

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RAPHAEL GNATTA BORGES

**DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO: PROBLEMAS E PERSPECTIVAS NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

CURITIBA

2015

RAPHAEL GNATTA BORGES

**DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO: PROBLEMAS E PERSPECTIVAS NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Titular Dr. José Antônio Peres Gediel

CURITIBA

2015

TERMO DE APROVAÇÃO

RAPHAEL GNATTA BORGES

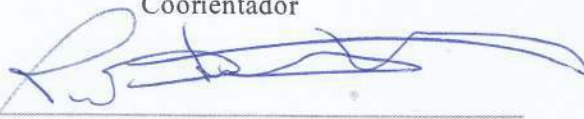
DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO: PROBLEMAS E PERSPECTIVAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

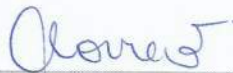


JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL
Orientador

Coorientador



*RODRIGO XAVIER LEONARDO - Direito Civil e
Processual Civil*
Primeiro Membro



ADRIANA ESPÍNDOLA CORRÊA
Segundo Membro

A meus pais, Ricardo e Raquel, e minha
irmã Renata, com amor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente a minha família pelo amor, incentivo e apoio incondicional a mim dedicados. Mesmo diante das dificuldades, nunca mediram esforços para prover a minha educação formal, esquecendo, por vezes, até de si mesmos. Sua importância em minha vida é incomensurável e eu não seria nada sem eles.

Agradeço ao Professor Gediel por toda a gentileza, a paciência e o incentivo, não apenas durante a orientação deste trabalho, mas em toda a minha graduação. Suas brilhantes lições, sua dedicação no exercício do magistério, sua generosidade e a preocupação em transformar a realidade ao seu redor são exemplos que levarei para a vida toda.

Aos Professores Rodrigo Xavier Leonardo e Adriana Espíndola Corrêa pela gentileza de participarem da banca de avaliação e pela atenção ao trabalho apresentado.

À Betina, por ter sido a razão do meu sorriso, o abraço reconfortante nos momentos difíceis, o motivo de minha saudade quando se ausentava e o motivo de minha alegria quando retornava. Por acreditar em mim quando nem eu mesmo acreditei, por me incentivar a ser sempre melhor e ir mais longe. Por demonstrar que, para que um amor seja inesquecível, é preciso que os acasos se encontrem nele desde o primeiro instante, como os pássaros nos ombros de São Francisco de Assis.

Ao Rogério e à Marcelle pelas revisões, conselhos e sugestões a respeito do trabalho, além da grande companhia durante os cinco anos da graduação.

Agradeço também a Mel, João, Lygia, Priscila, Ana, Luiz e Bárbara por todo o incentivo e compreensão neste exaustivo último ano de faculdade.

A todos que, direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, meus mais sinceros agradecimentos.

A Deus, por ter posto tantas pessoas maravilhosas em meu caminho e que, de uma maneira misteriosa, fez tudo isso possível.

Só as perguntas mais ingênuas são realmente perguntas sérias. São as interrogações para as quais não há resposta. Uma pergunta para a qual não há resposta é a cancela além da qual não há mais caminhos. Em outras palavras: são precisamente as perguntas para as quais não há resposta que marcam os limites das possibilidades humanas e que traçam as fronteiras de nossa existência.

A Insustentável Leveza do Ser, Milan Kundera

RESUMO

A responsabilidade civil vivencia uma nova fase no direito brasileiro. O reconhecimento da reparação do dano moral e a afirmação da tutela dos direitos difusos e coletivos suscitaram na doutrina e na jurisprudência o debate acerca da possibilidade de reparação dos denominados danos extrapatrimoniais coletivos. Antes delimitado pela quase exclusiva preocupação do patrimônio e pela concepção individualista de direito subjetivo, o conceito de dano indenizável encontra-se em notória ampliação, passando a abranger não apenas ofensas a direitos sem conteúdo econômico de titularidade individual, como também lesões imateriais a interesses essencialmente coletivos. Por essas razões, faz-se necessária a investigação dos fundamentos constitucionais e legais que permitem a superação da leitura do direito de danos sob os paradigmas patrimonial e individual, assim como verificar a sua aceitação e aplicação na jurisprudência pátria. Dessa maneira, o primeiro capítulo estudou os principais elementos que compõem a responsabilidade civil, bem como os percalços e as transformações pelos quais passou o conceito de dano indenizável, até a superação do paradigma patrimonial que o delineava. Em seguida, a pesquisa debruçou-se sobre a superação do paradigma individual do direito de dano, identificando seus contrapontos com a questão do coletivo na civilística clássica. Na sequência, o trabalho versou sobre a afirmação dos direitos e interesses transindividuais e os fundamentos constitucionais e legais da reparação do dano extrapatrimonial coletivo. O último capítulo procurou analisar o posicionamento recente do Superior Tribunal de Justiça e apontar os problemas e desafios atuais a respeito da reparação do dano extrapatrimonial coletivo no Brasil.

Palavras-chave: Dano extrapatrimonial coletivo; responsabilidade civil; dano moral; direitos e interesses coletivos.

ABSTRACT

The civil liability experiences a new phase in Brazilian law. The recognition of compensation for moral damages and the affirmation of protection of diffuse and collective interests and rights raised in the doctrine and jurisprudence the debate about the possibility of repairing the collective moral damages. Before delimited by the almost exclusive concern of the heritage and the individualist conception of subjective rights, the concept of compensable damage is notorious for expansion to encompass not only harm the rights without economic content, as well as injuries to essentially collective interests. For these reasons, it is necessary to investigate the constitutional and legal grounds that allow overcoming the reading of the right to damages under the equity paradigms and individual, as well as verify their acceptance and application in homeland jurisprudence. Thus, the first chapter studied the main features of the liability and the mishaps and the transformations undergone by the concept of indemnifiable damage to the overcoming of the economic paradigm that outlined. Then the research has looked at overcoming the paradigm of the individual right to damage, identifying their counterparts on the issue of the collective in classic civilística. Following the work expounded upon the assertion of trans-rights and interests and the constitutional and legal foundations of the collective off-balance sheet repair damage. The last chapter aims to analyze the recent positioning of the Superior Court of Justice and point out the current problems and challenges regarding the collective moral damages in Brazilian law.

Keywords: Collective moral damages; civil liability; collective rights and interests.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgRg	Agravo Regimental
AREsp	Agravo em Recurso Especial
CCB	Código Civil de 2002 – Lei Federal nº 10.406/2002.
CDC	Código de Defesa do Consumidor – Lei Federal nº 8.078/1990
CR88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
EDcl	Embargos de Declaração
LACP	Lei da Ação Civil Pública – Lei Federal nº 7.347/1985
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO: DA SUPERAÇÃO DA REPARAÇÃO EXCLUSIVAMENTE PATRIMONIAL À TUTELA DOS DIREITOS EXTRAPATRIMONIAIS.....	12
1.1 ELEMENTOS DOUTRINÁRIOS, LEGISLATIVOS E JURISPRUDENCIAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL	12
1.2 DO DANO PATRIMONIAL E MORAL AO DANO EXTRAPATRIMONIAL: A PERSPECTIVA CIVILISTA CONTEMPORÂNEA E SUA PRESENÇA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	18
1.3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O IMPACTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 SOBRE A CONCEPÇÃO DE DANO EXTRAPATRIMONIAL E COLETIVO.....	24
2 NOVOS DANOS E DIREITO SUBJETIVO: O DEBATE OITOCENTISTA E O PROGRESSIVO RECONHECIMENTO DE INTERESSES METAINDIVIDUAIS ..	31
2.1 A QUESTÃO DO COLETIVO E DO COMUNITÁRIO NA CIVILÍSTICA CLÁSSICA: ELEMENTOS PARA UM DEBATE CONTEMPORÂNEO	31
2.2 A AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS E INTERESSES METAINDIVIDUAIS: A CONTRIBUIÇÃO PROCESSUAL	34
2.3 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS DA REPARAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO.....	39
3 A JURISPRUDÊNCIA COMO <i>LOCUS</i> DE RECONSTRUÇÃO PERMANENTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL	47
3.1 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	47
3.2 O OLHAR DO DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO E AS QUESTÕES DE DIFÍCIL RESOLUÇÃO PARA A REPARAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO NO BRASIL	56
À GUIA DE CONCLUSÃO: ELEMENTOS DISPERSOS E TENDÊNCIAS CONVERGENTES EM MATÉRIA DE DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO ..	64
REFERÊNCIAS.....	66
APÊNDICE.....	70

INTRODUÇÃO

É recorrente na doutrina a identificação da existência de uma crise da responsabilidade civil. Os alicerces sobre os quais esse instituto jurídico se erige estão em constante tensão com as demandas e os anseios da sociedade contemporânea, cujos conflitos se ampliam e se aprofundam em um nível de complexidade muito diverso daquele presente na sociedade europeia continental do século XIX. Diversos traços do pensamento moderno, baseado em uma matriz individualista e liberal, cristalizaram-se nos códigos da era moderna e delinearam os principais institutos dos quais o Direito Civil é herdeiro. Este mesmo Direito Civil, que após a Segunda Grande Guerra passou a conviver entre os paradigmas liberal e social-democrático, individual e coletivo, patrimônio e dignidade humana, hoje é chamado para apresentar soluções às mais variadas situações da atual vida em sociedade.

Se por um lado é correto afirmar que o instrumental dogmático-jurídico da responsabilidade civil tem inspiração eminentemente oitocentista, por outro lado também é verdade que esta categoria jurídica tem apresentado forte vocação transformativa, reinventando-se a adaptando-se a partir das mudanças dos valores compartilhados no meio social.

Dessa maneira, a análise da construção da responsabilidade civil no direito brasileiro será o objeto do primeiro capítulo. Inicialmente serão revisitados os elementos básicos deste instituto nas searas doutrinária, legal e jurisprudencial, e os elementos do dever de indenizar. Na sequência, o estudo terá como enfoque o conceito de dano sob a perspectiva do direito civil contemporâneo e seu tratamento no Código Civil de 2002. Por fim, será examinado o impacto da Constituição da República de 1988 sobre a teoria do dano em suas perspectivas extrapatrimonial e coletiva. Em seguida, o estudo adentrou-se na oposição entre tradição individualista do direito e de relação jurídica contrastá-las com a afirmação dos direitos e interesses transindividuais e os fundamentos normativos da reparação do dano extrapatrimonial coletivo

Por fim, no último capítulo, propõe-se analisar o tratamento do dano extrapatrimonial coletivo na jurisprudência pátria, verificando a sua recepção no Superior Tribunal de Justiça e apontando os problemas a serem solucionados sobre o tema.

1 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO: DA SUPERAÇÃO DA REPARAÇÃO EXCLUSIVAMENTE PATRIMONIAL À TUTELA DOS DIREITOS EXTRAPATRIMONIAIS

1.1 ELEMENTOS DOUTRINÁRIOS, LEGISLATIVOS E JURISPRUDENCIAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL

A doutrina por vezes remete a responsabilidade civil aos mais básicos anseios de justiça, como uma demanda da sociedade, ou até mesmo da própria natureza do sentimento humano.¹ Clóvis do Couto e Silva, em perspectiva mais pragmática, afirma que “o dever de indenizar surge como decorrência da necessidade de repartir os riscos da vida social”.² A despeito da discussão de suas origens, verifica-se que o instituto da responsabilidade civil tem elaboração notadamente marcada pelo princípio ético-jurídico de proibição de violação às esferas jurídicas alheias.

Observa Marcos Bernardes de Mello que “todo ordenamento jurídico, com maior ou menor intensidade, contém o princípio da incolumidade das esferas jurídicas individuais”, as quais correspondem, no seu entender, ao conjunto de direitos patrimoniais ou não patrimoniais relacionados a alguém³. Dessa maneira, afirma o autor existir um direito à inviolabilidade atribuído a cada indivíduo, no qual a ninguém é dado interferir na esfera jurídica de outrem sem o seu consentimento ou determinação legal. Esse direito tem caráter absoluto, com oponibilidade voltada em face de todos os demais⁴.

Identifica-o também Humberto Theodoro Júnior ao asseverar que, no Direito Civil, “há um dever legal amplo de não lesar (*neminem laedere*), a que corresponde a obrigação de indenizar, configurável sempre que, de um comportamento contrário

¹ As concepções de sentimento social e sentimento humano foram duas constantes encontradas por Caio Mário da Silva Pereira ao debruçar-se sobre as diversas definições de responsabilidade civil apresentadas na doutrina nacional e estrangeira. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 10-11. Para Silvio Rodrigues, a relação da responsabilidade civil com o ideal de justiça se manifesta com maior intensidade nas situações em que o dano é causado por culpa do agente. RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4. p. 04.

² COUTO E SILVA, Clóvis do. Dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997a. p. 191.

³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 221.

⁴ Ibidem. p. 148-149.

àquele dever de indenidade, surta prejuízo injusto para outrem.”⁵

A violação do dever geral de não causar dano incorre na reação do ordenamento jurídico em favor de sua reparação. Essa responsabilidade poderá ter como fontes a prática de um ilícito civil ou até mesmo um fato lícito, embora a recíproca nem sempre seja verdadeira: do ato ilícito poderão advir consequências diversas da responsabilidade civil.

Além da reparação em natura e da reparação pecuniária, o ilícito civil poderá acarretar outras sanções, como a denominada pena civil, definida por Paulo Lôbo como “qualquer modalidade de sanção a conduta contrária ao direito que não corresponda à reparação civil”⁶. A pena civil incide sobre o patrimônio de seu destinatário, afeta a existência, validade e eficácia do negócio jurídico, ou constituir-se na perda de determinada situação jurídica.⁷

Pontes de Miranda classifica os ilícitos civis conforme a natureza do dever infringido.⁸ Denomina-os absolutos quando houver violação a direitos absolutos, como os direitos da personalidade, os direitos reais e o próprio dever geral de *alterum non laedere*. Têm como sujeitos passivos pessoas indeterminadas (sujeito passivo universal), eis que ausente relação jurídica pessoal preexistente. De maneira diversa, os ilícitos serão relativos quando houver infração a direitos relativos, a relação jurídica negocial preexistente que têm um dever específico a um sujeito passivo determinado, tal como o inadimplemento de prestação convencionalizada em negócio jurídico.

A distinção entre ilícitos relativos e ilícitos absolutos remete a outra classificação tradicional no âmbito da responsabilidade civil: *responsabilidade contratual* e *responsabilidade extracontratual*. A responsabilidade contratual emerge por descumprimento de dever que tem seu fundamento em negócio jurídico, isto é, decorre de ilícito relativo, ao passo que a responsabilidade extracontratual deriva de conduta violadora de dever não fundado em negócio jurídico, mas da própria lei.⁹ A caracterização da responsabilidade contratual depende da preexistência da relação obrigacional, ao passo que relação extracontratual caracteriza-se pela formação

⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 4 ed. atual. e ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 01.

