

UMA RELEITURA DA RESPONSABILIDADE CIVIL: O DUPLO ASPECTO DO DANO MORAL E O DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO

A PERSPECTIVE OF CIVIL LIABILITY: MORAL DAMAGES AND COLLECTIVE DAMAGES

Emilie Kalyne Munhoz*

Paulo Fernando de Mello Franco**

RESUMO

O artigo se propõe a refletir sobre a figura do dano moral, singular e coletivo, sob a perspectiva da releitura do instituto da responsabilidade civil. Para tanto, em um primeiro momento, traça, em linhas gerais, o percurso do reconhecimento dos direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro. Ressalta, ainda, a importância do dano moral como instrumento de tutela destes direitos e a necessidade de ser reconhecido e aplicado, nos casos concretos, o duplo aspecto do dano moral. Em um segundo momento, faz um paralelo entre a aplicação do dano moral a nível individual e coletivo, para então analisar alguns aspectos do dano extrapatrimonial (moral) coletivo. Por fim, faz uma análise da legislação constitucional e infraconstitucional que fundamentam o instituto do dano extrapatrimonial coletivo no ordenamento jurídico brasileiro, bem como examina algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: responsabilidade civil; direitos da personalidade; dano moral; dano moral coletivo; direitos fundamentais;

ABSTRACT

This article focuses about the moral damage and collective damage in a new perspective of civil responsibility. At first, attempts to address the route of recognition of personal rights in the Brazilian legal system. Also emphasizes the importance of moral damages as an instrument of protection of such rights and the need to be recognized the double aspect of moral damages. In a second step, draws a parallel between the moral and collective damages. Finally, an analysis of the constitutional and subconstitucional legislation that underlie the institution of collective moral damage in the Brazilian legal system, and examines some decisions of the Superior Court of Justice on the subject.

KEYWORDS: civil liability; moral damages; collective damages; personal rights; fundamental rights;

*Pós-graduanda em Direito Civil Constitucional pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ. Mestranda em Direito, na linha de Constituição, Sociedade e Políticas Públicas, pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO. Advogada.

** Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade Candido Mendes – CENTRO. Mestrando em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO. Residente Jurídico da Procuradoria Geral do Estado PGE – RJ. Advogado.

1. Introdução.

Com a promulgação da Constituição Federal de 88, o princípio da dignidade humana, enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro (art. 1º, III, CF), passou a irradiar os seus efeitos a todos os destinatários das normas constitucionais e a regular, efetivamente, muitos aspectos da vida humana em sociedade.

Os direitos da personalidade, enquanto direitos que representam na esfera infraconstitucional alguns elementos da dignidade humana, não possuíam previsão normativa expressa no Código Civil de 1916. Por esta razão, o Código Civil de 2002, posterior à Declaração Universal dos Direitos Humanos e à Constituição Federal de 88, ficou responsável pela árdua tarefa de tutelar a dignidade humana.

Assim, para que fosse possível proteger integralmente, em todas as suas perspectivas, a pessoa humana, e não apenas o seu patrimônio, se fez necessário reconhecer que há bens jurídicos pessoais e sociais, os quais não estão sujeitos à valoração econômica, e que, em termos de relevância, não se comparam aos bens materiais. São os direitos extrapatrimoniais, insubordinados à valoração econômica, dentre os quais se apresentam os direitos da personalidade e os interesses coletivos e difusos.

Pela impossibilidade de valoração material e econômica, dado que tais direitos são existenciais por natureza, a alternativa encontrada pela doutrina e jurisprudência para a defesa destes direitos, muitas vezes, tem sido a indenização por dano moral.

Mas para que atenda aos fins a que se destina, ou seja, a proteção da dignidade humana, na perspectiva singular e coletiva, é necessário que tal instituto – a indenização por dano moral – seja constantemente adaptado à realidade social, a qual se encontra em constante processo de mutabilidade, devido à imprevisibilidade inerente ao comportamento humano e social.

Na perspectiva singular, o desafio é reconhecer, na prática, o duplo aspecto do dano moral, qual seja: o primeiro, que se trata de um prejuízo pessoal imaterial, vinculado à valores e sentimentos íntimos; o segundo, que se trata da violação a um bem extrapatrimonial, independente da intenção do agente e independente dos sentimentos e valores íntimos do titular do direito.

Na perspectiva coletiva, o desafio é reconhecer e aplicar o dano moral coletivo, que já encontra previsão normativa no ordenamento, mas que ainda encontra certa resistência de alguns operadores de direito, que, muitas vezes, exigem, para a configuração do dano moral, a comprovação de dor físico ou psíquico, elementos que não são capazes de transcender a

barreira do indivíduo para a coletividade. A dificuldade, desta forma, encontra-se na objeção do reconhecimento do segundo aspecto do dano moral.

2. A indenização por dano moral como mecanismo de tutela dos direitos da personalidade

A relevância dos direitos da personalidade ganha especial atenção do ordenamento jurídico brasileiro após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que consagrou a dignidade humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Sabidamente aquilatado, o festejado Texto cunhado em 88, com os merecidos clamores democráticos, fez, do singular, plural; e trasladou o patriarcalismo e o individualismo, aluindo-os sob a emersão dos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana. Até mesmo a propriedade, quem diria, passou a obrigar¹.

