compatível com a origem da lesão.

Como exemplo, em se tratando de dano irreparável a um direito ao patrimônio artístico, como a uma obra de arte, a indenização poderá ser utilizada para reconstituição, manutenção ou conservação de outras obras de arte, ou até

²⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 19. ed. São Paulo. Saraiva, 2006.p 466.

mesmo para conservação de museus ou lugares onde elas se encontrem. Na destruição irreparável de um sítio ambiental, pode ser cogitada a preservação de outros locais dotados pela natureza. No caso de extinção de animais, pode criar condições que favoreçam a procriação ou o habitat da mesma ou de outra espécie.

Outrossim, deve-se observar se o bem jurídico não é gerido por fundos próprios, por exemplo: o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT expresso na Lei 7.998/90, o fundo de Proteção a Crianças e Adolescentes previsto no art. 214²⁵ da lei 8.069/90. Os fundos do Estatuto da Criança e do Adolescente devem ser criados nas respectivas urbes, na ausência poderá ser criado no âmbito Federal ou Estadual.

O fundo de destinação da condenação oriunda dos danos causados a coletividade tem importante papel na sanção e reparação dos danos causados à coletividade.

4 CONCLUSÃO

Como demonstrado no presente trabalho, o dano moral coletivo por muito tempo não foi aceito pelos nossos julgadores, sob o argumento da inexistência de direito imateriais atinentes à coletividade.

Referido impasse passou a ser gradativamente superado com o julgamento do Resp 1.057.274-RS, o qual modificou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto a não aplicabilidade do dano moral coletivo. Dessa forma, passou-se a admitir que a coletividade pode sofrer dano extrapatrimonial.

²⁵ Art. 214. Os valores das multas reverterão ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo município.

Imperioso ressaltar, que os pressupostos para caracterização do dano moral coletivo não se confundem com os ditames do dano moral individual, de modo que quaisquer atos lesivos aos direitos difusos ou coletivos deverão ser reparados com base na legislação pertinente ao instituto.

A indenização auferida deve ser destinada aos fundos competentes, cujo objetivo é restituir ou reparar o bem lesado, seja de forma direta ou indireta. Nesse sentido, a função da condenação é sancionatório-pedagógico.

Contudo, a doutrina faz forte crítica à administração dos fundos de destinação das respectivas indenizações, pois em alguns casos a indenização não cumpre com efetividade a função destinada de reconstituição ou reparação do bem jurídico lesado.

No tocante aos Tribunais, ainda encontram algumas dificuldades em analisar o *quantum* indenizatório, considerando que o dano não se limita ao único indivíduo e sim a toda uma coletividade.

Apesar do significativo avanço dos direitos difusos, principalmente o dano moral experimentado pela coletividade, a doutrina ainda se mostra tímida em abordar o assunto, por esse motivo, o tema torna-se pouco explorado no mundo jurídico.

Por fim, o instituto em tela é de extrema relevância e encontra-se em desenvolvimento, merecendo uma atenção diferenciada dos tribunais e da doutrina pátria.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BESSA, Leonardo Roscoe. *Dano moral coletivo*, Esmarn. 2009. Disponível em: <http://www.esmarn.org.br/revistas/index.php/revista_teste/article/viewFile/86/77> Acesso em: 4 de janeiro de 2011.

BÍBLIA. Tradução de João Ferreira de Almeida. 4ª edição. São Paulo: Vida, 1996.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *In: Sérgio Augustin (Coord.). Dano moral e sua quantificação.* 3.ed. rev. e ampl. Caxias do Sul, RS: Plenum, 2005.

COSTA. Marcelo Freire Sampaio. *Dano Moral (Extrapatrimonial) Coletivo*, 1.ed. São Paulo: LTr, 2009.

FILHO, Misael Montenegro. *Código de Processo Civil Comentado e Interpretado*. 1. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

HERKENHOFF. José Baptista. *Curso de Direitos Humanos: Gênese dos Direitos Humanos*. 2 ed. São Paulo. Editora Santuário, 2002.

KANT, Immanuel – *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. tradução de Leopoldo Holzbach – São Paulo. 1 ed. Editora Martin Claret, 2004. p 52.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 19. ed. São Paulo. Saraiva, 2006.p 466.

REALE. Miguel. *Filosofia do Direito*.17 ed. São Paulo. Editora Saraiva. 1996, p.210.

SMANIO. Gianpaolo Poggio. *Interesses Difusos e Coletivos*. 4 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 109.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: Teoria de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. Lume.UFRGS,Porto Alegre/RS. p. 35. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf?sequence=1>> Acesso em: 04 de janeiro de 2011.