DANO MORAL COLETIVO E SOCIEDADE GLOBALIZADA: O ESTADO ATUAL DA ARTE E PERSPECTIVAS FUTURAS

DAÑO MORAL COLECTIVO Y SOCIEDAD GLOBALIZADA: EL ESTADO ACTUAL DEL ARTE Y PERSPECTIVAS FUTURAS

Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral*
Fernando Moreira Freitas da Silva**

RESUMO
Em uma sociedade globalizada, marcada pela complexidade das relações sociais e de produção, a cada dia, surgem novos danos, provocando efeitos diretos na teoria da responsabilidade civil. Diante do dano, tratado numa perspectiva civil-constitucional, com foco na vítima, deve-se promover a mais ampla indenização. Objetiva-se demonstrar a divergência quanto ao cabimento dos danos morais coletivos, na doutrina e na jurisprudência (STJ), bem como apresentar reflexões sobre a matéria de modo a superar os obstáculos à aplicação da teoria. Nesse contexto de novos danos, surge o dano moral coletivo, como uma espécie do gênero dano moral, em que se protege os direitos da personalidade não apenas de uma pessoa, mas de uma coletividade.
PALAVRAS-CHAVE: Globalização; Novos danos; Dano moral coletivo.

RÉSUMEN
En una sociedad globalizada, marcada por la complejidad de las relaciones sociales y de producción, a cada día, surgen nuevos daños, provocando efectos directos en la teoría de la responsabilidad civil. Delante del daño, tratado en una perspectiva civil-constitucional, con fuoco en la víctima, se debe promover la más amplia indemnización. Se objetiva demostrar la divergencia cuanto a la posibilidad de los daños morales colectivos, en la doctrina y en la jurisprudencia (STJ), además de presentar reflexiones sobre la materia de modo a superar los obstáculos a la aplicación de la teoría. En ese contexto de nuevos daños, surge el daño moral colectivo, como una especie del género daño moral, en que se protege los derechos de la personalidade no sólo de una persona, mas de una colectividad.
PALABRAS-CLAVE: Globalización; Nuevos daños; Daño moral colectivo.

* Doutora em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Civil pela Universidade Estadual de Londrina. Professora Adjunta da Graduação e do Programa de Mestrado em Direito da mesma instituição. E-mail: anaclaudiazuin@live.com
** Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Federal de Mato Grosso. Juiz de Direito do Estado de Mato Grosso do Sul. E-mail: fnando81@bol.com.br

INTRODUÇÃO

As duas últimas décadas foram cenários do intercruzamento entre duas eras econômicas. De um lado, a era do pós-guerra, caracterizada pelo planejamento estatal e pela intervenção governamental; de outro, a era da economia globalizada, marcada pela financeirização do capital, desregulação dos mercados, privatização e desterritorialização da produção (FARIA, 2004, p. 111).

Nesse contexto de uma era globalizada, verifica-se um modelo de Estado cada vez menos intervencionista (DALARI, 2011, p. 277-278), permitindo a produção e a comercialização em escala global, a circulação de pessoas e de mercadorias, além da promoção do intercâmbio de conhecimento e de tecnologia.

As relações sociais, sob a influência do mundo globalizado, tornam-se cada vez mais complexas e exigem do Direito uma constante atualização de modo a prever respostas aos fenômenos da vida. A impossibilidade de o direito caminhar *pari passu* com a realidade social, apesar de este ser o seu escopo, e a necessidade de legislações para dirimirem os mais específicos conflitos da vida geram um trabalho interpretativo contínuo, na aplicação da lei, conforme leciona José Eduardo Faria:

> É por esse motivo que um ordenamento jurídico minado pela inflação, pela variabilidade e pela volatilidade de seus dispositivos normativos, amplia significativamente o espaço de discricionariedade judicial e o protagonismo dos juízes na vida política, social e econômica. Isto porque, como não oferece aos operadores do direito as condições para que possam extrair de suas múltiplas normas critérios constantes e precisos de leitura e interpretação, esse ordenamento acaba exigindo um trabalho interpretativo contínuo, uma vez que essas normas só podem ter seu sentido definido, basicamente, no exato momento de sua aplicação. Sem condições de exercer seu papel de executor de operações previamente definidas de modo claro e unívoco pelo legislador, o Judiciário acaba, portando, sendo levado a substituir seu caráter de instituição passiva pelo de instituição ativa (FARIA, 2004, p. 130).

Perlingieri (2002, p.1), ao tratar da relação entre realidade social e ordenamento jurídico, também adverte para o fato de o Direito ser sensível a qualquer modificação na realidade social.