Com efeito, o princípio da dignidade humana passa a irradiar todos os seus efeitos após o período das grandes guerras, com a sua consagração, em 1948, na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Como não poderia ser diferente, a Constituição brasileira de 88 construiu as suas bases neste princípio e estendeu à legislação infraconstitucional e a todos os destinatários da norma constitucional os seus efeitos normativos.

Passa a dignidade humana, então, não só a servir como um instrumento de orientação hermenêutica para as normas infraconstitucionais, mas passa a regular diretamente, não de forma limitativa ou programática, a concreta relação entre os destinatários da norma jurídica – indivíduos, Estado (Poder Executivo, Legislativo e Judiciário), coletividades (PERLINGIERI, 2008, p. 578-579).

Os direitos da personalidade, direitos que representam na esfera infraconstitucional alguns elementos da dignidade humana, não possuíam previsão normativa expressa no Código Civil de 1916. Por esta razão, o Código Civil de 2002, posterior à Declaração Universal dos Direitos Humanos e à Constituição Federal de 88, ficou responsável pela árdua tarefa de tutelar a dignidade humana. E assim o fez, inserindo em seu conteúdo um rol exemplificativo contendo alguns dos direitos da personalidade.

Os direitos da personalidade, reflexos do núcleo central da dignidade humana, não possuíam previsão normativa expressa no Código Civil de 1916. Por tal razão, o Código Civil

¹ Em clara manifestação jurídica de que o Direito não é um fim em si mesmo, mas sim meio a fins transcendentais, v.g., afirmou o art. 153 da Carta Alemã de 1919, de maneira simples – e, ao mesmo tempo, de ímpar complexidade à época –, que *Eigentum verpflichtet, i.e.*, a propriedade obriga.

de 2002, posterior à Declaração Universal dos Direitos Humanos e à Constituição Federal de 88, ficou responsável pela nobre, porém dificultosa, missão de tutelar a personalidade humana. E assim o fez, inserindo em seu conteúdo um rol notadamente exemplificativo contendo alguns dos direitos da personalidade.

Da mesma forma, instou por relativizar, sobremaneira, a abrangência do direito de propriedade, subjetivo por excelência (MATTIETTO, 2005, p. 155-168). Considerado o mais completo e absoluto entre todos os direitos², o direito máximo de propriedade não ficou isento do fenômeno da constitucionalização do direito, cujo canteiro de obras foi cuidadosamente lapidado e arrematado, razão pela qual hoje se espraia às mais diversas áreas jurídicas, convidando a todos a uma releitura do ordenamento jurídico à luz da Constituição.

O caminho percorrido para o reconhecimento de tais direitos em esfera constitucional e infraconstitucional, vale ressaltar, foi intrincado e moroso. Tal reconhecimento só foi possível após a superação, ainda que não absoluta, da concepção patrimonialista do direito civil, a qual não reconhecia direitos que não pudessem ser economicamente mensurados e avaliados. Esta corrente patrimonialista deriva do Código de Napoleão, o qual exerceu influência sobre o direito brasileiro por mais de duzentos anos. Sobre o tema, nos ensina Maria Celina Bodin de Moraes:

Duzentos anos depois [do Código de Napoleão], dentre as garantias oferecidas ao sujeito, reconhece-se a prevalência, sobre o patrimônio, da proteção da personalidade humana, seja no que diz respeito à sua identidade e à sua integridade, seja no que se refere à sua intimidade e à sua vida privada (MORAES, 2010, p. 122).

Assim, para que fosse possível proteger integralmente a pessoa humana, e não apenas o seu patrimônio, se fez necessário reconhecer que há bens jurídicos pessoais e sociais, os quais não estão sujeitos à valoração econômica, e que são tão ou mais relevantes que aqueles que dizem respeito aos bens materiais. Vale dizer, sobressai a tutela jurídica da personalidade no que pertine a situações existenciais, as quais, em detrimento de posições jurídicas meramente patrimoniais, encontram-se, como projeções da dignidade humana, no ápice axiológico do ordenamento constitucional.

Inovações científicas e tecnológicas, bem como a proliferação dos meios de comunicação e da sociedade de consumo de massa, têm demonstrado que o caminho percorrido pelos direitos da personalidade está longe do fim. Muito ainda precisa ser feito para que se possa afirmar, com a ênfase desejada, que a tutela da personalidade encontra-se

2 PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. v. I, 5 ed.. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. p. 24.

eficazmente operacionalizada. Não é raro surgir novas situações que expressam valores individuais e sociais, que se encontravam fora da previsão normativa expressa. Nem por isso, justamente por comporem o conceito de dignidade humana, tais valores não podem ficar alheios à salvaguarda jurídica.

Por ser o comportamento humano imprevisível, a Constituição Federal não procurou delimitar, descrever, tampouco exemplificar o que seria o conceito do princípio da dignidade humana. Se a personalidade humana, enquanto formas de expressão do ser humano, é a alguns dos elementos da dignidade humana, conceito geral e aberto, não seria razoável defender que os direitos da personalidade estariam limitados à previsão legal, já que a própria dignidade não está.