⁶ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 326.

⁷ Idem.

⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.* p. 79.

⁹ COUTO E SILVA, Clóvis do. Dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997a. p. 197.

posterior da relação jurídica entre a vítima e o dano.¹⁰

Para Caio Mário da Silva Pereira, não há diferença no plano ontológico que justifique a separação da responsabilidade civil nas espécies contratual e extracontratual. Filiando-se ao princípio da unidade da culpa, afirma o autor que a contrariedade a uma norma jurídica que reconhece uma declaração de vontade emitida entre particulares não guarda distinção com a contrariedade que acomete uma norma jurídica que expressa uma declaração de vontade estatal.

Sob o vértice oposto, Silvio Rodrigues entende pertinente a manutenção da dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual.¹¹ Anota o autor que também que a capacidade negocial em uma modalidade responsabilidade não converge com a capacidade para imputação do dever de indenizar na outra; ainda, a distribuição do ônus da prova nas respectivas espécies é diversa, pois, se na responsabilidade extracontratual a parte autora tem o encargo de demonstrar a culpa do agente causador do dano, na responsabilidade contratual o *onus probandi* é deslocado ao devedor inadimplente, que deverá evidenciar alguma das excludentes de responsabilidade para poder se desvencilhar do dever de indenizar.¹²

Conforme elucida Rodrigo Xavier Leonardo, com apoio na reflexão da doutrina italiana, a distinção dos regimes de responsabilidade não se fundamenta exclusivamente no direito positivo ou na cultura jurídica sedimentada até os tempos hodiernos.¹³ Essa dualidade representa, sobretudo, um dos pilares mais caros ao Estado liberal: a liberdade individual, cuja regulação somente seria admitida mediante Lei ou pelo exercício da autonomia privada.¹⁴ A oposição entre Lei e contrato, para o autor, “acabava por refletir a própria dicotomia entre o direito público e o direito privado que, de um modo ou de outro, coloriu todos os institutos do direito privado no amanhecer da modernidade.¹⁵”

Conclui Xavier Leonardo que, não obstante as críticas lançadas por parte da

¹⁰ GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 92.

¹¹ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4. p. 10-11.

¹² Idem.

¹³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extra-contratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil Brasileiro. **Tuiuti: Ciência e Cultura**, Curitiba, n. 30, FCJ 04, p. 107-119, mai. 2002. p. 111.

¹⁴ Idem.

¹⁵ Ibidem. p. 112.

doutrina, subsiste no Brasil a polaridade entre os regimes de responsabilidade contratual e extracontratual. O argumento da unidade da culpa perdeu força em razão da nova direção trilhada pela teoria da responsabilidade civil, que já caminha para o chamado “Direito de Danos”, no qual a culpa não ocupa mais o lugar destaque na compreensão do dever de indenizar, e sim a noção de imputabilidade, que poderá ter como fundamento a própria culpa, o risco, o exercício de empresa, dentre outras hipóteses.¹⁶

Durante muito tempo a culpa foi o principal, e quase exclusivo, fundamento da responsabilidade civil. Vigorava a regra geral segundo a qual cada um responde pela própria culpa – *unuscuque sua culpa nocet*.¹⁷ O Código Civil de 1916, aproximando-se da redação dos arts. 1.382 e 1.383 do Código Civil francês, adotou a responsabilidade subjetiva no artigo 159, estabelecendo que “todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”. Essa concepção foi mantida no Código Civil de 2002, que fixou a cláusula geral da responsabilidade subjetiva no art. 927 em combinação com a definição legal de ato ilícito em sentido estrito, disposta no art. 186.

Desse dispositivo extraem-se os pressupostos da responsabilidade que, ao lado da culpa, configuram a imputação subjetiva do dever de indenizar: o dano e o nexo de causalidade deste com a conduta humana culposa.¹⁸

A existência de uma confusão doutrinária acerca da noção de culpa é reconhecida por Orlando Gomes, a qual se instalou em razão da tendência de ampliação para favorecer as vítimas de danos.¹⁹ Caio Mário da Silva Pereira define culpa como “um erro de conduta cometido pelo agente que, procedendo contra direito, causa dano a outrem, sem a intenção de prejudicar, e sem a consciência de

¹⁶ Acrescenta o autor que há outras situações em que essa diferenciação se faz importante, como na prescrição, cujo prazo é de três anos para o ato ilícito absoluto e três anos no ilícito relativo, ou a diferença na extensão da reparação do dano, que é integral no caso de responsabilidade aquiliana, e delimitada aos termos do negócio jurídico na responsabilidade contratual. LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extra-contratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil Brasileiro. **Tuiuti: Ciência e Cultura**, Curitiba, n. 30, FCJ 04, p. 107-119, mai. 2002. p. 114-115.

¹⁷ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 2 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3. p. 15.

¹⁸ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: parte geral**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 341-343.

¹⁹ Desvencilhando a culpa da necessidade de resultado danoso, Orlando Gomes entende que esta é elemento integrante da estrutura do ato ilícito em sentido estrito, que se traduz por fato ligado à conduta do agente. GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 66-68.

que seu comportamento poderia causá-lo. ²⁰ Há, portanto, na sua visão, o pressuposto do dano para configuração da culpa. Nesse sentido também se manifesta Paulo Lôbo, para quem a culpa é conduta comissiva ou omissiva que provoca dano na esfera jurídica de outrem, sem a intenção desse resultado.²¹

O modelo de responsabilidade civil estruturado em torno da culpa foi pertinente enquanto durou a concepção exclusivamente individual e patrimonial do direito civil, mas se mostrou insuficiente para dar respostas satisfatórias às situações advindas da sociedade de massa. Por um lado, o desenvolvimento da ciência, o progresso técnico, a mecanização dos meios de transporte, o comércio e a indústria de massa trouxeram situações que não se compadecem com o conceito tradicional de culpa.²² De outro, a estreita via da teoria subjetiva da responsabilidade civil dificulta o efetivo ressarcimento da vítima, que, em muitos casos, não tem capacidade técnica ou econômica para comprovar a existência de todos os pressupostos exigidos para a caracterização do dever de indenizar.²³

A insatisfação com a teoria subjetiva tornou-se cada vez maior, e evidenciou-se a sua incapacidade com o impulso desenvolvimentista de nosso tempo. A multiplicação das oportunidades e das causas de danos evidenciaram que a responsabilidade subjetiva tornou-se inadequada para cobrir todos os casos de reparação. Esta, com efeito, dentro da doutrina da culpa, resulta da vulneração de norma preexistente e comprovação de nexos causal entre o dano e a antijuridicidade da conduta do agente. Verificou-se, como já ficou esclarecido, que nem sempre o lesado consegue provar estes elementos. Especialmente a desigualdade econômica, a capacidade organizacional da empresa, as cautelas do juiz na aferição dos meios de prova trazidos ao processo nem sempre logram convencer da existência da culpa, e em consequência a vítima remanesce não indenizada, posto se admita que foi efetivamente lesada.²⁴

Nesse contexto, adquiriu força a ideia de modificar o fundamento da responsabilidade civil, retirando-se o pressuposto subjetivo do dever de indenizar. Para a teoria objetiva, basta a concorrência dos elementos dano, conduta e nexos de causalidade para imputação da responsabilidade²⁵. Prescinde-se da análise da culpa

²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva **Responsabilidade civil**. 9. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 69.

²¹ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 335.

²² COUTO E SILVA, Clóvis do. Dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997a. p. 211.

²³ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: parte geral. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 315.

²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 262.

²⁵ *Ibidem*. p. 267.

do agente, enfatizando o ressarcimento do prejuízo causado.²⁶

A responsabilidade objetiva tem como principal vertente a teoria do risco, em suas mais diversas modalidades, desde a teoria do risco-proveito, que parte da premissa do *ubi emolumentum ibi onus*, passando pela teoria do risco profissional, que imputa o dever de indenizar quando o fato decorre de determinada atividade ou exercício de profissão, até a teoria do risco integral, na qual sequer se analisa o nexo causal, bastando a verificação do dano para a imputação da responsabilidade.²⁷

A inserção da responsabilidade objetiva no direito brasileiro foi progressiva e marginal, constituindo-se, por muito tempo, em hipóteses excepcionalíssimas de aplicação.²⁸ A Constituição da República de 1988 acolheu expressamente a responsabilidade a responsabilidade objetiva na exploração de atividade nuclear (art. 21, XXIII, “d”), aos danos causados ao meio ambiente (art. 225, § 3º) e nos danos provocados a terceiros pelos agentes das pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos (art. 37, § 6º).

A adoção da responsabilidade civil objetiva chegou até o Código Civil de 2002, promovendo importante alteração em relação ao código que o precedeu. A norma inserta no parágrafo único do art. 927, CCB, faz menção expressa à teoria do risco, constituindo-se em verdadeira cláusula geral de responsabilidade objetiva, pois a admite nos casos especificamente previstos ou “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”.

Conforme ressalta Caio Mário da Silva Pereira, a ascensão da teoria objetiva não substitui por completo a responsabilidade civil subjetiva.²⁹ No direito brasileiro o que se observa é “a convivência de ambas: a *teoria da culpa* impera como direito comum ou a regra básica da responsabilidade civil, e a *teoria do risco* ocupa espaços excedentes, nos casos e situações que lhe são reservados” (Grifos do autor)³⁰.

O gradativo crescimento da responsabilidade civil no ordenamento jurídico

²⁶ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 4 ed. ampl. atual. e rev. São Paulo: LTr, 2014. p. 45.

²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 270.

²⁸ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 4 ed. ampl. atual. e rev. São Paulo: LTr, 2014. p. 47-48.

²⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit. p. 273.

³⁰ Idem.

brasileiro foi identificado por Fernando Noronha como uma das três principais vertentes de desenvolvimento da responsabilidade civil.³¹ A primeira e mais antiga tendência é justamente a objetivação da responsabilidade, reflexo da revolução industrial e conseqüente massificação das relações sociais, na qual se valoriza o ressarcimento da vítima como princípio de justiça distributiva.³² As outras correntes que constituem esse triplo fenômeno são a expansão dos danos suscetíveis de reparação e a coletivização da responsabilidade.³³ Para o autor, a expansão dos danos indenizáveis se identifica, com maior intensidade, no dever de indenizar decorrente de danos extrapatrimoniais e na tutela de danos transindividuais.³⁴

Um dos primeiros e principais fenômenos que revelam a tendência de expansão dos danos suscetíveis de reparação é a ascensão e afirmação dos danos morais no direito brasileiro. No início refutado pela doutrina e pela jurisprudência, a aceitação do dano moral avançou mediante o esforço da academia durante a primeira metade do século XX, até sedimentar-se no entendimento dos tribunais e no ordenamento jurídico brasileiro, culminando na previsão expressa no texto constitucional (art. 5º, V e X, CR88).

1.2 DO DANO PATRIMONIAL E MORAL AO DANO EXTRAPATRIMONIAL: A PERSPECTIVA CIVILISTA CONTEMPORÂNEA E SUA PRESENÇA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O dano é o elemento central ao redor do qual gravita a responsabilidade civil.³⁵ Sua delimitação é de tal importância que, na lição de Clóvis do Couto e Silva, “sem que se estabeleça uma noção de dano, não se pode ter uma ideia exata da responsabilidade num determinado país.”³⁶ Segundo Maria Celina Bodin de Moraes,

³¹ NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 21-37, jan. 1998. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15533/14089>>. Acesso em: 01 ago. 2015. p. 24-25.

³² COUTO e SILVA. Clóvis Veríssimo. Dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997a. p. 214.

³³ NORONHA, Fernando. *Op. cit.* p. 25-26.

³⁴ *Idem.*

³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 273.

³⁶ COUTO E SILVA, Clóvis do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997b. p. 217.

muito mais que evidências lógico-rationais apreendidas pela razão, a eleição dos danos que são merecedores de ressarcimento é uma tomada decisão política que revela os valores éticos e filosóficos de uma sociedade.³⁷

A compreensão de dano no ordenamento jurídico brasileiro foi, em sua gênese, marcadamente restritiva. Entendia-se como passível de ressarcimento somente o prejuízo material a bens patrimoniais da esfera jurídica do sujeito, ao passo que a tutela jurídica dos bens não patrimoniais era comumente remetida aos cânones do Direito Penal.³⁸

A primeira e mais simples noção de dano é a denominada naturalística.³⁹ Nessa perspectiva, explica Orlando Gomes que “o dano consiste na diferença entre o estado atual do patrimônio que o sofre e o que teria se o fato não se tivesse produzido”.⁴⁰ Essa análise entre o estado *ex ante* e *ex post* do bem danificado é retratada nas perdas e danos, cuja pretensão decorre do inadimplemento de deveres relativos ou absolutos com repercussão patrimonial de determinado indivíduo.

O conceito naturalístico, entretanto, não esgota o conteúdo da reparação de danos. Assevera Clóvis do Couto e Silva que a reparação não se submete apenas ao conceito físico ou naturalista de dano, tendo em vista que é a *norma jurídica* que orienta a composição dos danos.⁴¹ Nesse sentido, é importante relembrar que na estrutura da norma há uma hipótese fática que, uma vez concretizada na vida em sociedade, tornará jurídicos os fatos previstos, os fazendo existir no mundo do Direito.⁴² Ocorre que as circunstâncias fáticas que integram o suporte fático abstrato da norma não se limitam aos fatos da natureza ou de causalidade física, pois também os interesses – patrimoniais ou não – são elementos aptos a compor a hipótese prevista no suporte fático.

³⁷ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 21.

³⁸ COUTO E SILVA, Clóvis do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997b. p. 218.

³⁹ Idem.

⁴⁰ GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 75.

⁴¹ COUTO E SILVA, Clóvis do. Op. cit. p. 219.

⁴² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 41.