Dentre as diversas searas do Direito, verifica-se, na responsabilidade civil, o campo fértil para a observação dos avanços tecnológicos, os problemas daí advindos e as respostas ofertadas pela lei, pela doutrina e pela jurisprudência para tentar dirimi-los,

razão pela qual Guido Alpa e Mario Bessone (1995, p. 251) chegam a afirmar que, nesse contexto, tal seara do direito torna-se cheia de vitalidade e de expansão.

A Constituição Federal de 1988, ao dar guarida ao princípio constitucional da dignidade humana, em seu artigo 1º, inciso III, promoveu um verdadeiro divisor de águas, pois mudou o foco da responsabilidade civil, centrado, agora, na vítima, afastando-se da concepção clássica voltada para a conduta dolosa ou culposa do agente (MORAES, 2009, p. 29).

Ao proclamar o ressarcimento à vítima, a Constituição está a promover uma ampla indenização dos danos, inclusive daqueles 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).

A mudança de paradigma da responsabilidade civil, diante do processo de globalização e dos novos danos, é tratada por Giselda Hironaka com acerto, nos seguintes termos:

> (...) Mudaram os métodos, mudou a filosofia, mudou a história. Conseqüentemente, muda a mentalidade de um povo; esta mudança, hoje, globaliza-se e inunda os sistemas de responsabilidade civil de todo o mundo, que estejam ligados às mesmas raízes de configuração que desenham e reescrevem os sistemas ocidentais de direito. Afinal, no passado, o homem não conheceu, além do fenômeno da mecanização desvairada, o desastre da deterioração do ambiente, o desespero da contaminação da AIDS, o descalabro do desmedido avanço das biotecnologias e suas conseqüências, para citar apenas alguns desses novos perfis de danos capazes de comprometer prejudicialmente os limites da dignidade e do patrimônio de suas vítimas (HIRONAKA, 2003, p. 219).

Hironaka, na mesma senda do que exposto, conclui que as modificações, na teoria da responsabilidade civil, devem-se a reformulações de ordem filosófica e ideológica, tendo como fim a vítima e o completo ressarcimento do dano:

> (...) A reformulação jurídica que se reclama vem principiada por reformulações de ordem filosófica e de ordem ideológica, principalmente. Há um sentir distinto do sentir do passado. Há uma mentalidade impregnada pelo crivo social que admite a valorização da pessoa humana antes de qualquer outra consideração. Há a preocupação de não deixar o dano sem indenização e, por isso, minimizar, ao máximo, o número de vítimas irressarcidas entre nós, que queremos, ansiamos e propugnamos por uma sociedade mais justa e menos desigual (HIRONAKA, 2003, p. 219).

Surge, nesse contexto dos novos danos, a discussão quanto à possibilidade de dano moral coletivo, ou seja, "o dano que atinge, ao mesmo tempo, vários direitos da personalidade, de pessoas determinadas ou determináveis (danos morais somados ou acrescidos)" (TARTUCE, 2011, p. 436).

A doutrina e a jurisprudência ainda são divergentes sobre a matéria, encontrando-se distantes de uma pacificação. O próprio Superior Tribunal de Justiça, cuja missão precípua é a uniformização da jurisprudência nacional, diverge, amplamente, ora aceitando[1], ora rechaçando[2] a possibilidade de dano moral coletivo.

A apresentação dessa divergência, em torno do assunto, no atual cenário jurídico nacional, com foco nas perspectivas futuras do tema, é a pretensão do presente artigo.

1 DANO MORAL

Até o advento da Constituição Federal de 1988, falava-se na impossibilidade de indenização em decorrência do dano moral, no Brasil. Contudo, em pouco mais de 20 anos, houve um considerável desenvolvimento do instituto, possibilitando o reconhecimento de dano moral à pessoa física e à jurídica, nas modalidades subjetivo e objetivo, existindo uma tendência à ampliação dos danos, conforme restará demonstrado nas próximas linhas.

1.1 Conceito de dano moral

O enfrentamento da questão relativa ao cabimento de dano moral coletivo passa, antes de tudo, pelo estudo do próprio conceito de dano moral, já se visualizando, nesse ponto, uma considerável divergência, na doutrina e na jurisprudência.

De pronto, destaca-se que, em observância à máxima *omnis definitio in iure civili periculosa est* [3], ou seja, toda a definição em direito civil é perigosa, verifica-se uma tendência da legislação em não conceituar o dano moral, deixando tal tarefa a cargo da doutrina e da jurisprudência.