Desta forma, o rol dos direitos da personalidade, previsto pelo Código Civil de 2002 e por diversos outros documentos normativos, não podem ser outra coisa que não um rol exemplificativo, dado o caráter dinâmico da dignidade e, portanto, da personalidade humana. Com efeito, não se pode identificar, com precisão, os valores pessoais e sociais que emergem da sociedade a todo o momento, uma vez que estão sujeitos à imprevisibilidade e mutabilidade inerentes ao comportamento humano. Na visão de Perlingieri:

A personalidade, portanto, não é um direito, mas sim, um *valor* (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente exigência mutável de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer com que se perca de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas (PERLINGIERI, 2008, p. 764-65).

Reconhecida, então, a existência de um direito da personalidade, expresso ou não na legislação infraconstitucional, cumpre tutelar juridicamente esse direito. A violação aos direitos da personalidade, à pessoa humana, é uma afronta não só à vítima, mas a todo o corpo social que partilha dos mesmos valores. Daí a dificuldade de auferir o valor pecuniário ou moral de um elemento da personalidade humana que foi retirado, ferido, violado. Como auferir o valor social de um bem, de um dano, que não pode ser mensurado economicamente, que, na maioria das vezes, não pode ser reconstituído ou desconstruído?

A resposta encontrada pela doutrina e jurisprudência, muitas vezes, tem sido a indenização por dano moral. O dano, necessário para a caracterização do dever de indenizar, de reparar o prejuízo, pode ser material ou moral. O material seria o dano patrimonial, de

cunho econômico, passível de ser contabilizado. Já o dano moral, por sua vez, seria uma perda não econômica, não patrimonial e, por essência, imensurável.

Para a necessária compreensão do tema, é necessário pontuar e compreender o duplo aspecto do dano moral. Passemos a analisá-lo.

O primeiro, e mais comum, pode ser traduzido como um prejuízo subjetivo significativo, ou seja, um prejuízo pessoal, variável de pessoa para pessoa, que estaria vinculado aos sentimentos e valores íntimos, rotineiramente associados à necessidade de caracterização da dor, vexame, humilhação.

O segundo seria a violação a um bem extrapatrimonial, individual ou coletivo, que não necessariamente guarda relação com elementos subjetivos, tais como sofrimento físico ou psíquico do indivíduo.

Em razão do viés aparentemente paradoxal desta segunda espécie, este último aspecto do dano moral ainda encontra certa resistência em ser acolhido pelo ordenamento jurídico brasileiro. É que a própria terminologia leva a uma falsa necessidade de vincular a indenização à comprovação de violação da honra subjetiva da vítima, o que levaria a casos em que, por não estarem vinculados à honra, mas sim a outros direitos, não estariam protegidos pelo ordenamento jurídico. Nas palavras de Anderson Schreiber:

A conceituação do dano moral como lesão à personalidade humana opõe-se a outro entendimento bastante difundido na doutrina e jurisprudência brasileira, segundo a qual o dano moral consistiria na 'dor, vexame, sofrimento ou humilhação'. Tal entendimento, frequente nas nossas cortes, tem a flagrante desvantagem de deixar a configuração do dano moral ao sabor de emoções subjetivas da vítima. No extremo, sua aplicação conduz a resultados lamentáveis (SCHREIBER, 2011, p. 16).

Assim, caso a violação a um direito da personalidade seja violado, não é necessário que se comprove a existência de 'dor, vexame, sofrimento ou humilhação' para que esteja configurado o dano moral. A violação ao direito extrapatrimonial seria o suficiente para configurar o dano. O uso indevido da imagem ou do nome, por exemplo, não exigiria, para a devida reparação, que fosse comprovada a ofensa à honra subjetiva daquele que se sentiu prejudicado em seus direitos existenciais. E, partícipes de um ordenamento constitucional que se afirma coadunado com a efetividade da tutela da personalidade, é bom que seja assim.

O Superior Tribunal de Justiça, após diversos recursos neste sentido, editou a súmula 409, que assim dispõe: "Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais". Tudo a corroborar com

a desnecessidade de comprovar o prejuízo moral nos casos em que, para a comprovação do dano, basta a conduta ilícita.

A tutela integral da pessoa humana, ou seja, o reconhecimento jurídico de bens extrapatrimoniais, exige, tão logo, a desvinculação do dano moral à ideia de que para a sua configuração é necessário que se comprove, caso a caso, a existência de elementos subjetivos, sujeitos a valores pessoais. A tarefa, que de fácil nada tem, é compensada pelos proveitos que dela se extrairão.

A tutela preventiva dos direitos da personalidade, por exemplo, denota a pretensão do ordenamento jurídico de, antes mesmo de vislumbrar coibir sua lesão, paralisá-la, ainda, durante a fase de execução da potencial lesão. Da leitura do art. 12 do Novo Código Civil se percebe que, além da lesão, tutela-se, outrossim, a ameaça de lesão.

Ora, a parte inicial do art. 12 do NCC consagra a denominada tutela preventiva dos direitos da personalidade, também chamada de tutela inibitória, o que se alinha perfeitamente à ideia de despatrimonialização do direito civil, sobre a qual já falamos anteriormente.

A lógica da proteção dos direitos patrimoniais não é da tutela preventiva, mas ressarcitória, visivelmente insuficiente para salvaguardar, como se espera, a dignidade da pessoa humana. Imaginar a hipótese em que a potencial vítima tenha que aguardar o cometimento da lesão, sob pena de ausência de condição para o exercício do direito de ação na modalidade de interesse de agir, não se adéqua à projeção da despatrimonialização promovida pelo novo eixo filosófico instaurado em 1988.