A importância da noção jurídica de interesse é que ela determina a extensão do que alguém esteja obrigado a indenizar. Se a noção de dano fosse simplesmente um conceito naturalista, seriam as leis da física que dariam as regras próprias para a fixação dos limites do dano indenizável. Entretanto, há uma noção física de dano e uma noção jurídica. Como sucede muitas vezes, a norma jurídica seleciona uma fração do fato social para transformá-lo numa situação jurídica. Alude-se a esse propósito a noção de interesse violado.⁴³

Por conta disso, o conceito normativo de dano é mais amplo que a sua percepção física, usualmente voltada aos bens patrimoniais em trânsito no comércio, podendo abarcar também os prejuízos experimentadas em detrimento de interesses extrapatrimoniais. Neste contexto, os direitos de conteúdo imaterial têm

A investigação a respeito dos direitos da personalidade iniciou-se a partir do debate travado no âmbito dos direitos autorais, que começou a ganhar força no final do século XIX. Sob o manto do discurso político-ideológico de proteção do autor, as obras do engenho humano, antes submetidas ao poder do Estado e da Igreja Católica, passaram a ser distinguidas pelo Direito da ideia inventiva de seu criador, aproximando-as da noção jurídica de coisa e tornando-as passíveis de apropriação privada.⁴⁴ Se entre o autor e a exteriorização material de sua ideia formava-se um direito de conteúdo patrimonial, um outro vínculo de caráter moral e indissociável também era formado, sob o fundamento do ineditismo da obra.⁴⁵ O vínculo moral entre o sujeito e a sua obra incentivou a investigação de direitos dissociados do caráter habitualmente patrimonial do conceito de direito subjetivo, inseridos no âmbito da personalidade humana.⁴⁶

As discussões acerca dos denominados direitos morais do autor, entretanto, deixavam sem respostas uma série de questões que começavam a ser levantadas. Por estar inserido no campo das relações entre privados, o debate sobre as liberdades públicas oponíveis ao Estado era ignorado pelos civilistas. Além disso, indagações a respeito do sujeito, suas características físicas, potencialidades intelectuais e a propriedade não encontravam soluções satisfatórias.⁴⁷ Essas percepções motivaram a criação de uma categoria autônoma de direitos de caráter extrapatrimonial, de modo a tutelar os bens corpóreos e incorpóreos da

⁴³ COUTO E SILVA, Clóvis do. Op. cit.. p. 219.

⁴⁴ GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000. p. 35-36.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Ibidem. p. 37.

⁴⁷ Ibidem. p. 38.

personalidade, inerentes à pessoa, mas ao mesmo tempo dela distintos, cuja oponibilidade se voltaria em face de todos os demais.⁴⁸

O Código Civil de 1916 silenciou a respeito dos direitos da personalidade, dedicando-se quase exclusivamente a tutelar os direitos patrimoniais. Como observa Clóvis do Couto e Silva, “é visível, na generalidade dos códigos a preocupação do legislador, em que os juízes pudesse alargar a amplitude do dano indenizável de tal modo que se poderia qualifica-la como atividade jurisdicional arbitrária.”, situação essa que não passou ao largo do direito brasileiro.⁴⁹ Salvo pontuais exceções expressamente normadas, as ofensas sem conteúdo patrimonial não eram consideradas passíveis de reparação, o que ensejou o debate em torno da reparabilidade dos danos morais.⁵⁰

A admissão da reparação por dano moral sofreu resistência acadêmica e jurisprudencial. Dentre as objeções opostas na doutrina, sustentava-se que o dano, em direito, deveria ser entendido apenas como a diminuição do patrimônio econômico-material, uma vez que o dano moral seria ausente de subsistência e de difícil comprovação, sem possibilidade a aferição rigorosa em valor econômico.⁵¹ Também era recorrente a alegação que a atribuição de um preço à dor (*pretium doloris*) era ato imoral e contra os bons costumes.⁵²

Esses argumentos acabaram sendo superados por parte da doutrina, que pouco a pouco se avolumava. Para Pontes de Miranda não há óbice no campo da moral que impeça transferir ao ofendido a propriedade de um bem patrimonial para cobrir com utilidade econômica o que foi lesado na esfera não patrimonial, uma vez que “mais contra a razão ou o sentimento seria ter-se irressarcível o que tão fundo feriu o ser humano, que há de se considerar o interesse moral e intelectual acima do interesse econômico, *porque se trata do ser humano*.”⁵³ (Grifo do autor).

Filiando-se à corrente favorável ao dano moral como dano reparável, Caio Mário da Silva Pereira afirma que a ausência de uma disposição genérica no Código

⁴⁸ GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000. p. 41-42.

⁴⁹ COUTO E SILVA, Clóvis do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997b. p. 219.

⁵⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 57.

⁵¹ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4. p. 190.

⁵² Idem.

⁵³ Idem.

Civil de 1916 que mencionasse o dano moral não significava que a sua reparação carecia de fundamento normativo. O autor propunha uma leitura sistemática do direito pátrio vigente na época, sustentando que a expressão “violação de um direito” do art. 159, CC16 não se limitava apenas aos direitos de caráter patrimonial.⁵⁴

O posicionamento da jurisprudência brasileira foi relutante na admissão do dever de indenizar para ofensas que não causavam prejuízo material à vítima, salvo raras exceções. Nos tribunais superiores, a tese vencedora até o último quarto do século XX proclamava que o dano moral era irressarcível.

Alguns doutrinadores apontam como *leading case* para a acolhida do ressarcimento do dano moral na jurisprudência pátria o RE nº 59.940-SP, julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em 26 de abril de 1966, de relatoria do Ministro Aliomar Baleeiro.⁵⁵ O caso versava sobre acidente de ônibus que vitimou dois irmãos, de quatro e dez anos de idade, em razão de um acidente de ônibus. A demanda indenizatória proposta pelo pai das crianças em face da companhia Auto-Ônibus Jundiaí S.A. foi julgada improcedente no primeiro grau de jurisdição, sendo mantida a sentença pelo Tribunal de Justiça de São Paulo na instância recursal. Não obstante o reconhecimento da responsabilidade da ré, fundamentou-se a sentença pela inexistência de prejuízo de ordem material ao genitor, uma vez que a empresa havia arcado com os gastos do sepultamento. Para o magistrado, o dano moral somente seria indenizável se ocasionasse dano material, o que não teria ocorrido na hipótese porque “o menor é fonte de despesa e não de receita”.⁵⁶

Mesmo apoiando-se em argumentos de matriz patrimonial, como a frustração da expectativa de ganho futuro e da prestação de alimentos pelos filhos, o STF deu provimento ao recurso extraordinário, assegurando a indenização a ser fixada por arbitramento ao recorrente.⁵⁷ Embora não tenha sido expressamente proclamada a tese do dano moral na ementa do julgado, o STF admitiu pela primeira vez a indenização por dano sem conteúdo patrimonial, abrindo uma via

⁵⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit. p. 57.

⁵⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: responsabilidade civil. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4. p. 195.

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **RE nº 59.940-SP**. Relator: Ministro Aliomar Baleeiro. Brasília, 26 abr. 1966.

⁵⁷ Este foi o primeiro julgado de sobre o tema, cujo entendimento sedimentou-se na jurisprudência da Corte e acarretou na inclusão do enunciado nº 491 na Súmula do Supremo Tribunal Federal, assim redigida: “É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”.

para o reconhecimento desse instituto, mesmo que de forma oblíqua. Posteriormente, a despeito da oscilação jurisprudencial que seguiu acerca do tema, não tardou para a reivindicação de inclusão expressa do dano moral alcançar os textos legislativos.⁵⁸

A menção expressa e de caráter geral a respeito do dano moral esperada pela posição - já majoritária - dos doutrinadores não foi introduzida na legislação civil, mas pela Constituição da República de 1988. No artigo 5º, incisos V e X, a intimidade, a honra, a vida privada e a imagem foram alçadas à categoria de direitos fundamentais, assegurando-se a indenização por dano moral decorrente das respectivas violações. No âmbito infraconstitucional, a disposição expressa acerca da reparação dos danos morais efetivou-se no advento do Código Civil de 2002, que incluiu no conceito de ato ilícito (art. 186, CCB) a violação de direito que cause dano exclusivamente moral. O Código Civil de 2002 ainda reservou um capítulo para os direitos da personalidade, verdadeira inovação em relação ao código que o precedeu, o que foi interpretado por parte da doutrina como “a afirmação do compromisso de todo o direito civil com a tutela e promoção da personalidade humana.”⁵⁹

Como observa Maria Celina Bodin de Moraes, a guinada jurisprudencial no campo da reparação dos danos morais decorreu muito mais em razão de uma mudança do conceito filosófico-político da vida em sociedade do que por motivos técnico-jurídicos.⁶⁰ Conforme anota a autora, “não ficou mais fácil solucionar os empecilhos indicados, nem mais simples aceitar que um sentimento de dor possa gerar dinheiro”, mas o que se alterou foi a percepção de injustiça em deixar a vítima desamparada ao sofrer uma violação na sua esfera extrapatrimonial.⁶¹

⁵⁸ A exemplo do Anteprojeto do Código de Obrigações de 1941, no Projeto de Código de Obrigações de 1965, do Anteprojeto de Código Civil de 1972 e do Projeto de Código Civil de 1975 (Projeto 634-B) PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 61.

⁵⁹ Os elogios param por aí: as soluções fechadas, absolutas e o tratamento excessivamente rígido dotado pelo Código Civil estão em descompasso com a compreensão contemporânea aberta dos direitos da personalidade. SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 12.

⁶⁰ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 147.

⁶¹ Idem.

1.3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O IMPACTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 SOBRE A CONCEPÇÃO DE DANO EXTRAPATRIMONIAL (E) COLETIVO

Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, a Constituição “pôs uma pá de cal” na resistência à reparação do dano moral, pois fez desaparecer o argumento da ausência de um princípio geral, integrando definitivamente o instituto no ordenamento jurídico nacional.⁶² O reconhecimento constitucional da reparação dos danos extrapatrimoniais e a previsão do princípio da dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CR88) promoveram profundas mudanças nos conceitos de dano moral e dano coletivo.

Como reação aos trágicos acontecimentos da Segunda Guerra Mundial – que descortinaram a insuficiência da tutela jurídica do indivíduo e sua vulnerabilidade perante o Estado –, a doutrina procurou reformular as construções teóricas baseadas no direito subjetivo e nas liberdades públicas para buscar “novas soluções com a finalidade de superar a conceituação jurídica do homem representada pelas categorias sujeito de direito e cidadão”.⁶³ A reconstrução ética do Direito orientou-se na direção de resgatar valores fundantes do Estado de Direito, como a dignidade humana, a resistência à opressão e a desobediência civil, que, pressupondo a autodeterminação da pessoa e a sua possibilidade de ruptura com a ordem jurídica instalada, recolocam o sujeito em posição de relevo perante o Estado.⁶⁴

O significado antigo atribuído à dignidade humana pela filosofia e pela religião, inicialmente vinculado com as ideias de hierarquização social, *status* e honra pessoal, não se confunde com o seu sentido contemporâneo, baseado no valor intrínseco do indivíduo e na sua autonomia.⁶⁵ A reaproximação do direito com a moral e a filosofia política, levada a cabo em virtude da ascensão de uma cultura jurídica pós-positivista, e a inclusão expressa nos diferentes documentos internacionais e constituições nacionais, ocasionou a importação da dignidade

⁶² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 58.

⁶³ GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000. p. 45.

⁶⁴ *Ibidem*. p. 45-46.

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 50, p. 95-147, out/dez, 2013. p. 114.

humana para o discurso jurídico.⁶⁶

Para Luís Roberto Barroso, a dignidade humana é um importante valor fundamental que assume a natureza de princípio jurídico, funcionando não só como fonte de direitos e deveres, mas também como norte interpretativo do sistema jurídico.⁶⁷ A seu ver, a dignidade não é um direito constitucional autônomo, sendo melhor caracterizada como uma norma-princípio, porque seria contraditório considerá-la um direito em si, eis que a dignidade é “a fonte de todos os direitos verdadeiramente fundamentais”.⁶⁸ Ainda, compreendê-la como um direito autônomo também a colocaria em posição mais frágil do que ela teria quando empregada como parâmetro interpretativo para colisões de direitos.⁶⁹

Na esteira da revitalização ética do direito positivo, a doutrina passou a reivindicar a aproximação teórica entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais, unificados no valor da dignidade humana.⁷⁰ A dicotomia entre ambos os direitos reforçaria a tutela da personalidade, de modo que a interação entre os direitos da personalidade, originariamente pensados como regras no campo do direito privado, e os direitos fundamentais, entendidos como princípios no âmbito do direito público, promoveria a proteção do indivíduo em relações paritárias ou em relações em que um sujeito assume posição de supremacia sobre o outro (e.g. o Estado).⁷¹

Conforme esclarece José Antônio Peres Gediél, os direitos da personalidade e os direitos fundamentais tornam-se categorias jurídicas estanques quando concebidos exclusivamente através da compartimentalização rígida entre direito público e privado:

A definição do conteúdo material dos direitos fundamentais da personalidade exige, como se vê, a formulação de uma teoria unitária, que postula a existência de um ‘direito geral da personalidade’, vem como sua relação com os direitos fundamentais. Ambos devem ancorar-se na dignidade humana, para suprir a necessidade de tutela integral do sujeito,

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 50, p. 95-147, out/dez, 2013. p. 101.

⁶⁷ *Ibidem*. p. 116-118.

⁶⁸ *Idem*.

⁶⁹ *Idem*.

⁷⁰ GEDIÉL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000. p. 46-47.

⁷¹ MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. FRUET, Gustavo Bonato (Org.). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, p. 24-64, 2012b. p. 60.

para além de sua compartimentalização e de seu reconhecimento pelas normas de origem estatal.⁷²

Essa teoria unitária foi acolhida no Brasil com o advento da Constituição de República de 1988. Segundo Elimar Szaniawski, apesar de o constituinte não ter inserido uma cláusula geral expressa da tutela da personalidade humana, tal como nas Constituições alemã e italiana, o princípio da dignidade da pessoa humana faz as vezes de uma cláusula geral constitucional de tutela da personalidade.⁷³ Na leitura do autor, a combinação entre o art. 1º, III, CR88 e o art. 12 do CCB, revela aos operadores do direito “o *direito geral de personalidade* adotado pelo direito brasileiro, erigido ao lado de direitos especiais de personalidade, casuisticamente escolhidos e disciplinados pelo legislador.”⁷⁴ (Grifo do autor).

O direito geral da personalidade, também denominado cláusula geral de tutela da pessoa, promove uma abertura no regime jurídico dos direitos da personalidade, afastando interpretações restritivas acerca das hipóteses protegidas. Maria Celina Bodin de Moraes afirma que “a tutela da pessoa humana não pode ser fracionada em isoladas hipóteses, microssistemas, em autônomas *fattispecie* não-intercomunicáveis entre si”, tendo em vista que a impossibilidade de contemplar em lei todas possíveis manifestações da personalidade humana implicaria na maior vulnerabilidade da pessoa.⁷⁵

A confluência dos direitos da personalidade e dos direitos fundamentais influenciou a própria concepção de dano moral. Tradicionalmente identificados nas sensações desagradáveis pelo sentimento humano, os danos morais foram objeto de novas linhas por parte da doutrina nacional, que passou a os reconhecer objetivamente na violação dos atributos da personalidade.⁷⁶

A compreensão de cunho subjetivo de dano extrapatrimonial pode ser encontrada na doutrina de quem primeiro tratou sobre o assunto, como Wilson de Melo da Silva, um dos pioneiros e principais defensores da admissão da reparação dos danos morais no Brasil. Definia-os o autor a partir da dualidade entre patrimônio

⁷² GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000. p. 47.