---

[1] STJ - REsp. 1291213/SC - Rel. Min. Sidnei Beneti - DJ: 25.09.2012.
[2] STJ- Ag no REsp 1305977/MG - Rel. Min. Ari Pargendler - DJ: 16.04.2013.
[3] Digesto 50, 17, 202.

A doutrina clássica, diante da omissão legislativa, conceitua o dano moral a partir do efeito da lesão a um bem não patrimonial, e não a partir da natureza do interesse lesado:

> "Quando ao dano não correspondem as características do dano patrimonial, dizemos que estamos em presença do dano moral. A distinção, ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter da sua repercussão sobre o lesado" (DIAS, 1960, p. 771-772).

Na doutrina estrangeira, valendo-se das lições de Baudry-Lacantinerie, Antonio Cammarota (1947, p. 43) também parte das consequências do ilícito para conceituar o dano moral como o resultado da ação do ofensor que cause à vítima sofrimentos físicos, desgostos e inquietudes.

Essa concepção de dano moral como efeito da lesão, ou seja, aquilo que produz dor, angústia, tristeza, sofrimento e outros sentimentos negativos, ainda é recorrente, na jurisprudência brasileira, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.[4]

Contudo, com a adoção do princípio da dignidade da pessoa humana, na Constituição Federal, segundo entende outra parte da doutrina, o dano moral passa a ser conceituado a partir do interesse lesado, ou seja, considera-se dano moral toda violação à dignidade humana, a saber:

> Constitui dano moral a lesão a qualquer dos aspectos componentes da dignidade humana - dignidade esta que se encontra fundada em quatro substratos e, portanto, corporificada no conjunto dos princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade. (...) Não será, portanto, o sofrimento humano ou a situação de tristeza, constrangimento, perturbação, angústia ou transtorno, que ensejará a reparação, mas apenas aquelas situações graves o suficiente para afetarem a dignidade humana pela violação de um ou mais, dentre os substratos referidos (MORAES, p. 327).

A dor, o sofrimento, a angústia, a humilhação não são desprezados, sob a perspectiva do direito civil-constitucional, porém devem ser utilizados para a quantificação do dano, e não para a sua conceituação (CHINELATO, 2006, p. 588). Aliás, pertinentes as considerações de Anderson Schreiber (2013b, p. 16-17) para quem o dano moral como lesão a atributo da personalidade tem a vantagem de se concentrar

---

[4] AgRg no REsp 1189510/AC - Rel. Ministro Herman Benjamin - DJ: 27.04.2011.

sobre o objeto atingido (o interesse lesado), e não deixar tal configuração ao sabor de emoções subjetivas da vítima.

Além de Maria Celina Bondin de Moraes, outros doutrinadores, tais como Carlos Alberto Bittar (1990, p. 17), Giselda Hironaka (2003, p. 219), Silmara Juny Chinelato (2006, p. 588), Anderson Schreiber (2013c, p. 4), Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco (2002, p. 126), encontram o conceito de dano moral na violação a direito da personalidade.

Os direitos da personalidade, ou direitos da dignidade, são direitos próprios ao ser humano e decorrentes da sua própria condição, conceituando-se como aqueles que protegem

> (...) o que é próprio da pessoa, como, por exemplo, o direito à vida, o direito à integridade física e psíquica, direito à integridade intelectual, o direito ao próprio corpo, o direito à intimidade, o direito à privacidade, o direito à liberdade, o direito à honra, o direito à imagem, o direito ao nome, entre outros. Todos esses direitos são expressões da pessoa humana considerada em si mesma (BORGES, 2006, p. 560).

A jurisprudência brasileira, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, também tem encampado o conceito de dano moral como violação a direitos da personalidade:

> (...) 5. A derrota de time de futebol, ainda que atribuída a erro 'de fato' ou 'de direito' da arbitragem, é dissabor que também não tem o condão de causar mágoa duradoura a ponto de interferir intensamente no bem-estar do torcedor, sendo recorrente em todas as modalidades de esporte que contam com equipes competitivas. Nessa esteira, consoante vem reconhecendo doutrina e jurisprudência, mero dissabor, aborrecimento, contratempo, mágoa - inerentes à vida em sociedade-, ou excesso de sensibilidade por aquele que afirma dano moral, são insuficientes à caracterização do abalo, tendo em vista que este depende da constatação, por meio de exame objetivo e prudente arbítrio do magistrado, da real lesão a direito da personalidade daquele que se diz ofendido.
> 6. De fato, por não se verificar a ocorrência de dano a direito da personalidade ou cabal demonstração do nexo de causalidade, ainda que se trate de relação equiparada a de consumo, é descabido falar em compensação por danos morais. Ademais, não se pode cogitar de inadimplemento contratual, pois não há legítima expectativa - amparada pelo direito - de que o espetáculo esportivo possa transcorrer sem que ocorra erro de arbitragem, ainda que grosseiro e em marcação que hipoteticamente possa alterar o resultado do jogo.[5]

[5] STJ- REsp 1296944/RJ - Rel. Min. Luis Felipe Salomão - DJ: 01.07.2013. Original sem grifo.