No mesmo sentido é o Enunciado nº 140 fruto de intenso debate nas Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, segundo o qual:

140 – Art. 12: A primeira parte do art. 12 do Código Civil refere-se às técnicas de tutela específica, aplicáveis de ofício, enunciadas no art. 461 do Código de Processo Civil, devendo ser interpretada com resultado extensivo.

Dito isto, mostra-se evidente que, sempre que a tutela inibitória não se mostrar eficazmente suficiente para impedir a ocorrência de lesão à direitos da personalidade, deverá se valor seu titular de medidas reparatórias, dentre as quais se incluir, como mecanismo concretizador, o instituto do dano moral, afinal, diante da lesão, algo precisa ser feito para, ao menos, abrandar os prejuízos – e, repise-se, não necessariamente subjetivos – percebidos.

3. O dano extrapatrimonial coletivo sob a perspectiva da releitura da responsabilidade civil

O instituto da reparação civil é e sempre foi um mecanismo essencial à própria ideia de justiça civil. O homem, em toda a sua jornada terrena, sempre buscou alguma forma de ver o seu prejuízo pessoal (moral ou material) reparado. Os mecanismos para a reparação do dano tem evoluído com a maturidade social. Não é mais necessário, por exemplo, a lei de Talião para satisfazer a necessidade de ter o dano reparado, embora, à época, já aparentasse considerável avanço no campo da humanização das penas aplicáveis àqueles praticantes de ilícitos, nada obstante, para nós, ela pareça desmesurada, foi muito festejada quando de sua vigência³.

Na medida em que há avanços sociais surge a premente necessidade de se reavaliar o instituto e a sua aplicabilidade prática. A flexibilidade deste instituto, portanto, é elemento intrínseco aos rearranjos sociais que a sociedade se sujeita a todo momento.

Assim, é possível afirmar que a responsabilidade civil, enquanto elemento de pacificação social, está sujeita, e assim deve ser, às constantes releituras de seu conteúdo e aplicabilidade, para que seja, de fato, possível adequar a norma à realidade social e não o contrário. É o que nos ensina Pietro Perlingieri:

O caráter dinâmico do ordenamento deve ser entendido, portanto, em dois sentidos: incrementador das regras e dos princípios introduzidos legalmente dia após dia no sistema e condicionado pela evolução das exigências e hábitos, isto é, pela cultura com oatualidade dos problemas e das possíveis soluções. Esse caráter dinâmico representa o aspecto mais interessante da complexidade, ou seja, aquele procedimental. É a recusa de conceber a complexidade como estática, suscetível de ser fotografada e embalsamada em uma teoria geral, posto que a complexidade do ordenamento é, por definição, dinâmica, sujeita a ser filmada somente na sua gradual transformação (PERLINGIERI, 2008, p.198).

Talvez a responsabilidade civil, devido ao seu relevante significado social, seja um dos institutos de direito civil que mais se sujeita às mudanças sociais e, portanto, carece de estabilidade e certezas. Isto porque é sua tarefa extrair do caso concreto os valores construídos

³ Antes da Lei de Talião, em um contexto comunitário fortalecido, a pena a ser aplicável a um indivíduo de uma determinada comunidade que vilipendiasse algo ou alguém de outra seria dirigida à comunidade deste, indistintamente, atingindo qualquer um que estivesse no caminho dos insurgentes. Daí dizer-se, portanto, em medida civilizatória, por mais que, para nós, contemporâneos aos direitos humanos, tal pareça desmedido.

socialmente, que também carecem de solidez, devido à mutabilidade característica do comportamento humano.

O dano, pressuposto central e imprescindível para a configuração da responsabilidade civil (RIZZARDO, 2011, p. 13), também está sujeito a constantes releituras. Não raro se noticia, no universo jurídico, uma série de situações imprevistas – e, por vezes, imprevisíveis – as quais apresentam um dano que antes não encontrava ressarcibilidade, tampouco tutela jurídica expressa.

Este fenômeno é consequência da releitura dos pressupostos da responsabilidade civil, os quais vêm sendo relativizados pelo ordenamento jurídico não só do Brasil, mas de diversos países, leitura a qual Anderson Schreiber nos conduz:

Cortes que, em outros tempos, fechavam suas portas a ações judiciais promovidas sem demonstração da culpa ou do nexa causal, hoje, emitem, muitas vezes, provimentos jurisdicionais favoráveis em virtude de uma manipulação mais flexível [...] dos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil (SCHREIBER, 2012, p. 83)

Exemplo de recente releitura da responsabilidade civil, que também se insere no fenômeno da flexibilização da culpa e do nexa causal é o reconhecimento do “dano moral coletivo”, figura que tem suscitado diversos debates jurídicos. Sobre o tema, aduz Xisto Tiago de Medeiros Neto:

Afirma-se, então, que o reconhecimento do *dano moral coletivo* e da imperiosidade da sua adequada reparação traduz a mais importante vertente evolutiva, na atualidade, do sistema da responsabilidade civil, em seus contínuos desdobramentos, a significar a extensão do dano a uma órbita coletiva de direitos, de essência tipicamente extrapatrimonial, não subordinada à esfera subjetiva do sofrimento ou da dor individual (MEDEIROS NETO, 2012, p. 159).