⁷³ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 559.

⁷⁴ Idem.

⁷⁵ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 121.

⁷⁶ LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 2 ed. São Paulo, 2010. p. 334.

material e patrimônio material, como “lesões ao sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal (...) o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.”⁷⁷

Conforme complementa o jurista, o elemento característico do dano moral repousaria na dor, em seu sentido mais amplo, de modo a abranger os sofrimentos físicos ou puramente morais.⁷⁸ Em sua definição estariam inclusas as ofensas contra a honra, as crenças íntimas, ao sentimento afetivos, a liberdade, a integridade física e a vida.⁷⁹

Esse entendimento de dano moral foi posteriormente questionado pela doutrina, que refutou a sua caracterização a partir de argumentos semelhantes aqueles apresentados por quem antes rejeitava a reparação de danos sem conteúdo patrimonial: a impossibilidade fática de aferir efetivamente o sofrimento da vítima e a imoralidade em se aprofundar em tal investigação.⁸⁰

Para Maria Celina Bodin de Moraes, uma definição de dano moral que o associe a dor, humilhação, vergonha, ofensa física ou aflição espiritual confunde o dano em si com a sua eventual consequência.⁸¹ Entende a autora que o ordenamento jurídico deve ater-se na concretização da cláusula geral de proteção da personalidade, sancionando violações que atentem contra a dignidade do indivíduo, independentemente de sua reação emocional.⁸² A vantagem da compreensão objetiva de dano extrapatrimonial, segundo Anderson Schreiber, é concentrar-se no objeto atingido, ou seja, no atributo da personalidade humana, deixando de se perquirir as consequências íntimas da lesão.⁸³

Assim, de acordo com José Antônio Peres Gediél, o conceito de dano extrapatrimonial assumiu um duplo significado na doutrina, abrangendo tanto os danos morais em sentido subjetivo, que se relacionam ao sofrimento provocado por injusta lesão, quanto os danos morais em sentido objetivo, que se referem a lesões em detrimento da dimensão objetiva da personalidade humana.⁸⁴

⁷⁷ SILVA, Wilson de Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1969. p. 13.

⁷⁸ Ibidem. p. 14.

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 17.

⁸¹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 131.

⁸² Idem.

⁸³ SCHREIBER, Anderson Op. cit. p. 17.

⁸⁴ GEDIÉL, José Antônio Peres. A quantificação da reparação por dano moral e a pessoa jurídica:

A academia e os tribunais passaram a considerar caracterizado o dano extrapatrimonial quando há ofensa a elementos personalíssimos da personalidade (liberdade, honra, atividade profissional, reputação, manifestações culturais e intelectuais), bem como quando os efeitos não patrimoniais da ação injusta ocasionem angústia, dor, tristeza e demais sensações negativas intensas ao ponto de se distinguirem dos incômodos e aborrecimentos da vida em sociedade.⁸⁵ Adotando a compreensão objetiva do dano extrapatrimonial, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela dispensa de comprovação de dor e sofrimentos, exigência condizente ao dano moral subjetivo, sempre que demonstrada ofensa injusta à dignidade da pessoa humana. Trata-se, destarte, de dano *in re ipsa*.⁸⁶

O alargamento do conceito de dano extrapatrimonial subjetivo para o dano extrapatrimonial objetivo permitiu a ampliação de sua proteção para as pessoas jurídicas. Ao despir o dano moral de elementos característicos das pessoas naturais, como a dor e o sofrimento, o debate acerca da possibilidade de reparação de dano moral sofrido pessoas jurídicas assumiu relevo na academia e na jurisprudência.⁸⁷

José Antônio Peres Gediél esclarece que as pessoas jurídicas, na condição de sujeitos de direito dotados de personalidade jurídica, também são titulares de direitos da personalidade, com exceção dos direitos que não lhe são cabíveis em razão da sua natureza jurídica.

(...) a superação da posição restritiva à reparabilidade dos danos extrapatrimoniais, em relação às pessoas jurídicas, só se apresenta possível a partir do reconhecimento que, para a ordem jurídica, pessoas são todos os entes dotados de personalidade jurídica, não apenas os seres humanos, e que a personalidade jurídica se reveste de elementos comuns, embora não absolutamente coincidentes a ambos os tipos de pessoas (naturais e jurídicas).⁸⁸

Esse entendimento foi confirmado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que lhe reservou o enunciado nº 227 de sua súmula para afirmar a

uma questão aberta na jurisprudência e na doutrina brasileiras. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**. Curitiba, v. 5, n. 5. p. 56-70, dez. 1996. p. 57.

⁸⁵ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 157-158.

⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **REsp nº 1.292.141-SP**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 04 dez. 2012.

⁸⁷ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. **Dano moral coletivo**. 4 ed. ampl. atual. e rev. São Paulo: LTr, 2014. p. 71.

⁸⁸ GEDIÉL, José Antônio Peres. A quantificação da reparação por dano moral e a pessoa jurídica: uma questão aberta na jurisprudência e na doutrina brasileiras. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**. Curitiba, v. 5, n. 5. p. 56-70, dez. 1996. p. 57-58.

reparabilidade dos danos extrapatrimoniais das pessoas jurídicas. Posteriormente, o Código Civil de 2002 o art. 52, que assegurou a proteção dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas, “no que couber”.

O desenvolvimento do conceito de dano extrapatrimonial não permaneceu somente na dimensão dos interesses privados. O reconhecimento jurídico de bens considerados coletivos levou parte da doutrina passou a suscitar a possibilidade de reparação de danos sem conteúdo patrimonial que a eles forem causados.

Segundo Ricardo Luis Lorenzetti, a expansão do conteúdo do dano moral aliada à ampliação da titularidade da pretensão de ressarcimento por danos coletivos ensejou a tese de reparabilidade dos chamados danos morais coletivos.⁸⁹ A pretensão ressarcitória decorrentes dessa espécie de dano não teria uma titularidade individual, porque o interesse prejudicado também não é individual.⁹⁰

Destaca-se que muitos autores anotam a necessidade de uma ressalva terminológica à expressão “dano moral coletivo”, apontando o nome “dano extrapatrimonial coletivo” como denominação mais adequada.⁹¹ De um lado, o termo “moral” remete ao entendimento tradicional de dano relacionado com o sentimento de dor física ou psíquica, que seria uma posição teórica incompleta no panorama atual da responsabilidade civil.⁹² De outro, o termo “coletivo” não é técnico se comparado com a legislação vigente, que classifica os direitos e interesses metaindividuais em difusos e coletivos, o que poderia sugerir que os danos a interesses difusos não se incluíam nessa categoria.⁹³ Em que pese as críticas apresentadas, o uso corrente da expressão “dano moral coletivo” foi acolhido como sinônimo de dano extrapatrimonial coletivo

A possibilidade de reparação dos danos extrapatrimoniais coletivos é objeto de controvérsia por parte da doutrina e apresentou maior resistência em determinados setores da jurisprudência, que não admitem a viabilidade de indenização por danos morais a indivíduos indeterminados. As objeções opostas firmam-se no entendimento tradicional e individualista do dano moral, ora limitando-o

⁸⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 456-458.

⁹⁰ *Ibidem*. p. 217.

⁹¹ COSTA, Marcelo Freire Sampaio. **Dano moral (extrapatrimonial) coletivo: leitura constitucional, civil e trabalhista: estudo jurisprudencial**. São Paulo, SP: LTr, 2009. p. 65.

⁹² MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. **Dano moral coletivo**. 4 ed. ampl. atual. e rev. São Paulo: LTr, 2014. p. 153.

⁹³ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 101.

à ofensa a direitos personalíssimos da pessoa individualmente considerada, ora associando-o a ofensas ao foro íntimo dos sujeitos.

É notável a dificuldade do Direito em lidar com o coletivo. Mesmo na contemporaneidade, o instrumental doutrinário e jurisprudencial à disposição dos juristas é predominantemente voltado ao modelo individual de relação jurídica, que pressupõe uma relação de vontades individualizadas entre sujeitos determinados. Por conta disso, a solução da questão sobre a admissibilidade da reparação dos danos extrapatrimoniais coletivos não poderá ser encontrada exclusivamente nas regras comuns das relações privadas individuais, erigidas sob a lógica peculiar do dano individual.⁹⁴

⁹⁴ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. Op. cit. p. 161.

2 “NOVOS DANOS” E DIREITO SUBJETIVO: O DEBATE OITOCENTISTA E O PROGRESSIVO RECONHECIMENTO DE INTERESSES METAINDIVIDUAIS

2.1 A QUESTÃO DO COLETIVO E DO COMUNITÁRIO NA CIVILÍSTICA CLÁSSICA: ELEMENTOS PARA UM DEBATE CONTEMPORÂNEO

Os conflitos de natureza coletiva costumam escapar às soluções comumente apresentadas pelo Direito. Construído a partir do paradigma individualista da modernidade, sua noção fundamental repousa nos conceitos de relação jurídica e direito subjetivo, pensados e refinados pela pandectística alemã.⁹⁵

A compreensão de direito subjetivo não é unívoca e já se modificou de diversas maneiras. Enquanto no final da Idade Média a noção de direito subjetivo aproximava-se do conceito filosófico de matriz teórica-cristã de liberdade, na modernidade o seu significado deslocou-se da relação entre Deus e o homem para a concepção humanista individualista, na qual o sujeito é um ser absolutamente independente da ordem divina e social.⁹⁶

Na sociedade moderna, baseada no contratualismo político, liberdade e direito subjetivo foram apreendidos como liberdades públicas contra o Estado e como poder jurídico exercido em face dos demais indivíduos.⁹⁷ A chamada “liberdade dos modernos” passou a ser o espaço delimitado para o exercício da vontade do sujeito, instrumentalizada na forma de direito subjetivo e garantida pelo contrato social.⁹⁸

Esse modelo teórico passou a integrar as legislações do século XIX, privilegiando o poder de vontade utilitário para regular as relações intersubjetivas de conteúdo patrimonial.⁹⁹

A teoria do direito baseada no paradigma da modernidade conservou o traço individualista do direito subjetivo, desenvolvendo-se na atribuição de um poder jurídico a determinado sujeito de direito, ou na titularidade de interesse protegido

⁹⁵ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18 ed. Texto atualizado por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 93.

⁹⁶ GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000. p. 13

⁹⁷ *Ibidem*. p. 17.

⁹⁸ *Ibidem*. p. 24.

⁹⁹ *Ibidem*. p. 28.

pelo direito objetivo.¹⁰⁰ Nessa linha, explica Santoro-Passarelli que “a lei considera existente um direito subjetivo sempre que é reconhecido directamente ao *indivíduo* um poder para a realização de um *interesse seu* (grifo do autor).”¹⁰¹

A esse respeito, pontua Orlando Gomes que “o sujeito de direito é mero elemento da relação jurídica e, como tal, tratado.”¹⁰² No mesmo sentido, Luiz Edson Fachin afirma que a ideia de relação jurídica concebe o sujeito como um centro de imputação de titularidades, esvaziando-o de seu conteúdo material.¹⁰³

Em razão dessa concepção individualista de relação jurídica e direito subjetivo, o direito moderno encontrou dificuldades de aceitar os “corpos parciais ou intermediários” conhecidos na experiência medieval.¹⁰⁴ As organizações ou corporações de carácter holístico, estruturadas a partir de uma rigorosa hierarquização de estamentos, passaram a ser malvistas pelo Estado liberal que se erigia.¹⁰⁵ A desigualdade formal que as caracterizava era um obstáculo para a liberdade dos moldes da filosofia liberal, na qual se rejeita a noção de privilégio.

Por conta dessas razões, Rodrigo Xavier Leonardo afirma que, conforme os anseios da modernidade, as relações políticas se estabeleciam entre indivíduos e Estados, ao repúdio de qualquer organização ou grupo de pessoas intermediário.¹⁰⁶

A rejeição ao coletivo inaugurada pela modernidade caminhou para a desconfiança, ante o reconhecimento das associações sob a roupagem da pessoa jurídica, instrumentalizada pelo contrato e vigiada de perto pelo Estado.¹⁰⁷ E a despeito da mudança dessa postura de desconfiança em relação ao exercício de direitos dos grupos e classes na sociedade, o reconhecimento de coletividades como sujeitos de direito é, ainda hoje, um desafio no direito privado contemporâneo.¹⁰⁸

¹⁰⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil e teoria geral de direito civil. 23 ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1. p. 27-28.

¹⁰¹ SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Teoria geral do direito civil**. Tradução de Manuel de Alarcão. Coimbra: Atlântida Editora, 1967. p. 50.

¹⁰² GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18 ed. Texto atualizado por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 94.

¹⁰³ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 165.

¹⁰⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 26.

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ Ibidem. p. 31.

¹⁰⁷ Ibidem. p. 58-59.

¹⁰⁸ Ibidem. p. 121.

Antonio Carlos Wolkmer observa que a dogmática jurídica tradicional tem sido posta em dificuldade perante as necessidades, os conflitos e os problemas da sociedade recente, cujas reivindicações não têm encontrado solução nos institutos formais e materiais de cunho individualista. Nesse contexto, parte da doutrina passou a denominar de “novos” direitos “as exigências permanentes da própria sociedade diante das condições emergentes da vida e das crescentes prioridades determinadas socialmente.”, as quais deveriam ser disponibilizadas tutela jurídica adequada.¹⁰⁹ Esses novos direitos foram identificados como “direitos de terceira geração”, de formação posterior aos direitos individuais ou de primeira geração e os direitos sociais ou de segunda geração.

Os acontecimentos das grandes guerras do século XX influenciaram a mudança do panorama jurídico desenvolvido na modernidade. Nesse contexto, José Antônio Peres Gediel explica que o pensamento da social-democracia europeia teve papel destacado nessa transformação.

Gediel esclarece que “na sua formulação original, a social-democracia prega a transformação da economia capitalista, e realiza uma crítica ao intervencionismo do Estado liberal na economia”, mas sem apontar na via revolucionária.¹¹⁰ Apresentando-se como uma alternativa de mudança menos traumática que a defendida pelo socialismo revolucionário, o pensamento da social-democracia propunha a “reelaboração do paradigma jurídico liberal dos séculos XVIII e XIX e do pensamento civilista fundado na vontade individual e no absolutismo dos direitos subjetivos.” orientada nas noções de solidarismo e personalismo.¹¹¹

No Brasil, esse posicionamento político foi reproduzido na Constituição da República de 1988, que buscou conciliar tanto os valores democracia liberal como as promessas constitucionais firmadas nos direitos sociais, a funcionalização do direito de propriedade e do contrato e a redefinição jurídica da instituição familiar enquanto espaço para desenvolvimento de sua personalidade.¹¹²

O solidarismo, acolhido pela Constituição e elevado a objetivo da República Federativa do Brasil (art. 3º, I), faz-se presente em todo o texto constitucional, tal

¹⁰⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 2, n. 31, p. 121-148, 2013. p. 138.