Verifica-se, ainda, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, uma terceira classe de julgados, que parece mesclar o conceito de dano moral, admitindo-o como decorrência do efeito da lesão (dor, sofrimento, humilhação etc.) e, ao mesmo tempo, do interesse lesado (direito da personalidade):

> RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL. PARTO GEMELAR. UM NATIMORTO. DESAPARECIMENTO DO CADÁVER. RESPONSABILIDADE DO NOSOCÔMIO PELA GUARDA DOS RESTOS MORTAIS. IMPOSSIBILIDADE DE SEPULTAMENTO. OFENSA MORAL. VALOR DA REPARAÇÃO. REDUÇÃO. CABIMENTO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NA APELAÇÃO. MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. AFASTAMENTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
> 1. O dano moral decorre não somente de lesões de ordem psíquica causadas à vítima - dor, sofrimento, angústia -, mas, sobretudo, da violação de direito de personalidade ou mesmo do direito à dignidade, garantidos constitucionalmente (CF, art. 1º, III).
> 2. A violação do dever de guarda do cadáver de natimorto, extraviado, gera responsabilidade por dano moral passível de reparação, tendo em vista que provoca nos familiares dor profunda com a ausência dos restos mortais, a impossibilitar o sepultamento de ente querido, além de violar o direito à dignidade da pessoa morta. (...)[6]

O julgado supracitado, que, a princípio, mostra-se contraditório, tecnicamente, revela, com precisão, o momento atual de transição da jurisprudência brasileira quanto à adoção do conceito de dano moral, a partir da natureza do bem jurídico lesado, pois, ao mesmo tempo em que reconhece o dano moral como efeito da lesão, atribui maior ênfase aos direitos da personalidade.

Constata-se, portanto, a partir de uma nova visão ideológica e filosófica, focada na vítima, a preocupação com a ampliação do ressarcimento de todas as espécies de dano, fazendo crer ser esta a perspectiva futura do instituto na doutrina e na jurisprudência brasileira.

1.2 Dano moral coletivo

Da mesma forma que o conceito de dano moral encontra divergência, na doutrina e na jurisprudência, conforme demonstrado no tópico anterior, a aceitação da tese de dano moral coletivo também é motivo de acirrados debates, distante de uma uniformização, o que torna a matéria ainda mais relevante e envolvente.

---

[6] STJ - REsp 1351105/SP - Rel. Ministro RAUL ARAÚJO - DJ: 20/06/2013.

Para demonstrar a divergência, toma-se por base a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que, segundo o artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, é o guardião da legislação federal, cabendo-lhe a missão precípua de uniformizar a jurisprudência no país.

De um lado, cita-se julgado que afirma a impossibilidade de danos morais coletivos, sob o argumento de que, em danos de tal natureza, não é possível precisar o sujeito passivo e, portanto, avaliar se houve sofrimento psíquico a justificar a fixação de indenização, a saber:

> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DANO MORAL COLETIVO. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DO DANO MORAL À NOÇÃO DE DOR, DE SOFRIMENTO PSÍQUICO, DE CARÁTER INDIVIDUAL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOÇÃO DE TRANSINDIVIDUALIDADE (INDETERMINABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO E INDIVISIBILIDADE DA OFENSA E DA REPARAÇÃO). RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.
> (...) O dano ambiental ou ecológico pode, em tese, acarretar também dano moral — como, por exemplo, na hipótese de destruição de árvore plantada por antepassado de determinado indivíduo, para quem a planta teria, por essa razão, grande valor afetivo. Todavia, a vítima do dano moral é, necessariamente, uma pessoa. Não parece ser compatível com o dano moral a idéia da "transindividualidade" (= da 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 (...).[7]

Ademais do julgado supracitado, outras decisões, proferidas pelo mesmo Tribunal, assentam a impossibilidade de danos morais coletivos, valendo-se das mesmas razões, ou seja, a impossibilidade de individualizar o sujeito passivo de modo a perquirir o sofrimento por ele experimentado.[8]

De outro lado, cita-se entendimento em sentido diametralmente oposto, ou seja, afirmando a compatibilidade do dano moral coletivo com o sistema jurídico brasileiro, destacando o caso em que se reconheceu a lesão à dignidade dos consumidores o fato de a empresa de telefonia deixar de informar a seus clientes acerca do plano de assinatura básica com redução de custo:

---

[7] STJ - REsp 598.281/MG - Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ: 01.06.2006.