Já reconhecido pela doutrina e jurisprudência, tal instituto ainda encontra-se embrionário no nosso ordenamento e merece, ainda, a atenção dos operadores de direito. Decorrente da evolução dos direitos coletivos, típicos de uma sociedade de massa, o dano moral coletivo se apresenta como um dos mais recentes mecanismos de proteção aos interesses difusos e coletivos.

O dano moral coletivo, nas palavras de Xisto Medeiros (2012, p.159), seria expresso por “[...] direitos que traduzem valores jurídicos fundamentais da coletividade, que lhe são próprios, e que refletem, no horizonte social, o largo alcance da dignidade dos seus membros”.

Para Carlos Alberto Bittar (1994, p. 44), o dano moral coletivo seria a violação à moral coletiva, para ele, “é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é

a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. E seu raciocínio segue da seguinte maneira:

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 (BITTAR, 1994, p.44)

Sob esta perspectiva, o dano moral coletivo, estaria umbilicalmente ligado a valores e sentimentos coletivos, ou seja, valores que se distanciam dos interesses individuais, que não podem ser, em momento algum, atribuídos a um indivíduo em particular, mas somente faz sentido se atribuído ao todo.

O dano moral coletivo, portanto, nesta perspectiva, pode ser traduzido como a lesão suportada por uma coletividade em razão da violação injustificada de um direito coletivo compartilhado, de forma não divisível, entre os seus membros. Bastaria a violação aos interesses metaindividuais, sem a necessidade de vincular o dano coletivo à comprovação de violação à honra ou à necessidade de demonstrar o sofrimento e outros elementos subjetivos.

Medeiros Neto (2012, p. 168) elenca quatro pressupostos, cumulativos, para a configuração do dano moral coletivo, seriam eles: (i) a conduta antijurídica ativa ou omissiva do agente, pessoa física ou jurídica; (ii) a ofensa a interesses jurídicos fundamentais, de natureza extrapatrimonial, titularizados por uma determinada coletividade (grupo, categoria, classe de pessoas ou toda a comunidade); (iii) a intolerabilidade da ilicitude, diante da realidade apreendida e da sua repercussão social; (iv) nexos causal observado entre a conduta e o dano correspondente à violação do interesse coletivo ou difuso.

Assim, de acordo com este autor, a necessidade de comprovação do sentimento de dor coletiva seria substituído pela necessidade de comprovação da intolerabilidade da ilicitude, diante da realidade coletiva e da repercussão social. Apesar de se tratar, igualmente, de elementos subjetivos, uma vez que a tolerabilidade é, também, um valor volúvel e inconstante, a substituição é oportuna.

Isto porque a necessidade de comprovação da intolerabilidade da conduta repisa o argumento de que não é necessário vincular o dano moral à comprovação de sofrimento – qualquer que seja. O sofrimento coletivo, extremamente subjetivo e de difícil comprovação, é substituído por outro elemento: a indignação social. Embora a indignação também seja um valor, um sentimento, é um elemento com menor carga probatória.

A aplicação do dano moral à pessoa jurídica também reforça o argumento de que não é necessário a vinculação deste dano específico ao sofrimento e outros sentimentos subjetivos. Na ocasião do Recurso Especial n. 60.033-2MG, o ministro Ruy Rosado de Aguiar pontuou que a pessoa jurídica, embora não tenha capacidade de sentir dor, humilhação, vexame, nem por isso estaria desprovida de uma espécie de honra objetiva. Como ponderado por André Ramos (1998, p. 80): “Verifica-se, deste modo, que a proteção dos valores morais não está restrita aos valores morais individuais da pessoa física. Com efeito, outros entes possuem valores morais próprios, que se lesados, também merecem reparação pelo dano moral.”

Assim como o reconhecimento do dano moral por violação aos direitos da personalidade e o reconhecimento do dano moral aplicável à pessoa jurídica, em leitura mais compatível com os preceitos constitucionais, que exige a adequação das normas jurídicas à dinâmica social, tem corroborado com o entendimento de que o dano moral não necessita de comprovação de lesão a sentimentos subjetivos. Não seria razoável, portanto, atrelar o reconhecimento do dano moral coletivo à comprovação de dor, humilhação, sofrimento psíquico, e demais elementos que, se difíceis são de comprovar individualmente, a nível coletivo seria o equivalente a requerer da coletividade lesada a realização de uma prova impossível.

Embora ainda não seja possível afirmar existir uma personalidade coletiva, os elementos que compõem o dano moral coletivo encontram identidade com os elementos característicos dos direitos da personalidade. Afinal, é possível identificar valores e elementos coletivos (como a honra, por exemplo) que, se violados, retiram do corpo social o direito de exercer, coletivamente, a personalidade individual, que representa o direito de exercer livremente a dignidade humana.