¹¹⁰ GEDIEL, José Antônio Peres. A social-democracia e seus reflexos sobre o direito civil contemporâneo. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 15, n. 15, p. 174-183, 2014. p. 175.

¹¹¹ *Ibidem*. p. 178.

¹¹² *Ibidem*. p. 182.

como no reconhecimento de direitos metaindividuais e na previsão de instrumentos processuais para a sua tutela.

2.2 A AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS E INTERESSES METAINDIVIDUAIS: A CONTRIBUIÇÃO PROCESSUAL

O despertar dos “novos direitos” foi impulsionado pela reação aos atos dos grandes conflitos do século XX, iniciando a transição do paradigma da modernidade para um paradigma pós-moderno, centrado na dignidade da pessoa humana. Esse novo paradigma, notavelmente influenciado pela social-democracia, ampliou o olhar do Direito para além dos valores essencialmente liberais, como a liberdade, a vida e a propriedade, e redirecionou o epicentro axiológico da sociedade liberal para sociedade solidária.

Conforme afirma Rodrigo Xavier Leonardo, a experiência jurídica contemporânea “mostra sinais claros de rupturas com esse modelo individualista, calcado nesta específica noção de *direito subjetivo* e de *sujeito de direito*, ainda que a teoria do direito mantenha-se aparentemente intacta a esta alteração”.¹¹³ E como bem observa o autor, essa ruptura foi percebida com maior intensidade no Direito Processual Civil, uma vez que o Direito Civil tradicionalmente assume uma postura de maior resistência a respeito de mudanças tão substanciais.¹¹⁴

Segundo Elton Venturi, essa revolução paradigmática de redescoberta do ser humano como verdadeiro sujeito de direito não deve passar ao largo do direito processual, devendo superar os velhos esquemas técnicos, inoperantes perante os chamados *novos direitos*, especialmente em relação aos direitos metaindividuais.¹¹⁵ Não basta o reconhecimento dos direitos de solidariedade, é necessário que o sistema jurídico os tutele adequadamente.¹¹⁶

Influenciado pelos estudos dos processualistas italianos na década de 1970, o Direito Processual brasileiro promoveu a construção de um sistema de tutela jurisdicional dos interesses difusos que fosse imediatamente operativo.¹¹⁷ Apesar

¹¹³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 119.

¹¹⁴ Idem.

¹¹⁵ VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 31-33.

¹¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 794.

¹¹⁷ Idem.

das ações coletivas não alcançarem verdadeiro desenvolvimento nos países europeus, a sua teorização encontrou terreno fértil no Brasil, que vivia a sua redemocratização e valorização da atividade cível do Ministério Público.¹¹⁸ A nova ordem constitucional também exerceu papel importantíssimo no âmbito processual, pois não só consagrou um número generoso de direitos fundamentais individuais e sociais, como também assegurou a inafastabilidade da jurisdição na apreciação de lesão ou ameaça de lesão a esses direitos.¹¹⁹

A doutrina italiana identificou uma nova categoria de interesses, diversa da dicotomia entre interesse público e privado.¹²⁰ Explica Hugo Nigro Mazzilli que, a despeito das inúmeras concepções que existem sobre o tema, o interesse público tem sido predominantemente ligado ao interesse de proveito social, relacionado a toda coletividade. Sob o império de um Estado Democrático de Direito, as funções legislativa, jurisdicional e administrativa são orientadas no interesse da coletividade, de modo que o Estado chama para si a tarefa de dizer no que consiste o bem de todos.¹²¹ Ocorre que, não raro, a decisão tomada vai de encontro com o interesse dos particulares, contraposição esta que revela o interesse público; a contraposição entre os indivíduos, por sua vez, revelaria o interesse privado.¹²²

Mazzilli atenta ao fato que o interesse público não se confunde com o interesse coletivo. Isso porque o interesse público nem sempre coincide com o bem comum. Por vezes, o interesse perseguido diz respeito ao Estado, mas não à coletividade, hipótese que caracteriza o chamado interesse público secundário.¹²³

A par dessa dualidade entre interesse público e interesse privado, os direitos transindividuais colocam-se em posição intermediária, pois não são de titularidade das pessoas individualmente consideradas, nem pertencem ao Estado enquanto instituição política da qual são partícipes os cidadãos.¹²⁴ Na explicação de Ada Pellegrini Grinover:

¹¹⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 27.

¹¹⁹ VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 34.

¹²⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 26. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 49-50.

¹²¹ Idem.

¹²² Idem.

¹²³ Idem.

¹²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 793.

Ao contrário, os interesses sociais são comuns a um conjunto de pessoas, e somente a estas. Interesses espalhados e informais à tutela de necessidades coletivas, sinteticamente referíveis à qualidade de vida. Interesses de massa, que comportam ofensas de massa e que colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas. Não mais se trata de um feixe de linhas paralelas, mas de um leque de linhas que convergem para um objeto comum e indivisível. Aqui se inserem os interesses dos consumidores, ao ambiente,¹²⁵ dos usuários de serviços públicos, dos investidores, dos beneficiários da previdência social e de todos aqueles que integram uma comunidade compartilhando de suas necessidades e seus anseios.¹²⁵

Para Alcides Alberto Munhoz da Cunha, os interesses transindividuais se diferenciam dos interesses individuais pela existência de diversos sujeitos com “interesses convergentes, justapostos e correlatos, incidentes sobre o mesmo bem indivisível, de modo que a satisfação de um dos sujeitos importa necessariamente na satisfação contemporânea dos demais interesses”.¹²⁶ Há, portanto, pluralidade de interesses coordenados sobre um mesmo bem indivisível.¹²⁷

A doutrina denomina de direitos coletivos em sentido amplo o gênero que abrange os direitos difusos, os direitos coletivos em sentido estrito e os direitos individuais homogêneos.¹²⁸ Para a maior parte dos autores, apenas os direitos difusos e os direitos coletivos *stricto sensu* são essencialmente coletivos, enquanto os direitos individuais homogêneos são acidentalmente coletivos.¹²⁹ Essa distinção fundamenta a compreensão do sistema de tutela coletiva brasileira, que protege tanto os direitos essencialmente transindividuais (tutela de direitos coletivos), quanto os direitos individuais pela via coletiva (tutela coletiva de direitos).¹³⁰

Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior apontam a existência de um microsistema processual para a tutela coletiva composto não apenas pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei da Ação Civil Pública, mas também pela reunião intercomunicante de diplomas como a Lei da Ação Popular, o mandado de

¹²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 793

¹²⁶ CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Evolução das ações coletivas no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 77, p. 224-235, jan. 1995. p. 225.

¹²⁷ *Idem.*

¹²⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 67.

¹²⁹ Em sentido contrário, Alcides Alberto Munhoz da Cunha entendia que também os direitos individuais homogêneos são essencialmente coletivos, uma vez que pressupõem “interesses coordenados e justapostos que visam à obtenção de um mesmo bem de uma utilidade indivisível”. CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Op. cit.* p. 233.

¹³⁰ VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 62.

segurança coletivo, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso e todas as demais normas que tratam da tutela coletiva.¹³¹ Observa-se, neste ponto, uma ruptura com a pretensão totalizante dos antigos modelos de decodificação anteriores e da própria teoria do direito, que se fiavam no dogma da completude do ordenamento jurídico.¹³²

Num primeiro momento, a legislação processual, por meio da Lei da Ação Civil Pública, referiu-se de maneira genérica aos interesses difusos e coletivos, sem imprimir-lhes uma distinção conceitual.¹³³ Somente com o advento do Código de Defesa do Consumidor tal diferenciação foi feita, oportunidade em que foi introduzida uma nova categoria, os direitos individuais homogêneos.¹³⁴

Explica Hugo Mazzilli que o art. 81 do CDC sistematiza dos direitos transindividuais segundo a possibilidade ou a impossibilidade de determinação de pessoas e mediante o vínculo fático ou jurídico que une tais indivíduos.¹³⁵ Se numa categoria de indivíduos determináveis o que os une é a origem comum da lesão, será a hipótese dos direitos individuais homogêneos. Por outro lado, se determináveis os indivíduos e o vínculo que os reúne é uma “relação jurídica indivisível”, como os consumidores que se submetem a uma idêntica cláusula ilegal inserta em contrato de adesão, o direito será denominado coletivo em sentido estrito. Porém, se houver uma relação de fato que diga respeito a indivíduos indetermináveis, haverá nesse caso direito ou interesse difuso.

Elton Venturi refuta a existência de uma diferenciação conceitual entre direitos e interesses.¹³⁶ Para o autor, a tentativa de alguns ordenamentos em qualificar as pretensões metaindividuais como interesses resultou de um preconceito de viés liberal-individualista, uma vez que essa nova realidade de direitos não se enquadrava nos velhos adágios do direito subjetivo.¹³⁷ No mesmo sentido, Kazuo Watanabe afirma que a utilização dos termos direitos e interesses no Código de Defesa do Consumidor foi proposital, uma vez que “os ‘interesses’ assumem o

¹³¹ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 48.

¹³² Idem.

¹³³ VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 50.

¹³⁴ Idem.

¹³⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 26. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 49-50.

¹³⁶ VENTURI, Elton. Op. cit. p. 44.

¹³⁷ Ibidem. p. 45

mesmo status de 'direitos', desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles".¹³⁸

Os direitos ou interesses difusos caracterizam-se pela natureza indivisível de sua pretensão, que é titularizada por pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias fáticas, sem vínculo de natureza jurídica.¹³⁹ Dessa maneira, a coisa julgada nas sentenças de procedência terá eficácia *erga omnes*, conforme precisão do art. 103, CDC.

Os direitos e interesses coletivos *stricto sensu*, por sua vez, diferenciam-se dos direitos difusos por serem de titularidade de sujeitos determináveis, ligados entre si por uma relação jurídica base. Afirmam Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior que essa relação jurídica base deve ser preexistir ao dano, podendo se dar entre os membros de um grupo (*affectio societatis*) ou pela ligação decorrente de uma mesma situação jurídica.¹⁴⁰

Os direitos e interesses individuais homogêneos, como anota Elton Venturi, "não passam de um artifício legislativo destinado à facilitação da tutela processual".¹⁴¹ A insatisfação gerada pelo sistema de tutela individual ante a dificuldade de concretização do acesso à justiça levou o legislador a prever a possibilidade do manejo da tutela coletiva nas hipóteses em que houver múltiplas pretensões individuais divisíveis, que derivam de uma mesma origem. Por essa razão, direitos essencialmente individuais são tutelados mediante ação coletiva meramente por um "acidente de coletivismo", que torna a pretensão à reparação indivisível.¹⁴² Lançando mão de um pedido de condenação genérica (art. 95, CDC), a liquidação do dano decorrente de lesão a direitos e interesses individuais homogêneos ocorre através do instituto da *fluid recovery*, disposto no art. 100 do CDC.

Conforme anota, Xisto Tiago de Medeiros Neto, a classificação legal e doutrinária das características dos diferentes direitos e interesses transindividuais assume grande relevância não apenas para o adequado manejo da tutela

¹³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.p. 819.

¹³⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 48.

¹⁴⁰ *Idem.*

¹⁴¹ VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 61.

¹⁴² *Ibidem.* p. 68.

jurisdicional, mas também para a própria compreensão do conceito de dano extrapatrimonial coletivo.¹⁴³

2.3 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS DA REPARAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO

A gênese da elaboração dogmática dos direitos transindividuais pode ser datada da metade da década de 1970, destacadamente nos Congressos de Pavia, em 1974 e de Salerno, em 1975, enquanto a referência da possibilidade de danos extrapatrimoniais ocorridos em desfavor da coletividade foi aventada a partir da década de 1980 pela doutrina italiana.¹⁴⁴ Apesar de inicialmente desenvolvida na Itália, a teoria das ações coletivas fundadas no sistema de *civil law* encontrou grande desenvolvimento nos países da América do Sul, principalmente no Brasil e na Argentina.¹⁴⁵ Embora o instituto possa ser encontrado em outras experiências jurídicas, a atenção dedicada nestes dois países levou Felipe Teixeira Neto a afirmar que o dano extrapatrimonial coletivo é uma categoria de danos tipicamente sul-americana.¹⁴⁶

No contexto brasileiro, a Constituição da República de 1988 exerceu profundo impacto na concepção de dano indenizável, cuja previsão expressa da reparação do dano moral como direito fundamental, conformado e orientado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, modificou substancialmente o seu conceito. A partir da constatação que a dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental diretor da ordem jurídica brasileira, que tem como primeiro e último destinatário o indivíduo em seu sentido integral, conclui Elimar Szaniawski que:

Nossa constituição, embora não tenha inserido em seu texto um dispositivo específico destinado a tutelar a personalidade humana, reconhece e tutela o direito geral de personalidade através do *princípio da dignidade* da pessoa, que consiste em uma *cláusula geral* de concreção da proteção do

¹⁴³ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de Medeiros. **Dano moral coletivo**. 4 ed. ampl. atual. e rev. São Paulo: LTr, 2014. p. 147.

¹⁴⁴ TEIXEIRA NETO, Felipe. **Dano moral coletivo**: a configuração e a reparação do dano extrapatrimonial por lesão a interesses difusos. Curitiba: Juruá, 2014. p. 152.

¹⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 794.

¹⁴⁶ TEIXEIRA NETO, Felipe. Op. cit. p. 42.

indivíduo.¹⁴⁷ (Grifo do autor).

No mesmo sentido, Maria Celina Bodin de Moraes afirma que o dano moral passou a ter como causa a injusta violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, e como fonte a cláusula geral de proteção da personalidade inserta na Constituição Federal.¹⁴⁸ Como observa a autora, “a reparação do dano moral transforma-se, então, na contrapartida do princípio da dignidade da pessoa humana: é o reverso da medalha”.¹⁴⁹

A tutela integral da pessoa não se encontra limitada num rol exaustivo de direitos, como se poderia pensar a respeito da previsão dos direitos da personalidade no Código Civil de 2002. Essa proteção deve ser integrada no âmbito dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade, para além de uma compartimentalização entre normas de direito privado e direito público.¹⁵⁰ Ela deve alcançar a pessoa em sua integralidade, seja consigo mesma, seja em relação à comunidade em que está inserida.