[8] STJ - AgRg no REsp 1.305.977/MG - Rel. Min. Ari Pargendler, DJ: 16.04.2013; REsp 971.844/RS - Rel. Min. Teori Albino Zavascki - DJ: 12.02.2010; AgRg no Resp 1109905/PR - Rel. Min. Hamilton Carvalhido - DJ: 03.08.2010; REsp 821.891/RS - Rel. Min. Luiz Fux, DJ: 12.05.2008.

> RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EMPRESA DE TELEFONIA - PLANO DE ADESÃO - LIG MIX - OMISSÃO DE INFORMAÇÕES RELEVANTES AOS CONSUMIDORES - DANO MORAL COLETIVO - RECONHECIMENTO - ARTIGO 6º, VI, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - PRECEDENTE DA TERCEIRA TURMA DESTA CORTE (...)
> 1.- A indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletiva e difusa, tem seu fundamento no artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor.
> (...)3.- No presente caso, contudo restou exaustivamente comprovado nos autos que a condenação à composição dos danos morais teve relevância social, de modo que, o julgamento repara a lesão causada pela conduta abusiva da ora Recorrente, ao oferecer plano de telefonia sem, entretanto, alertar os consumidores acerca das limitações ao uso na referida adesão. O Tribunal de origem bem delineou o abalo à integridade psico-física da coletividade na medida em que foram lesados valores fundamentais compartilhados pela sociedade.
> 4.- Configurada ofensa à dignidade dos consumidores e aos interesses econômicos diante da inexistência de informação acerca do plano com redução de custo da assinatura básica, ao lado da condenação por danos materiais de rigor moral ou levados a condenação à indenização por danos morais coletivos e difusos.[9]

No mesmo sentido do julgado anterior, diversos outros arestos do Superior Tribunal de Justiça assentam a admissão do dano moral coletivo, no direito brasileiro, destacando-se os seguintes casos: a) danos causados à biota em virtude do desmatamento de vegetação nativa sem autorização da autoridade ambiental;[10] b) danos aos consumidores com dificuldade de locomoção, obrigados por agência bancária a subirem escada com 23 degraus, sendo que o local possuía condições de propiciar melhor forma de atendimento;[11] c) danos causados pela interrupção no fornecimento de energia elétrica em virtude das precárias condições da prestadora de serviço;[12] d) danos aos consumidores idosos, na conduta da empresa que exigia o cadastro prévio do idoso para a obtenção do direito ao passe livre, tutelado pelo art. 39, § 1º, do Estatuto do Idoso;[13] e) danos causados à população em virtude de fraude em processo licitatório[14].

O cotejo entre os julgados do próprio Superior Tribunal de Justiça revela a divergência em torno da matéria e impõe o seguinte problema: é cabível o dano moral coletivo no direito brasileiro? Para responder a questão, passa-se a enfrentar cada uma das principais objeções apresentadas à teoria.

---

[9] STJ - REsp REsp 1291213/SC - Rel. Ministro Sidnei Beneti - DJ 25/09/2012.
[10] STJ- REsp 1198727/MG - Rel. Min. Herman Benjamin - DJ: 09.05.2013.
[11] STJ - REsp 1221756/RJ - Rel. Min. Massami Uyeda - DJ: 10.02.2012.
[12] STJ - REsp 1197654/MG - Rel. Min. Herman Benjamin - DJ: 08.03.2012.
[13] STJ- REsp 1057274/RS - Rel. Min. Eliana Calmon - DJ: 26.02.2010.
[14] STJ- AgRg no REsp 1029927/PB - Rel. Min. Benedito Gonçalves - DJ: 20.04.09.

As críticas à teoria do dano moral coletivo, trazidas ao debate pela doutrina e pela jurisprudência, podem ser resumidas da seguinte forma: I) ausência de fundamentação jurídica (SCHREIBER, 2013a, p.462); II) os efeitos da lesão são incompatíveis com o caráter transindividual da lesão[15]; III) impossibilidade de fixar o *quantum* devido a cada um dos lesados[16]; IV) incompatibilidade do caráter punitivo dos danos morais no direito brasileiro (SCHREIBER, 2013a, p.460); V) uma dupla punição, individual e coletiva, implicaria em excesso de punição (SCHREIBER, 2013a, p. 460).