Desta forma, é necessário tutelar o valor, o interesse, da coletividade, que, em última instância, trata-se da expressão social, coletiva, das individualidades que a compõem. Desta forma, é imperioso, para a defesa integral destes valores, abandonar a posição que não permite a libertação do dano moral do sofrimento físico ou psíquico. Melhor seria, para este fim, falar em dano extrapatrimonial coletivo, e não em dano moral coletivo, como defendido por Leonardo Roscoe Bessa:

O dano extrapatrimonial, na área de direitos metaindividuais, decorre da lesão em si a tais interesses, independentemente de afetação paralela de patrimônio ou de higidez psicofísica. A noção se aproxima da ofensa ao bem jurídico do direito penal que, invariavelmente, dispensa resultado naturalístico, daí a distinção de crimes material, formal e de mera conduta,

bem como se falar em crime de perigo. Em outros termos, há que se perquirir, analisando a conduta lesiva em concreto, se o interesse que se buscou proteger foi atingido (BESSA, 2012, p. 515):

Cabe ressaltar, por fim, só seria possível falar em dano extrapatrimonial coletivo por violação a um direito coletivo em sentido estrito ou a um direito difuso. Não seria cabível dano moral coletivo por violação aos direitos individuais homogêneos.

A diferenciação destes direitos é fundamental para a compreensão do dano moral coletivo. Com efeito, os direitos coletivos individuais homogêneos se distinguem, em essência, do direito difuso e do direito coletivo estrito. É que os primeiros se traduzem apenas a somatória de um número expressivo de direitos e/ou interesses individuais, ao passo que os demais traduzem e expressam os direitos da coletividade, os valores sociais comuns, que efetivamente transcendem a esfera de subjetividade individual. De acordo com o artigo 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor:

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.

O que caracterizaria o dano extrapatrimonial coletivo, portanto, seria a impossibilidade de individualizar o dano extrapatrimonial. Neste caso estar-se-ia falando em direitos, valores e sentimentos coletivos. Os direitos individuais homogêneos são metaindividuais apenas na forma como se apresentam e se postulam em juízo. Na verdade, nada mais são do que direitos individuais que, devido ao expressivo número de lesados, adquirem roupagem de demanda coletiva. Embora os direitos individuais homogêneos possam ser defendidos coletivamente, cada indivíduo é portador de um direito específico, o direito é homogêneo, mas o dano é individual e, possivelmente, heterogêneo.

Em outras palavras, não seria razoável destinar a indenização por tais danos a um Fundo, nos termos do artigo 13 da Lei de Ação Civil Pública, tampouco seria possível retirar

as verbas destinadas ao Fundo Coletivo para fins de ressarcimento dos indivíduos particularmente lesados⁴.

Algumas possibilidades de configuração do dano extrapatrimonial coletivo seriam decorrentes de violações: ao meio ambiente⁵, que afeta a qualidade de vida e à saúde da coletividade; aos direitos do consumidor, como a veiculação de uma publicidade abusiva ou prática de preços abusivos; ao patrimônio histórico, artístico e cultural; à honra de determinada coletividade; à ordem econômica; entre tantas outras.

4. Fundamento legal do dano extrapatrimonial coletivo

A ideia de dano extrapatrimonial (moral) coletivo é proveniente do reconhecimento pelo ordenamento jurídico brasileiro dos interesses difusos e coletivos.

A possibilidade de resguardo jurídico do dano moral coletivo perfaz o conceito de molecularização da tutela jurisdicional, segundo o qual o ordenamento jurídico cria mecanismos idôneos para facilitar o exercício do direito de ação por parte do titular do direito material vilipendiado.

Vale dizer, à luz do fenômeno de defesa de direitos de uma forma mais global, de uma forma mais agrupada, concretizam-se tantos direitos fundamentais – *in casu*, o direito à reparação pelo dano moral suportado, consoante previsto pelo art. 5º, V e X, CRFB – quantos sejam os titulares da relação jurídica que, nalguma medida, os une.

A despeito do caráter divisível e determinável dos direitos individuais homogêneos, isso não amesquinha, de forma alguma, o caráter coletivo de suas vinculações através da aglutinação da defesa do pretense direito argüível em juízo, como hipótese legalmente prevista de legitimidade extraordinária para defesa de um direito de forma pluralmente considerado.

⁴ LACP, Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

⁵ Pessoas sensíveis em relação aos animais, por exemplo, como figuras parcelares da tutela jurídica do meio ambiente, poderiam pleitear indenização por maus tratos – não em face dos animais, por destituídos de personalidade jurídica – mas em face deles próprios. Destarte, ponderaram-se de um lado os interesses existenciais fundamentais ao meio ambiente equilibrado, o que compreende clara proteção constitucional em favor dos animais., de outro, as liberdades à tradição e à autonomia privada de gerir seus animais, detentores do status jurídico de bens moveis semoventes. Aliás, o próprio Texto, ao consagrar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivou expressamente uma norma que determina o poder público, para assegurar a efetividade desse direito, deve “*proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade*”.

Embora a Lei de Ação Popular (4.717/65) e a Lei de Ação Civil Pública tenham sido pioneiras na tutela dos interesses difusos e coletivos, é após a Constituição Federal de 1988, que endossa expressamente a necessidade de tutelar os interesses difusos e coletivos (art. 129, III), que diversos diplomas legais, tais como o Estatuto da Criança e do adolescente; o Estatuto do Idoso; o Código de Defesa do Consumidor; a nova lei do CADE; passaram a se dedicar aos mecanismos de tutela dos interesses coletivos e difusos.