Para Luís Roberto Barroso, a dignidade da pessoa humana tornou-se um dos maiores exemplos de consenso ético do mundo ocidental, tendo lugar em diversas constituições, tratados internacionais e decisões judiciais.¹⁵¹ Barroso constata que a difícil delimitação da dignidade humana, ao mesmo tempo em que encanta e ganha adeptos no plano conceitual, na prática, enquanto conceito jurídico, “frequentemente funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta os seus próprios valores”.¹⁵²

A doutrina busca superar essa dificuldade a partir da construção de um conteúdo mínimo desse princípio, ao mesmo tempo que o mantém aberto para não retirar a sua efetividade.¹⁵³ Esse conteúdo mínimo costuma ser preenchido pela dignidade da pessoa humana enquanto valor intrínseco de todos os seres humanos, enquanto autonomia de cada indivíduo, e pela sua limitação mediante

¹⁴⁷ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 137.

¹⁴⁸ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 132.

¹⁴⁹ Idem.

¹⁵⁰ GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000. p. 49.

¹⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 50. out-dez, p. 95-147, 2013. p. 97.

¹⁵² Idem.

¹⁵³ Idem.

restrições legítimas impostas em nome de valores sociais ou interesses estatais.¹⁵⁴

O valor comunitário, para Barroso, é o elemento social da dignidade. Em seu entendimento, o valor comunitário representa duas diferentes forças externas que atuam sobre o indivíduo: os compromissos, os valores e as “crenças compartilhadas”, bem como as normas impostas pelo Estado.¹⁵⁵ Dessa maneira, a forma concreta de manifestação da dignidade da pessoa humana enquanto valor comunitário se dá pelo estabelecimento de metas coletivas e pela restrição da autonomia em três diferentes níveis, podendo ser proveniente do próprio sujeito, da comunidade na qual está inserido e ou do Estado.¹⁵⁶

Conforme aponta Marcelo Freire Sampaio Costa, a tutela geral da personalidade, nucleada na dignidade da pessoa humana, não se limita a proteger o indivíduo somente em seu valor intrínseco ou no campo de sua autodeterminação, devendo abranger também a projeção coletiva da dignidade.¹⁵⁷

O reconhecimento desse viés coletivo da dignidade, densificado pela admissão legal da existência de interesses coletivos em sentido lato e o princípio do solidarismo, como visto, tem como reflexo natural a possibilidade de tal projeção ser violada por intermédio de dano extrapatrimonial (...).¹⁵⁸

A doutrina então passou a suscitar que os danos causados em detrimento da projeção coletiva da dignidade humana, de titularidade difusa ou coletiva, ensejariam uma pretensão de reparação difusa ou coletiva em sentido estrito. Essa perspectiva é reforçada pelo princípio da reparação integral do dano (art. 5º, V e X), de modo que a reparação do dano moral coletivo encontra respaldo constitucional.¹⁵⁹

Referindo-se aos danos provocados ao meio ambiente, Rubens Morato Leite e Danielle de Andrade Moreira posicionam-se pela possibilidade de configuração jurídica do dano moral coletivo.¹⁶⁰ Asseveram os juristas que este se

¹⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 50. out-dez, p. 95-147, 2013. p. 120.

¹⁵⁵ Ibidem. p. 130.

¹⁵⁶ Ibidem. p. 131.

¹⁵⁷ COSTA, Marcelo Freire Sampaio. **Dano moral (extrapatrimonial) coletivo**: leitura constitucional, civil e trabalhista: estudo jurisprudencial. São Paulo, SP: LTr, 2009. p. 56.

¹⁵⁸ Ibidem. p. 33.

¹⁵⁹ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de Medeiros. **Dano moral coletivo**. 4 ed. ampl. atual. e rev. São Paulo: LTr, 2014. p. 173.

¹⁶⁰ LEITE, José Rubens Morato; MOREIRA, Danielle de Andrade. Sociedade de Risco, Danos

caracteriza pela "lesão a valor imaterial coletivo, pelo prejuízo proporcionado a patrimônio ideal da coletividade, relacionado à manutenção do equilíbrio ambiental e da qualidade de vida". Em sua concepção, o dano moral coletivo implica no "sentimento negativo" suportado pela comunidade em razão da lesão de um direito coletivo em sentido amplo.¹⁶¹ Na mesma linha, Marcelo Freire Sampaio Costa entende que:

(...) torna-se possível conceituar dano moral coletivo como a violação da projeção coletiva da dignidade da pessoa humana, consubstanciada em interesses/direitos extrapatrimoniais essencialmente coletivos (difusos e coletivos em sentido lato), sendo tal violação usualmente causadora de sentimentos coletivos de repulsa, indignação e desapareço pela ordem jurídica.¹⁶²

Como visto anteriormente, Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior, a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor são os dois principais diplomas legislativos que se intercomunicam e compõem um microsistema processual de tutela coletiva, aplicando o direito processual comum apenas subsidiariamente.¹⁶³

Segundo Xisto Tiago de Medeiros Neto, no período delimitado entre a o início da vigência da Lei nº 7.347/1985 e o advento da Constituição da República de 1988, o objeto da Lei da Ação Civil Pública limitava-se às hipóteses previstas nos três incisos de seu primeiro artigo.¹⁶⁴ Após o início da nova ordem constitucional, a possibilidade de tutela da LACP foi significativamente ampliada para abarcar qualquer outro interesse coletivo, em razão do disposto no art. 129, inciso III da Carta Constitucional: "São funções institucionais do Ministério Público: promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos".¹⁶⁵

Não obstante a previsão constitucional, o Código de Defesa do Consumidor

Ambientais Extrapatrimoniais (Morais) e a Jurisprudência Brasileira. **Revista OABRJ**, v. 26, p. 107-144, jan-jun, 2010. p. 114.

¹⁶¹ LEITE, José Rubens Morato; MOREIRA, Danielle de Andrade. Sociedade de Risco, Danos Ambientais Extrapatrimoniais (Morais) e a Jurisprudência Brasileira. **Revista OABRJ**, v. 26, p. 107-144, jan-jun, 2010. p. 114.

¹⁶² COSTA, Marcelo Freire Sampaio. **Dano moral (extrapatrimonial) coletivo**: leitura constitucional, civil e trabalhista: estudo jurisprudencial. São Paulo, SP: LTr, 2009. p. 71.

¹⁶³ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 45.

¹⁶⁴ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de Medeiros. **Dano moral coletivo**. 4 ed. ampl. atual. e rev. São Paulo: LTr, 2014. p. 175.

¹⁶⁵ Idem.

inseriu o inciso IV ao art. 1º da LACP, de modo a reforçar a possibilidade do manejo dessa ação para “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”. Outras hipóteses foram posteriormente incluídas, como a infração à ordem econômica e à ordem urbanística, por força da Medida provisória nº 2.180-35, de 2001.

Recentemente, as leis 12.966/2014 e 13.004/2014 incluíram no objeto da ação civil pública a possibilidade de infrações contra o patrimônio público social e contra a honra e a dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos. Todavia, como pondera Hugo Mazzilli, a alteração nem era necessária sob o aspecto técnico, porque o objeto da Lei nº 7.347/1985 não se restringe aos interesses nela expressamente mencionados, abrangendo “quaisquer outros interesses difusos ou coletivos” (art. 1º, IV).¹⁶⁶

Entretanto, a previsão mais significativa do CDC está nos incisos VI e VII do art. 6º, que passou a prever de maneira expressa a reparação de danos extrapatrimoniais coletivos:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VI - a efetiva prevenção 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, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

Outro dispositivo de fundamental importância da estrutura legal do dano extrapatrimonial coletivo é o parágrafo único do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, que equiparou ao consumidor a “coletividade de pessoas”, mesmo que indetermináveis, atribuindo à coletividade a titularidade de direitos tal qual um sujeito de direito: “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. De modo similar, o parágrafo único do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, inserido pela primeira vez por força da Lei nº 8.884/1994, e posteriormente pela Lei nº 12.529/2011, estabelece que “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei”.

Identifica-se, neste ponto, elementos da crise de reconhecimento e perda da

¹⁶⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa de grupos raciais, étnicos e religiosos**. [S.l.; s.n.], 2014. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/gruposraciais.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2015.

centralidade da personificação apontada por Rodrigo Xavier Leonardo. Segundo o autor, a dupla crise da pessoa jurídica constatada por Lamartine Corrêa atualmente modificou-se para um outro panorama: se por um lado há uma “excessiva ampliação do catálogo de pessoas jurídicas, assim consideradas apenas e tão somente pelo arbítrio e conveniência do legislador”, sem que haja correspondência à uma realidade ontológica, por outro existem centros autônomos de imputação de direitos e deveres, independentemente da personificação.¹⁶⁷ Uma vez diluída a centralidade da personificação no ordenamento jurídico, conclui Rodrigo Xavier Leonardo que “não mais existe correspondência entre a noção de sujeito de direito e o binômio pessoa humana e pessoa jurídica. Há inúmeros sujeitos de direito que titularizam situações jurídicas ativas e passivas que não são pessoas”.¹⁶⁸

É essa situação que se observa, em certa medida, nos parágrafos únicos do art. 1º da LACP do art. 2º do CDC. São normas de competência, que atribuem uma qualidade jurídica a um grupo de pessoas, que não se confunde com a pessoa natural individualizada, mas também não corresponde a uma pessoa jurídica.

Nesse sentido, Felipe Teixeira Neto vislumbra a possibilidade jurídica de reparação de danos extrapatrimoniais coletivos a partir da imputação de pretensões de natureza difusa ou coletiva à coletividade, nas quais haja violação do bem coletivo lesado, sob o pálio da dignidade humana.

(...) é viável afirmar que o dano moral coletivo é aquele decorrente da lesão de um interesse de natureza transindividual titulado por um grupo indeterminado de pessoas ligadas por relação jurídica base (acepção coletiva restrita) ou por meras circunstâncias de fato (acepção difusa) que, sem apresentar consequências de ordem econômica, tenha gravidade suficiente a comprometer, de qualquer forma, o fim justificador da proteção jurídica conferida ao bem difuso indivisível correspondente, no caso, à promoção da dignidade da pessoa humana.¹⁶⁹

A possibilidade de reparação dos danos morais coletivos foi objetada por parte da doutrina. Para Rui Stoco, a ofensa moral tem como vítima sempre uma pessoa, em sua individualidade própria, “um *vultus* singular e único”.¹⁷⁰ Dessa

¹⁶⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. O percurso teórico e os percalços da teoria da pessoa jurídica na Universidade Federal do Paraná: da desconsideração da pessoa jurídica à pessoa jurídica desconsiderada, a partir de J. Lamartine Corrêa de Oliveira. In: KROETZ, Maria Cândida Pires Vieira do Amaral (Org). **Direito civil**: inventário teórico de um século. Curitiba: Kairós, 2012. p. 91.

¹⁶⁸ Ibidem. p. 92.

¹⁶⁹ TEIXEIRA NETO, Felipe. **Dano moral coletivo**: a configuração e a reparação do dano extrapatrimonial por lesão a interesses difusos. Curitiba: Juruá, 2014. p. 178-179.

¹⁷⁰ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 6 ed. rev. atual. e

maneira, o dano moral refere-se somente a pessoa, enquanto titular de atributos da personalidade, não podendo a natureza (no caso do direito ambiental), sofrer tal violação.¹⁷¹

Sustentando-se na concepção subjetiva de dano moral, o autor o relaciona com o foro íntimo do lesado e ao patrimônio ideal de cada pessoa, que é marcadamente individual, cujo “campo de incidência, o mundo interior de cada um de nós”, desaparece com o próprio indivíduo.¹⁷² Finaliza, Stoco:

Do que se conclui mostrar-se impróprio, tanto no plano fático como sob o aspecto lógico-jurídico, falar em dano moral ao ambiente, sendo insustentável a tese de que a degradação do meio ambiente por ação do homem conduza, através da mesma ação judicial, à obrigação de reconstituí-lo e, ainda, de compor dano moral hipoteticamente suportado por um número indeterminado de pessoas.¹⁷³

Esse posicionamento ganhou adeptos, como então Ministro do Superior Tribunal de Justiça Teori Albino Zavascki. A seu ver, não há possibilidade de titularidade coletiva do direito à indenização, pois, somente as pessoas individualmente consideradas podem sofrer danos extrapatrimoniais. Apoiando-se na doutrina de Yussef Said Cahali, o autor é categórico em afirmar:

Com efeito, a vítima de dano moral é, necessariamente, uma pessoa. 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’, ou seja, ‘tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado.’. Assim, não se mostra compatível com o dano moral a idéia de transindividualidade (= da indeterminabilidade individual do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa e da reparação) da lesão e do direito lesado.¹⁷⁴

Xisto Tiago de Medeiros questiona esse posicionamento, atribuindo ao dano extrapatrimonial coletivo um caráter objetivo, isto é, sua constatação se dá em *re ipsa*, sem a necessidade de aferição de despreço a um sentimento coletivo.¹⁷⁵

ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 855.

¹⁷¹ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 855..

¹⁷² Idem.

¹⁷³ Ibidem. p. 857.

¹⁷⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 48.

¹⁷⁵ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de Medeiros. **Dano moral coletivo**. 4 ed. ampl. atual. e rev. São Paulo: LTr, 2014. p. 280.

Para o autor, o argumento que relaciona o dano moral coletivo à dor e ao sofrimento “deve ser frontalmente censurado”, pois qualquer violação de interesses extrapatrimoniais inerentes aos bens e valores jurídicos que integram a esfera da projeção coletiva da dignidade da pessoa humana ensejam reparação.

Assevera o autor que “a evolução da teoria do dano moral há muito tempo ultrapassou a concepção limitada a elementos exclusivamente subjetivos”, tal como se deu com o reconhecimento da reparação de danos morais às pessoas jurídicas.¹⁷⁶ Em sua definição,

O dano moral coletivo corresponde à lesão a interesses ou direitos de natureza transindividual, titularizados pela coletividade, considerada em seu todo ou em qualquer de suas expressões (grupos, classes ou categorias de pessoas), em decorrência da violação inescusável do ordenamento jurídico.¹⁷⁷

Consequentemente, a configuração do dano extrapatrimonial coletivo apresentada por Medeiros Neto não exige a demonstração de um “sofrimento coletivo”, aflição ou perturbação da coletividade, bastando, portanto, a comprovação do fato causador do dano.

A posição doutrinária preconizada por Zavascki exerceu grande influência na doutrina e, principalmente, na jurisprudência. Presidindo os primeiros julgamentos sobre o tema no Tribunal Superior de Justiça, a tese da impossibilidade de ressarcimento do dano moral coletivo prevaleceu nos primeiros anos da Corte Superior e, recentemente, demonstrou tendência de tendência após a composição das Turmas julgadoras.