A primeira objeção está relacionada à falta de fundamento jurídico para o reconhecimento do dano moral coletivo. Contudo, tomando por base a legislação infraconstitucional, verifica-se que existe previsão explícita quanto ao cabimento dos danos morais coletivos, destacando-se o artigo 6º, inciso VII, da Lei 8.078/90[17] e o artigo 1º, inciso IV, da Lei 7.347/85.[18] Em nível constitucional, também há dispositivo que autoriza a indenização por danos morais, embora com previsão genérica, no artigo 5º, incisos V e X.[19]

Ademais, como *ultima ratio*, há a própria cláusula geral da dignidade da pessoa humana a garantir o ressarcimento de um dano extrapatrimonial, mesmo que não previsto em lei, conforme aduz Roxana Cardoso Brasileiro Borges, demonstrando que existem diversos novos danos, inclusive danos futuros, ainda não descritos no ordenamento, que não podem ficar alijados de ressarcimento:

> O entendimento dos direitos da personalidade enquanto uma tipicidade aberta ou enquanto cláusula geral é essencial para a verificação da violação do direito da personalidade e para a verificação da ocorrência do dano extrapatrimonial. Quando há violação de um direito típico, é mais fácil afirmar que o dano é objetivo, automático, é a violação em si mesma, é a lesão do direito. Quando a violação é percebida pelo operador do direito, mas não se consegue categorizar o dano a partir dos tipos previstos, a cláusula

---

[15] STJ - REsp 598.281/MG - Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ: 01.06.2006.

[16] STJ - AgRg no Resp 1109905/PR - Rel. Min. Hamilton Carvalhido - DJ: 03.08.2010.

[17] Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: (...) VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados.

[18] 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.

[19] 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: (...) V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

> geral da tutela da dignidade humana é que apontará a existência de um dano extrapatrimonial (BORGES, 2006, p. 564).

No mesmo sentido, Flávio Tartuce (2008, p. 432) admite que a cláusula geral da dignidade da pessoa humana possibilita a existência de novos danos indenizáveis. Aliás, destaca que esse foi o entendimento do Conselho da Justiça Federal, ao aprovar o Enunciado 274.[20]

Adriano De Cupis (1982, p. 14) bem observa que cada ambiente social tem uma particular forma de sensibilidade no que toca à essencialidade dos direitos. Assim, mudando a consciência moral, mudando o modo de reconhecer a posição do indivíduo no seio da sociedade, cambia o âmbito dos direitos que venham a ser concebidos como essenciais para a personalidade. Portanto, nessa linha, os direitos da personalidade apresentam a característica da mutabilidade a depender da evolução das relações sociais, tornando-se imperiosa a existência de uma cláusula geral da dignidade humana para garantir a indenização dos mais diversos tipos de danos.

Vale citar a advertência de Sérgio Severo (1996, p. 18) de que um bem de valor artístico, por exemplo, pode ter pouca ou nenhuma relevância patrimonial, podendo ter, contudo, um forte conteúdo extrapatrimonial. A limitar a indenização, tal dano quedaria sem qualquer resposta.

Desse modo, se há expressa previsão no Código de Defesa do Consumidor, na Lei da Ação Civil Pública, além da própria Constituição Federal, ao tutelar a indenização dos danos morais, quer no artigo 5º, incisos V e X, quer no artigo 1º, inciso III, parece que o argumento de ausência de fundamento legal torna-se frágil.

Quanto à segunda objeção, no sentido de que os danos morais implicam em dor, sofrimento e angústia, sendo, destarte, incompatíveis com o caráter de indeterminabilidade do sujeito passivo, também não se revela como um argumento instransponível à aplicação da teoria.

Conforme visto no tópico anterior, os sentimentos negativos provocados pelo dano moral não servem para conceituá-lo, mas, apenas, para a fixação do *quantum* indenizatório. Portanto, o conceito de dano moral deve ser definido a partir do interesse lesado, e não dos efeitos da lesão. Não será, destarte, a dor de uma coletividade que

---

[20] Enunciado 274. Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

definirá o dano moral por ela sofrido, mas, sim, a violação a direitos da personalidade dessa coletividade.

Anderson Schreiber (2013a, p. 459-463) enfatiza que o argumento de que uma coletividade não pode padecer de dor, sofrimento e humilhação, sentimentos exclusivamente individuais, não pode constituir obstáculo ao ressarcimento do dano moral coletivo, sobretudo porque o próprio Superior Tribunal de Justiça, nos termos da Súmula 227, admite o dano moral da pessoa jurídica, entidade abstrata imune a dor, sofrimento, humilhação. Ademais, se a própria Constituição Federal reconhece a tutela ao meio ambiente, à moralidade administrativa, ao patrimônio histórico e cultural, bens cuja titularidade não recai apenas sobre um indivíduo, torna-se evidente que a sua violação deve ser indenizada, sob pena de violação ao comando constitucional.