Uma vez reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro os direitos coletivos e difusos, e os mecanismos de tutela desses interesses, passou a ser reconhecida a possibilidade de configuração do dano extrapatrimonial coletivo. Há diversos dispositivos que fazem menção ao instituto. O artigo 6º, incisos IV e VII, do Código de Defesa do Consumidor, assim dispõe:

São direitos básicos do consumidor: [...] VI – a efetiva proteção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; [...] VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos [...].

Também podem ser extraídos do artigo 1º da Lei de Ação Civil Pública, lei 7,347/85, que prevê, em seu artigo 1º, inciso IV, a possibilidade de ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a qualquer interesse difuso ou coletivo, seja ao meio ambiente; ao consumidor; à ordem urbanística; a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; por infração à ordem econômica ou à economia popular; ou outros não previstos expressamente pela lei⁶.

Neste particular vale a ressalva de que o inciso IV do artigo 1º foi incluído em 1990, após a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, e a redação do *caput* do artigo 1º foi alterada, em 2011, pela lei 12.529. A redação anterior era a seguinte: “Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos causados:”. A nova redação passou a ser “Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:”. Tudo a indicar a possibilidade de reparação civil por danos morais a nível coletivo.

O enunciado 76 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho, ao prever a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil

⁶ Lei 7,347/85, art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: [...] IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

pública para a tutela coletiva de trabalhadores, também faz menção expressa à possibilidade de reparação do dano extrapatrimonial coletivo⁷.

É certo que para a defesa dos interesses transindividuais são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar uma efetiva e adequada tutela (art. 83, do CDC). Não obstante, os direitos coletivos possuem instrumentos processuais específicos de proteção, como a Lei da Ação Civil Pública, o Mandado de Segurança Coletivo, a Ação Popular, a Ação de Improbidade Administrativa.

Por esta razão, e dado a natureza essencialmente coletiva do dano extrapatrimonial coletivo, é que se fala que o reconhecimento do instituto só pode se dar no bojo de uma ação coletiva. A legitimidade ativa para a defesa dos interesses coletivos e difusos é prevista pelo artigo 5º da LACP. Não seria possível, portanto, que em uma ação individual fosse pleiteada a reparação do dano moral coletivo. Isto tem uma repercussão prática: a destinação das verbas provenientes da reparação pecuniária do dano extrapatrimonial coletivo.

Em regra, a destinação destas verbas irá para um Fundo, regulamentado por lei, que, futuramente, destinará as verbas para a promoção dos direitos difusos e coletivos em questão. Há duas possibilidades de destinação: o Fundo de Defesa dos Interesse Difusos (arts. 13 e 20 da LACP e regulamentado pelo decreto 1.306/94) e o Fundo de Amparo ao Trabalhador (art. 11, V, da Lei 7.998/90).

Como se infere dos dispositivos mencionados, há amplo reconhecimento normativo a amparar a possibilidade de reconhecimento do dano moral (extrapatrimonial) coletivo. Cumpre, assim, verificar a repercussão do tema no Superior Tribunal de Justiça, órgão responsável pela uniformização da jurisprudência, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, a mais alta corte do país, ainda não julgou nenhum caso que discutisse a questão em debate.

5. A visão do tema no Superior Tribunal de Justiça

Em 2006, na ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 598.281, de relatoria do Exmo. Ministro Luiz Fux, o dano moral coletivo por danos causados ao meio ambiente, por 3 votos a 2, não foi reconhecido ao argumento de que era necessário a vinculação do dano moral à noção de dor, de sofrimento psíquico, características eminentemente individuais, razão pela qual seria impossível vincular o dano moral à noção de transindividualidade.

⁷ Enunciado 76. [...] “I – Alegada a utilização de mão-de-obra obtida de forma ilegal e aviltante, sujeitando o trabalhador a condições degradantes de trabalho, a trabalho forçado ou a jornada exaustiva, cabe Ação Civil Pública de reparação por dano moral coletivo”.

O Min. Fux, em seu voto, favorável à pretensão de dano moral coletivo em virtude de danos causados ao meio ambiente, argumenta da seguinte forma:

No voto-vista, vencedor, do ministro Zavaski, ficou registrada a seguinte passagem:

Todavia, a vítima do dano moral é, necessariamente, uma pessoa. Não parece ser compatível com o dano moral a idéia da "transindividualidade" (= a indeterminabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa e da reparação) da lesão. É que o dano moral envolve, necessariamente, dor, sentimento, lesão psíquica, afetando "a parte sensitiva do ser humano, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

Já em 2008, no Recurso Especial 821.891, novamente de relatoria do Ministro Luiz Fux, em que se discutia a possibilidade de configuração do dano moral coletivo por fraude à licitação, o Relator desconsiderou, ao que parece, a sua posição anterior e argumenta da seguinte maneira:

[...] a incompatibilidade entre o dano moral, qualificado pela noção de dor e sofrimento psíquico, e a transindividualidade, evidenciada pela indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa objeto de reparação, conduz à não indenizabilidade do dano moral coletivo, salvo comprovação de efetivo prejuízo dano.

Neste caso, o voto do Ministro Luiz Fux foi acompanhado pelos demais pares e, por unanimidade, ficou afastada a configuração do dano moral coletivo, por impossibilidade de comprovação, no caso concreto, do sofrimento suportados pela coletividade.