¹⁷⁶ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de Medeiros. **Dano moral coletivo**. 4 ed. ampl. atual. e rev. São Paulo: LTr, 2014. p. 280.

¹⁷⁷ Ibidem. p. 172.

3 A JURISPRUDÊNCIA COMO LOCUS DE RECONSTRUÇÃO PERMANENTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL

3.1 A JURISPRUDÊNCIA RECENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As decisões proferidas pelos tribunais são de grande valia para o estudioso do Direito, porque revelam de que maneira as normas jurídicas estão sendo aplicadas e se as teses elaboradas pela doutrina foram recepcionadas ou refutadas. O estudo de casos permite a identificação de tendências no entendimento jurisprudencial e das controvérsias jurídicas instaladas entre os julgadores.

Não se olvida, entretanto, que a prática forense muitas vezes se revela distante da realidade fática sobre a qual deveria se debruçar. Fatores como a dificuldade no acesso à justiça, a lentidão da máquina judiciária, o formalismo da burocracia autopoiética e determinados usos dos operadores do direito deixam suas impressões nas decisões jurídicas, que já não refletem com a mesma nitidez os casos concretos que lhe deram causa.

Ciente dessa situação, faz-se necessária outra ressalva: a do método. As informações reunidas e a sua respectiva análise não seguiram neste trabalho a metodologia da pesquisa empírica do campo das ciências sociais, em virtude da ausência de domínio do pesquisador sobre elas. Contudo, em razão da delimitação restrita do campo amostral estudado, entendeu-se viável proceder a tal escopo, o que se confirmou com a obtenção de resultados.

A pesquisa delimitou a sua investigação às decisões colegiadas proferidas no Superior Tribunal de Justiça sobre o dano moral coletivo desde o ano de 2006 – data do primeiro julgamento de mérito sobre o tema neste tribunal – até o mês de julho de 2015. Buscou-se a confirmação ou refutação da hipótese inicialmente formulada da admissão jurisprudencial da reparação de danos extrapatrimoniais coletivos no Superior Tribunal de Justiça, que é o órgão jurisdicional da Justiça Comum com a competência constitucional (art. 105, CR88) de zelar pela uniformidade e adequada aplicação da ordem jurídica federal.

Não foram objeto da pesquisa as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal Superior do Trabalho. Isso porque a discussão a respeito da reparação de danos extrapatrimoniais coletivos ainda não alcançou a Corte Suprema, cujo motivo, especula-se, talvez seja a predominância quantitativa de

dispositivos de caráter infraconstitucional que sustentam a tese de danos morais coletivos. Em relação ao entendimento jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho, suas decisões não foram incluídas na análise do capítulo em razão da firmeza em seu posicionamento na admissão dessa tese, o que já foi verificado pela doutrina.¹⁷⁸ O Superior Tribunal de Justiça, por outro lado, ainda alimenta controvérsia sobre o tema, seja a respeito de sua admissão, seja em relação ao tratamento dispensado ao instituto.^{179 180}

A fonte das informações foi a base de dados da Secretaria de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que permite o acesso online a todos os acórdãos, decisões monocráticas, súmulas e informativos de jurisprudência.¹⁸¹ Destaca-se também que apenas decisões colegiadas foram estudadas, tendo em vista que dos acórdãos é possível extrair os debates travados entre os ministros, com a exposição de argumentos e posições das turmas que integram a Corte Superior.

A pesquisa procurou identificar todos os acórdãos nos quais o Superior Tribunal de Justiça adentrou-se, no mérito, sobre a reparabilidade do dano extrapatrimonial coletivo e demais questões que lhe são atinentes. Desse modo, não se incluem no âmbito do trabalho discussões de cunho exclusivamente processuais, como legitimação ativa e eficácia da coisa julgada, e outros nos quais a reparação do dano moral coletivo não integra o *thema decidendum*.

Foram inseridos no campo de pesquisa os termos “dano moral coletivo” e “dano extrapatrimonial coletivo” para selecionar as decisões que continham essas expressões em sua ementa ou na íntegra dos acórdãos. Dos 43 acórdãos encontrados, foram selecionados aqueles que foram admitidos pela Corte Superior e julgaram o mérito de questões atinentes ao dano extrapatrimonial coletivo. Na sequência, analisou-se em quais julgados houve a admissão, em tese, da reparação a danos de natureza coletiva, como nos casos de manutenção da decisão recorrida que impôs condenação por danos morais coletivos ou cassação do capítulo de sentença que declarou a impossibilidade jurídica de tal medida. Ao final, foi

¹⁷⁸ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 4 ed. ampl. atual. e rev. São Paulo: LTr, 2014. p. 298.

¹⁷⁹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 99.

¹⁸⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 9 ed. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 276-280.

¹⁸¹ Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acessos entre abril e setembro de 2015.

verificado em quais situações houve a sua caracterização no caso concreto pelo próprio Superior Tribunal de Justiça.

Na tabela abaixo estão distribuídos os dados encontrados:

O DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO NO STJ				
Ano	Distribuição	Conhecidos	Admissão em tese	Favoráveis
2006	1	1	0	0
2008	4	1	1	0
2009	4	2	1	0
2010	4	3	2	0
2011	4	3	3	2
2012	3	3	3	2
2013	7	6	4	2
2014	11	4	4	1
2015	5	2	2	2
Total	43	25	20	9

Fonte: o Autor.

Na categoria “Favorável” foram incluídos os acórdãos que (a) mantiveram a condenação fixada de danos morais coletivos na decisão recorrida ou (b) que reformaram o capítulo decisório recorrido para arbitrar o montante a ser ressarcido.

Nota-se que nos casos de danos ao meio ambiente, a tese do dano extrapatrimonial coletivo ganhou força nos recursos que versavam sobre a possibilidade de cumulação de reparação *in natura* o meio ambiente degradado com a indenização pecuniária por eventuais prejuízos sofridos, até a restauração plena do bem lesado, inclusive os de natureza extrapatrimonial, como o dano moral coletivo. Nestas situações, o STJ reconheceu a possibilidade, em tese, de cumulação de indenização pecuniária com as obrigações de fazer voltadas à recomposição *in natura* do bem lesado e determinou a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que aferir se, na hipótese, havia dano indenizável e para fixar eventual *quantum debeatur*.

Ao analisar os casos em que a Corte entendeu configurado o dano extrapatrimonial coletivo (categoria “Favorável”), constata-se que a maior parte dos

casos se concentrou nas violações referentes ao meio ambiente e a direitos do consumidor.

Observa-se que, inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou de maneira contrária à admissão da reparação de danos morais coletivos no direito brasileiro. Até o ano de 2010, as decisões proferidas pelo Tribunal ora declaravam a impossibilidade de sujeitos indeterminados sofrerem danos de caráter imaterial, ora exigiam a prova da ocorrência deste dano, o que equivalia, em termos práticos, a sua inexistência.

A primeira vez que o Superior Tribunal de Justiça se manifestou, no mérito, sobre a reparação de danos extrapatrimoniais coletivos foi no acórdão do Recurso Especial nº 598.281-MG, julgado pela Primeira Turma em 02 de maio de 2006.¹⁸² O julgamento foi presidido pelo Ministro Luiz Fux e teve a participação dos Ministros José Delgado, Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e Francisco Falcão.

Tratava-se o caso de ação civil pública proposta pelo Ministério Público de Minas Gerais em face do Município de Uberlândia e da sociedade empresária Empreendimentos Imobiliários Canaã LTDA., na qual se pleiteava, em sede liminar, a imediata suspensão das atividades de loteamentos nos Bairros Jardim Canaã I e II, e no mérito a condenação a obrigação de fazer consistente na adoção de medidas para mitigar o processo erosivo do solo e a destruição de matas e nascentes d'água, conforme plano de trabalhos a ser apresentado pelo perito do juízo. Houve, ainda, a cumulação de pedido de condenação pecuniária pelos danos extrapatrimoniais morais decorrentes da degradação ambiental.

A instrução probatória realizada nos autos, mediante laudo técnicos do IBAMA e dos professores da Universidade Federal de Uberlândia, revelava a degradação ao meio ambiente ocasionada pela construção e ocupação nas áreas de loteamento.

A demanda foi julgada procedente em primeiro grau de jurisdição, oportunidade em que foi fixada a quantia de 50 mil reais para cada um dos réus, a título de condenação pelos danos imateriais. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais reformou a sentença em reexame necessário, excluindo a condenação por danos imateriais, sob o fundamento da natureza individual desse instituto e da inexistência de previsão legal que a coletividade possa ser sujeito passivo de dano moral.

¹⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **REsp nº 598.281-MG**. Relator: Ministro Luiz Fux. Relator p/ acórdão: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, 02 mai. 2006.

Afirmou-se que “o dano moral é todo o sofrimento causado **ao indivíduo** em decorrência de qualquer agressão aos direitos da personalidade ou a seus valores **pessoais**, portanto de caráter **individual**” (Grifo no original). Por conta disso, recorreu o Ministério Público de Minas Gerais ao Superior Tribunal de Justiça, requerendo a reforma do acórdão sob o fundamento da violação aos arts. 1º da Lei nº 7.347/85 e 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81.

O relator Ministro Luiz Fux votou pelo provimento do recurso, perfilhando-se, neste momento, aos doutrinadores favoráveis a possibilidade de reparação de danos morais coletivos. Afirmou que a leitura dos arts. 1º da LACP e 6º, VI do CDC aliada à proteção do meio ambiente no art. 225 da CR88 permitem a tutela jurídica do patrimônio ambiental enquanto bem difuso, inapropriável *uti singuli*, entendimento que foi acompanhado pelo Ministro José Delgado. Dessa maneira, o ministro relator conceituou dano moral coletivo – no caso denominado “dano moral ambiental” – da seguinte maneira:

O dano moral ambiental caracterizar-se-á quando, além dessa repercussão física no patrimônio ambiental, sucede **ofensa ao sentimento difuso ou coletivo** - v.g.: o dano causado a uma paisagem causa impacto no sentimento da comunidade de determinada região, quer como v.g; a supressão de certas árvores na zona urbana ou localizadas na mata próxima ao perímetro urbano.

Consectariamente, o reconhecimento do dano moral ambiental não está umbilicalmente ligado à repercussão física no meio ambiente, mas, ao revés, relacionado à transgressão do **sentimento coletivo**, consubstanciado no **sofrimento** da comunidade, ou do grupo social, diante de determinada lesão ambiental.

Verifica-se a partir da definição do Ministro Luiz Fux a compreensão de dano extrapatrimonial coletivo na perspectiva tradicional de dano moral subjetivo, relacionada com a dor e o sofrimento experimentados pelo indivíduo. Desse modo, mencionando a doutrina de Rubens Morato Leite e Ricardo Luis Lorenzetti, o ministro referiu-se ao sofrimento da comunidade ou grupo social, uma ofensa ao sentimento coletivo.

Os ministros Luiz Fux e José Delgado, todavia, foram vencidos por maioria no julgamento. Inaugurando a divergência, o Ministro Teori Zavascki proferiu voto-vista posicionando-se pela impossibilidade jurídica de ocorrência de dano extrapatrimonial coletivo. Adotando o mesmo entendimento exposto em sua obra *Processo coletivo*, originada de sua tese de doutorado defendida em 2005 na

UFRGS, Zavascki sustentou que somente a pessoa, individualmente considerada, pode sofrer dano moral.¹⁸³

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 (...).¹⁸⁴

Assim como o voto do ministro relator, que admitiu a reparação de dano moral extrapatrimonial, o voto-vista exarado no sentido contrário também partiu da concepção subjetiva do dano moral, relacionada aos sentimentos da pessoa ofendida. Por entender incabível que o "sentimento coletivo" fosse indenizado, Teori Zavascki manifestou-se pelo improvimento do recurso.

Ainda outros dois argumentos foram lançados pelo atual ministro do Supremo do Tribunal Federal: a suficiência da tutela patrimonial para reparar o dano e a impossibilidade de interpretar o art. 1º da LACP de maneira a tornar indenizáveis todos os incisos deste dispositivo legal.

Da mesma maneira, o Ministro Francisco Falcão foi contrário à reparação do dano extrapatrimonial coletivo e consignou que não havia provas a esse respeito nos autos. Por outro lado, a Ministra Denise Arruda, apesar de admitir em tese a reparação de danos morais de natureza coletiva, entendeu que no caso não havia a comprovação de danos ao "sentimento coletivo da comunidade local", motivo pelo qual acompanhou a divergência para não reconhecer a reparação de dano moral coletivo no caso concreto.

Como bem observa Xisto Tiago de Medeiros Neto, dos cinco votos proferidos neste julgamento, três ministros admitiram a possibilidade jurídica de reparação ao dano extrapatrimonial coletivo (Luiz Fux, José Delgado e Denise Arruda), enquanto os outros dois (Teori Zavascki e Francisco Falcão) posicionaram-se no sentido contrário. Todavia, em relação a configuração de dano extrapatrimonial coletivo no caso analisado, a Ministra Denise Arruda entendeu que este não estava caracterizado na hipótese versada por falta de provas.¹⁸⁵

¹⁸³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 48.

¹⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **REsp nº 598.281-MG**. Relator: Ministro Luiz Fux. Relator p/ acórdão: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, 02 mai. 2006. p. 32.

¹⁸⁵ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 4 ed. ampl. atual. e rev. São Paulo: LTr, 2014. p. 279.

Não obstante essa configuração do julgamento, a ementa entrou em flagrante equívoco ao proclamar como resultado do julgamento a impossibilidade, em tese, de responsabilidade civil por dano extrapatrimonial coletivo, uma vez que a maioria da Primeira Turma havia votado no sentido de admitir em tese e rejeitá-la no caso dos autos. Dessa forma, este acórdão não poderia constituir precedente desfavorável ao tema em enfoque.

Entretanto, não foi o que aconteceu. Em razão da redação de sua ementa, este julgado foi adotado como paradigma da impossibilidade de ressarcimento a danos morais coletivos no âmbito do STJ, conduzindo o resultado de outros julgamentos, principalmente na Primeira Turma.¹⁸⁶ Este foi o caso do REsp 971.884-RS, que versava sobre a prestação de serviço telefônico fixo comutado.¹⁸⁷ Neste julgado, o relator Ministro Teori Zavascki retomou as razões do REsp 598.281-MG para consignar a impossibilidade de reparação de danos extrapatrimoniais de natureza transindividual.

A exigência de prova para verificação de responsabilidade por danos difusos ou coletivos em sentido estrito, levantada pela Ministra Denise Arruda no REsp nº 598.281-MG, também esteve presente no REsp nº 821.891-RS, originado de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul. Neste caso, negou-se a indenização de danos morais coletivos em razão do caráter individual que teria esse instituto, além de existirem provas do efetivo prejuízo. Nos termos do voto do Ministro Fux:

(...) melhor sorte não socorre ao recorrente, máxime porque 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.¹⁸⁸

Há de se observar que o argumento é contraditório, pois num primeiro momento é negada a possibilidade jurídica do dano extrapatrimonial coletivo para

¹⁸⁶ Eis a ementa do acórdão: “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.”