Ao contrário da objeção apresentada ao reconhecimento dos danos morais coletivos, a violação a direitos da personalidade de uma coletividade pode ser perquirida, no caso concreto, conforme realizado pelo Superior Tribunal de Justiça, nos julgados supracitados. É possível visualizar se uma conduta danosa violou a honra, o nome, a integridade física ou psíquica dos membros de uma coletividade.

Por fim, vale destacar o acerto de Anderson Schreiber (2013c, p. 90) ao afirmar que a melhor solução, para aqueles que não admitem o dano moral coletivo, seria rever o conceito de dano moral, e não negar guarida à pretensão de indenização dos danos.

A terceira objeção, que assegura a não ocorrência de danos morais coletivos diante da impossibilidade de determinar qual o dano sofrido por cada membro da coletividade, também não constitui empecilho ao reconhecimento de tal instituto. Não há necessidade de se analisar qual o dano provocado a cada uma das vítimas, bastando que se reconheça a existência de dano moral à coletividade, já que, por expressa determinação legal, os valores fixados a título de indenização não serão distribuídos a cada uma das vítimas, isoladamente, mas serão remetidos a um fundo destinado à reconstituição dos bens lesados ou a uma entidade que atue na defesa dos interesses da coletividade lesada[21]. Assim, a individualização do dano sofrido por cada uma das vítimas ganha relevância quando se trata de ações individuais, e não no caso das ações coletivas.

---

[21] Art. 13 da Lei 7347/85: 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.

A quarta objeção assevera que os danos morais coletivos possuem caráter de dano punitivo, sendo tal instituto incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, malgrado a divergência em torno do caráter punitivo dos danos morais, verifica-se que, excepcionalmente, até mesmo os mais ferrenhos defensores da impossibilidade do caráter punitivo admitem, em sede de danos morais coletivos, o reconhecimento do caráter punitivo do dano moral, sob pena de se admitir um dano sem indenização, no ordenamento jurídico brasileiro, a saber:

> Como hipótese excepcional, pode-se admitir uma figura semelhante à do dano punitivo quando for imperioso dar uma resposta à sociedade, tratando-se, por exemplo, de conduta particularmente ultrajante ou insultuosa em relação à consciência coletiva, ou, ainda, quando se der o caso, não incomum, de prática danosa reiterada. O interesse protegido, o bem-estar da coletividade, justificaria o remédio. (...) É de aceitar-se, ainda, um tipo de função punitiva na reparação de dano moral para situações potencialmente causadoras de lesão a um grande número de pessoas, como ocorre nos interesses difusos, tanto na relação de consumo quanto no Direito Ambiental. Aqui, a *ratio* será a função preventivo-precautória que a punição inegavelmente detém (MORAES, 2009, p. 330-331).

A quinta objeção sustenta que punir o agressor duas vezes, individual e coletivamente, implicaria em uma punição generalizada, banalizando a responsabilidade civil. Levando-se em consideração o princípio da ampla indenização dos danos, tal crítica não deve prosperar, já que vigora em nosso sistema o princípio da ampla indenização de todas as espécies de danos, sobretudo diante da cláusula geral da dignidade da pessoa humana, conforme já exposto.

Ademais, segundo observou Daniel de Andrade Levy (2012, p. 117-118) será necessário ao julgador observar a gravidade da conduta lesiva, a situação patrimonial do agente e a extensão dos danos morais e materiais, perquirindo, no caso concreto, se a indenização dos danos material e moral já não seria suficiente para desestimular o agressor, dispensando-se a aplicação de uma sanção com caráter punitivo, sob pena de configurar uma punição generalizada.

Portanto, será a análise do caso concreto, deixada a cargo do livre arbítrio do magistrado, que permitirá a fixação do *quantum* indenizatório para ressarcir o dano moral sofrido pela coletividade, sem o estabelecimento de fórmulas matemáticas estanques e sem prejuízos de futuros critérios norteadores fornecidos pelo legislador.

CONCLUSÃO

Em uma sociedade globalizada, marcada pela complexidade das relações econômicas e sociais, surgem novos danos, inclusive, alguns deles sequer conhecidos, no momento presente, como ocorrem com os danos futuros. Tutelar toda essa gama de direitos, promovendo a indenização das diversas espécies de danos, mesmo daqueles não previstos expressamente em lei, constitui o desafio da responsabilidade civil.

A forma de promover a indenização dessas espécies de dano encontra seu fundamento na dignidade da pessoa humana, com morada no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Trata-se da concretização do brocardo *hominum causa omne ius constitutum est*, ou seja, a pessoa humana se encontra no centro do direito.