O tema é trazido à discussão novamente em 2009, no Recurso Especial n. 636.021. A relatora, Ministra Nancy Andrighi, em profunda análise, reconhece a existência dos danos morais coletivos como sendo bens não patrimoniais, ou seja, insuscetíveis de valoração pecuniária. Reconhece também a necessidade de tutela jurídica destes direitos, devido a sua relevância para a coletividade. Em suas palavras:

[...] a lesão a um bem difuso ou coletivo corresponde a um dano não-patrimonial e, por isso, deve encontrar uma compensação, permitindo-se que os difusamente lesados gozem de um outro bem jurídico. [...] Nosso sistema jurídico admite, em poucas palavras, a existência de danos extra-patrimoniais coletivos, ou, na denominação mais corriqueira, de danos morais coletivos.

Ao sustentar esta linha de pensamento, ou seja, que o dano moral coletivo não pode ser individualizado, o que descaracterizaria o próprio dano, a Exma. Ministra Nancy Andrighi

diverge dos precedentes anteriores, de relatoria do Ministro Luiz Fux, em 2006⁸, do Ministro Teori Albino Zavascki, em 2008⁹.

Ao que consta dos julgamentos mais recentes do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento da Ministra Nancy Andrighi, ao menos no que tange ao reconhecimento da configuração do dano moral coletivo, vem sendo acolhido pela Segunda¹⁰ e Terceira Turma¹¹. Apesar disto, o tema ainda gera controvérsias e encontra-se longe de estar pacificado, o que pode ser verificado nos diversos posicionamentos adotados pelos Tribunais inferiores, que, devido a sua complexidade, não será possível aprofundar no presente estudo.

6. Conclusão

O dano, pressuposto central e imprescindível para a configuração da responsabilidade civil, está sujeito a constantes releituras. Não raro se noticia, no universo jurídico, uma série de situações imprevistas – e, por vezes, imprevisíveis – as quais apresentam um dano que antes não encontrava ressarcibilidade, tampouco tutela jurídica expressa.

Uma releitura da responsabilidade civil, a luz dos princípios constitucionais, nos leva a concluir que o dano moral possui dois aspectos: um ligado aos valores e sentimentos íntimos da vítima; outro que se relaciona apenas com a conduta, que ao atingir um bem extrapatrimonial, se mostra injustificável do ponto de vista jurídico.

O dano extrapatrimonial, desvinculado de sentimentos e valores íntimos, pode se apresentar em dois aspectos: singular ou coletivo. Singular quando atinge o bem extrapatrimonial de apenas um indivíduo, e coletivo quando viola bens, valores, extrapatrimoniais partilhados por determinada comunidade jurídica.

A figura do dano extrapatrimonial coletivo é recente no ordenamento jurídico brasileiro, mas já é reconhecida pela legislação infraconstitucional, pela doutrina, e por algumas decisões judiciais. Embora haja um reconhecimento deste instituto, há diversos posicionamentos em relação ao tema.

⁸ STJ, REsp 598.281, j. 2.5.2006

⁹ STJ - REsp 821.891, j. 8.4.2008

¹⁰ Confira-se, nesse sentido, os julgados: REsp 1367923 / RJ, j. 27/08/2013; AgRg no REsp 1368769 / SP, j. 06/08/2013; EREsp 962934 / MS, j. 14/03/2012; REsp 1203573 / RS, j. 13/12/2011; REsp 1269494 / MG, j. 24/09/2013; REsp 1197654 / MG, j. 01/03/2011.

¹¹ Além dos julgados de relatoria da ministra Nancy Andrighi, confira-se o REsp 1291213 / SC, j. 30/08/2012, de relatoria do ministro Sidnei Beneti.

O que é possível verificar é que as grandes controvérsias em torno no instituto ocorrem em razão da dificuldade de adequar a técnica e o conservadorismo jurídico à dinâmica social. É que ainda nos deparamos com a visão mais conservadora, que insiste em vincular o dano moral à ideia de dor, sofrimento e sentimentos subjetivos, o que acaba dificultando o reconhecimento do dano moral coletivo no caso concreto.

A dificuldade ainda se apresenta em virtude do não reconhecimento do duplo aspecto do dano moral. Cabe, portanto, uma discussão mais aprofundada e um posicionamento firme do Superior Tribunal de Justiça, responsável pela uniformização da jurisprudência, acerca do dano extrapatrimonial, singular e coletivo, com a finalidade de dissolver as indecisões e injustiças ainda remanescentes.

Para que se adeque os fins a que se destina à dinâmica social, a responsabilidade civil encontra, na legalidade constitucional, portanto, dois desafios em relação ao dano moral: a nível singular, é necessário que seja reconhecida o duplo aspecto do dano moral; a nível coletivo: é necessário o reconhecimento do dano extrapatrimonial (moral) coletivo sem, contudo, exigir provas dos sofrimentos psíquicos ou físicos da coletividade.

Referências.

BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo e seu caráter punitivo. *Revista dos Trbinuais*, vol. 919, São Paulo, maio de 2012.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de direito do consumidor*, vol. 12, outubro de 1994, p. 44.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MATTIETTO, Leonardo. Função social e diversificação do direito de propriedade. *In: Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Rio de Janeiro, v. 6, n. 6, p. 155-168, jun. 2005.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

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

RAMOS, André de Carvalho. A ação civil pública e o dano moral coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 25, p. 80, Jan / 1998.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

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