No contexto dos novos danos, surge o dano moral coletivo. Para abordar tal conceito, foi necessária, primeiramente, a análise do próprio conceito de dano moral, sendo tal matéria repleta de divergência, na doutrina e na jurisprudência, ora entendendo o dano moral a partir dos efeitos da lesão, ora a partir da natureza jurídica do bem jurídico tutelado. Apesar da divergência, torna-se possível assegurar, sob um enfoque civil-constitucional, haver uma tendência a tratar o dano moral a partir da natureza jurídica do bem protegido, ou seja, considerando como dano moral toda a violação à dignidade humana.

Superado o conceito de dano moral, passou-se a abordar também a divergência em torno dos danos morais coletivos, encontrando-se o 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 seguintes 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 a direitos da personalidade de uma coletividade, sendo devida a indenização pelos danos morais coletivos.

Em seguida, enfrentaram-se cinco objeções ao reconhecimento do dano moral coletivo, apresentadas pela doutrina e pela jurisprudência: I) ausência de fundamentação jurídica; II) a incompatibilidade dos efeitos do dano com o caráter transindividual da lesão; III) impossibilidade de fixar o *quantum* a cada um dos lesados;

IV) não cabimento do caráter punitivo dos danos morais no direito brasileiro; V) uma dupla punição, individual e coletiva, implicaria em uma punição generalizada.

A ausência de fundamentação jurídica foi superada pela expressa previsão na legislação infraconstitucional, Código de Defesa do Consumidor e Lei da Ação Civil Pública, bem como pela previsão de indenização do dano moral na Constituição Federal, destacando-se, inclusive, que, mesmo em caso de ausência de regulamentação, a cláusula geral da dignidade da pessoa humana outorga guarida à indenização.

A incompatibilidade dos efeitos da lesão com o caráter transindividual também não constitui impedimento à teoria dos danos morais coletivos, seja pelo fato de os efeitos da lesão não se apresentarem como pressupostos do dano moral, seja pela possibilidade de visualizar, no caso concreto, os ataques sofridos à personalidade de uma coletividade.

Quanto ao caráter punitivo dos danos morais, para aqueles que não o admitem, no sistema jurídico brasileiro, seria uma situação excepcional como a única forma a garantir a indenização a uma coletividade lesada.

No que toca à suposta punição generalizada, seguindo-se o culturalismo proposto por Miguel Reale, conclui-se que deverá ficar a critério do prudente arbítrio do magistrado, no caso concreto, após analisar a extensão do dano e as condições do ofensor e da vítima, dizer se há necessidade de uma sanção com caráter punitivo.

Por fim, o reconhecimento do dano moral coletivo exige do intérprete uma filtragem constitucional, vale dizer, rever os institutos do direito, no caso, o dano moral, sob um enfoque constitucional, tomando como ponto de partida a cláusula geral da dignidade da pessoa humana. Não se trata de uma tarefa fácil, porém tal mister constitui a verdadeira *ratio* do agir do hermeneuta, sobretudo na Academia, devendo ser, exaustivamente, perseguida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALPA, Guido; BESSONE, M. **Tratatto di diritto privato: obbligazioni e contratti.** Torino: Torinese, 1995.

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil: teoria e prática.** 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e dignidade: da responsabilidade civil para a responsabilidade constitucional.** In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). Questões controvertidas - responsabilidade civil. São Paulo: Método, 2006.

CAMMAROTA, Antonio. **Responsabilidad extracontractual - hechos y actos ilícitos.** Buenos Aires: Depalma, 1947.

CHINELATO, Silmara Juny.**Tendências da responsabilidade civil no direito contemporâneo: Reflexos no Código Civil de 2002.** In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). Questões controvertidas - responsabilidade civil. São Paulo: Método, 2006.

DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DE CUPIS, Adriano. **I diritti della personalità**. Milano: Giuffrè, 1982.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1960.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Tendências atuais da responsabilidade civil: marcos teóricos para o direito no secúlo XXI.** In: DINIS, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coord.). O direito civil no século XXI. São Paulo: Saraiva, 2003.

LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas.** São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição.** São Paulo: Atlas, 2013a.
_____.**Direitos da personalidade.** São Paulo: Atlas, 2013b.
_____.**Novos paradigmas da responsabilidade civil.** São Paulo: Atlas, 2013c.

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais.** São Paulo: Saraiva, 1996.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. São Paulo: Método, 2011.
_____. **Direito civil.** vol. 2. 3ed. São Paulo: Método, 2008.