¹⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **REsp nº 971.884-RS**. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, 03 dez. 2009.

¹⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **REsp nº 821.891-RS**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 08 abr. 2008. p. 07.

depois o condicionar à existência de prova da lesão. Ora, se se afirma que essa espécie de dano não comporta reparação, a comprovação da ofensa seria irrelevante. De outro vértice, a exigibilidade de prova do dano moral coletivo equivale, na prática, a impossibilidade de sua caracterização ante a difícil produção de sua prova.

A jurisprudência restritiva sedimentada na Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça passou a ser objeto de contestação nas outras Turmas da Corte Superior. Reunindo os acórdãos que se adentraram no mérito sob o enfoque, mostra-se visível o posicionamento de cada turma. Enquanto a Primeira Turma apresentou significativa resistência na reparação de danos extrapatrimoniais coletivos, a Terceira Turma e, principalmente, a Segunda Turma demonstraram ampla aceitação, conduzindo o Superior Tribunal de Justiça a modificação de entendimento. A Quarta Turma somente julgou demandas sobre o tema no ano de 2014, de modo que a sua participação no debate teve maior discricção até o momento.

Órgão	Admissão em tese	Favorável
1ª Turma	1	0
2ª Turma	13	6
3ª Turma	4	3
4ª Turma	2	0
Total	20	9

Fonte: o Autor.

A guinada jurisprudencial veio nos votos das Ministras Nancy Andrich e Eliana Calmon, proferidos nos REsp nº 636.021-RJ e REsp nº 1.057.274-RS, respectivamente.

No REsp nº 636.021-RJ, a TV Globo LTDA. pretendia a reforma da sentença, confirmada em segunda instância pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que a condenou a indenização de danos morais coletivos em razão da exibição de cenas de sexo e violência em reprise da novela “A Próxima Vítima” no

horário vespertino.¹⁸⁹ Mesmo pugnando pelo não conhecimento do recurso, a ministra fez ponderações acerca da admissibilidade da reparação de danos extrapatrimoniais coletivos no ordenamento jurídico pátrio. Refutando as razões do REsp nº 598.281-MG, a Ministra Andriahi afirmou em *obiter dicta* que o art. 81 do CDC rompeu com a tradição jurídica clássica em que apenas os indivíduos são titulares de interesses juridicamente protegidos, sendo possível juridicamente a reparação de prejuízos imateriais causados em detrimento de direitos e interesses difusos e coletivos em sentido estrito. Aliás, em consonância com a maior parte da doutrina, anotou a magistrada que danos morais coletivos, não se confundem com os danos individuais homogêneos, pois estes últimos não são essencialmente coletivos.¹⁹⁰

Enquanto a Ministra Andriahi rebateu o argumento da incompatibilidade entre o dano moral e interesses coletivos em sentido largo, o voto da Ministra Eliana Calmon no REsp nº 1.057.274-RS também concluiu pela prescindibilidade de comprovação do dano moral coletivo.¹⁹¹ No caso concreto, o Ministério Público do Rio Grande do Sul alegou que a empresa responsável pelo transporte urbano, ao exigir cadastro prévio de idosos para a utilização gratuita deste serviço, havia causado dano extrapatrimonial coletivo. Apesar de não dar provimento ao pedido em virtude da ausência de prequestionamento, a ministra relatora afirmou que a prova da dor, do sentimento e da lesão psíquica não são elementos essenciais para a caracterização do dano moral coletivo, em rejeição ao entendimento da Primeira Turma.

O posicionamento da Ministra Eliana Calmon alinha-se à concepção objetiva do dano moral individual e coletivo, segundo a qual a verificação do dano é verificada objetivamente na ofensa aos atributos da personalidade ou da projeção coletiva do princípio da dignidade humana.¹⁹² Ademais, esse foi o entendimento do próprio Superior Tribunal de Justiça em outras ocasiões.¹⁹³

¹⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **REsp nº 636.021-RJ**. Relatora: Ministra Nancy Andriahi. Relator p/ acórdão: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 02 out. 2008.

¹⁹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007 p. 818-819.

¹⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **REsp nº 1.057.274-RS**, Relator: Ministra Eliana Calmon, Brasília, 1º dez. 2009.

¹⁹² BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 157.

¹⁹³ Em relação ao dano moral individual: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **AgRg**

Após esses dois julgados, verifica-se a modificação da jurisprudência do Tribunal. Entre 2011 e 2013, a Corte manifestou-se pela possibilidade jurídica de reparação de danos extrapatrimoniais coletivos em dez oportunidades, sendo que em todas estas a condenação recorrida foi mantida, ou determinada o seu arbitramento pelo tribunal de origem, ou foi fixada pelo próprio Superior Tribunal de Justiça.

Da colheita desses dados, é possível afirmar que a reparação de danos extrapatrimoniais coletivos alcançou novo tratamento no direito brasileiro. A tese da impossibilidade de dano moral coletivo, que no início encontrou eco na jurisprudência do STJ, agora apresenta sinais de modificação, principalmente no direito ambiental e no direito do consumidor.¹⁹⁴ Os dados recolhidos demonstram que o Superior Tribunal de Justiça já admitiu a tese do dano extrapatrimonial coletivo ao menos uma vez em cada de suas Turmas de competência não criminal, reunindo um número expressivo de julgados nesse sentido.

Dessa maneira, permite-se concluir que, para além da doutrina, também a jurisprudência brasileira acolhe a responsabilidade civil decorrente de dano extrapatrimonial coletivo, superando o óbice inicial de seu reconhecimento.

3.2 O OLHAR DO DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO E AS QUESTÕES DE DIFÍCIL RESOLUÇÃO PARA A REPARAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO NO BRASIL

Ultrapassados os obstáculos iniciais da reparação do dano extrapatrimonial coletivo, outras questões se apresentam para o desenvolvimento desta nova face da responsabilidade civil. O reconhecimento do dano extrapatrimonial coletivo enquanto categoria jurídica abre novas portas para o seu desenvolvimento no direito brasileiro.

Há de se rememorar o quanto o dano moral individual foi aprimorado pela doutrina e pela jurisprudência desde a sua indiscutível acolhida pela Constituição de 1988. Se antes o cerne da controvérsia repousava sobre a sua admissão no ordenamento jurídico, posteriormente outros temas tomaram a pauta de discussões. A caracterização objetiva ou subjetiva dos danos morais; a sua cumulação com

no Ag nº 670.825-SP, Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Brasília, 21 jun. 2007.

¹⁹⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 278.

danos materiais; os limites da indenização e as formas e a função da reparação; os danos à pessoa jurídica; esse e outros tantos debates emergiram e se intensificaram justamente após o reconhecimento constitucional da proteção da pessoa em seu sentido integral. E com o dano extrapatrimonial coletivo não há de ser diferente.

No estágio atual de sua elaboração, o dano moral coletivo apresenta problemas a serem solucionados e perspectivas de aprimoração. Uma delas diz respeito ao próprio conceito de dano moral coletivo.

Para além do interesse acadêmico, tal questão assume grande relevância, na medida em que influencia a própria constatação da ocorrência de dano extrapatrimonial coletivo. No segundo capítulo deste trabalho, observou-se que a doutrina diverge sobre a sua definição, embora tenda a delinear-lo objetivamente.¹⁹⁵ Também a jurisprudência oscila em sua caracterização, ora aproximando-o da concepção subjetiva de moral, ora identificando-o objetivamente.

No julgamento do REsp nº 1.315.822-RJ, em 24/03/2015, o relator Ministro Marco Aurélio Bellizze caracteriza o dano moral coletivo como a lesão ou ameaça de lesão que vulnera, de maneira contundente, “valores intrínsecos à própria coletividade” ou “valores e interesses fundamentais do grupo”.¹⁹⁶ Essa concepção já foi apresentada em outros julgados sobre o caso, como no REsp nº 821.891-RS, no qual foi exigida a prova do abalo psíquico da comunidade para caracterização do dano extrapatrimonial coletivo: “Nada obstante, e apenas *obiter dictum*, há de se considerar que, no caso concreto, o autor não demonstra de forma clara e irrefutável o efetivo dano moral sofrido pela categoria social titular do interesse coletivo ou difuso (...)”.¹⁹⁷

De modo semelhante, o voto condutor do acórdão do REsp nº 1.221.756-RJ, de relatoria do Ministro Massami Uyeda, menciona que a configuração do dano extrapatrimonial coletivo está relacionada ao sofrimento e intranquilidade social

¹⁹⁵ A exemplo dos seguintes autores: MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 4 ed. ampl. atual. e rev. São Paulo: LTr, 2014. p. 172; COSTA, Marcelo Freire Sampaio. **Dano moral (extrapatrimonial) coletivo: leitura constitucional, civil e trabalhista: estudo jurisprudencial**. São Paulo, SP: LTr, 2009. p. 71.; TEIXEIRA NETO, Felipe. **Dano moral coletivo: a configuração e a reparação do dano extrapatrimonial por lesão a interesses difusos**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 178-179; etc.

¹⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **REsp nº 1.315.822-RJ**, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Brasília, 24 mar. 2015. p. 19 e 21.

¹⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **REsp nº 821.891-RS**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 08 abr. 2008. p. 10.

provocados no âmbito da comunidade. Indo além, afirma o ministro que o fato deverá ultrapassar a linha da “tolerabilidade”.

Todavia, é importante deixar assente que não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso, que dê ensejo à responsabilidade civil. Ou seja, nem todo ato ilícito se revela como afronta aos valores de uma comunidade. Nessa medida, é preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, inquietude social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva.¹⁹⁸

A questão da tolerabilidade é delicada e apresenta certas dificuldades de aplicação no caso concreto. Sob essa ótica, além da exigência de comprovação do dano moral extrapatrimonial coletivo, a prova deveria ser robusta o suficiente para comprovar que a lesão é insuportável para a o sentimento da coletividade. Na mesma esteira segue Felipe Teixeira Neto, que elege como pressuposto de caracterização do dano extrapatrimonial coletivo a gravidade da ofensa a um ponto que justifique a intervenção do Direito.¹⁹⁹ Essa gravidade deveria ser observada a partir da “intensidade do comprometimento da finalidade buscada com a proteção daquele bem jurídico transindividual”.²⁰⁰

Esse entendimento vai de encontro com o voto proferido pela Ministra Eliana Calmon no REsp nº 1.057.274-RS. Nesta oportunidade, a ministra refutou a necessidade de prova de “sofrimento da comunidade” para configuração de dano extrapatrimonial coletivo, pois este “(...) prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos”.²⁰¹ Seguindo a jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça a respeito do dano moral individual, esse voto desvincula a caracterização de dano moral coletivo da exigência de prova sobre a perturbação ou constrangimento coletivo, bastando a prova do fato que ensejou a violação.²⁰²

¹⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **REsp nº 1.221.756-RJ**, Relator: Ministro Massami Uyeda, Brasília, 2 fev. 2012. p. 8.

¹⁹⁹ TEIXEIRA NETO, Felipe. **Dano moral coletivo**: a configuração e a reparação do dano extrapatrimonial por lesão a interesses difusos. Curitiba: Juruá, 2014. p. 178.

²⁰⁰ Idem.

²⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **REsp nº 1.057.274-RS**, Relator: Ministra Eliana Calmon, Brasília, 1º dez. 2009.

²⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **REsp nº 1.292.141-SP**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 04 dez. 2012.

Na mesma linha, Xisto Tiago de Medeiros Neto afirma que a configuração do dano extrapatrimonial coletivo não se condiciona à observação dos efeitos negativos, pois eles são mera consequência do dano provocado.²⁰³ Segundo o autor, a concepção objetiva do dano moral “(...) há muito superou a significação anteriormente restritiva, de viés semântico, subordinada ao plano subjetivo da *dor* e do *sofrimento*”, a qual estava atrelada à reparação dos danos morais individuais.²⁰⁴ Assim como pontua Marcelo Freire Sampaio Costa, enquanto a dor, o sofrimento e demais perturbações da alma são eventuais decorrências do dano moral individual, a repulsa e a indignação social representam mera consequência do dano moral coletivo, mas dele não são pressupostos.²⁰⁵

Se a identificação do dano extrapatrimonial coletivo independe da verificação dos sentimentos coletivos de intranquilidade, compreende-se que, no campo probatório, a sua comprovação se dá indiretamente, mediante a prova do fato causador do dano.²⁰⁶ Para Xisto Tiago de Medeiros Neto é um contrassenso exigir a comprovação direta de dano moral coletivo, pois, além de inviável, este é observável da própria conduta injusta em si, que ofende direitos e interesses jurídicos da coletividade.²⁰⁷ Entretanto, o autor faz a ressalva da necessidade de gravidade do dano, que deverá “ultrapassar a barreira da insignificância”.²⁰⁸

Compartilhando esse posicionamento, Rubens Morato Leite afirma que “não há dúvidas quanto às dificuldades inerentes à comprovação de qualquer dano extrapatrimonial”, e defende que a comprovação do fato lesivo é suficiente para a sua caracterização.²⁰⁹ Contudo, ao referir-se ao dano moral coletivo relacionado ao meio ambiente, o autor também fala num limite de “tolerabilidade”, que deverá ser medido conforme a expansão e a gravidade da lesão provocada.²¹⁰

²⁰³ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 4 ed. ampl. atual. e rev. São Paulo: LTr, 2014. p. 161.

²⁰⁴ *Ibidem*. p. 162.

²⁰⁵ COSTA, Marcelo Freire Sampaio. **Dano moral (extrapatrimonial) coletivo**: leitura constitucional, civil e trabalhista: estudo jurisprudencial. São Paulo, SP: LTr, 2009. p. 63.

²⁰⁶ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Op. cit.* p. 183.

²⁰⁷ *Idem*.

²⁰⁸ *Ibidem*. p. 186.

²⁰⁹ LEITE, José Rubens Morato; MOREIRA, Danielle de Andrade. Sociedade de Risco, Danos Ambientais Extrapatrimoniais (Morais) e a Jurisprudência Brasileira. **Revista OABRJ**, v. 26, p. 107-144, jan-jun, 2010. p. 123.

²¹⁰ *Ibidem*. p. 122.

Outra questão que se levanta é a função da reparação dos danos extrapatrimoniais coletivos. Caberia uma função punitiva para além da função compensatória, inerente aos danos morais?

Amplamente utilizados nos Estados Unidos, os *punitive damages* atribuem à vítima do dano uma indenização em quantia superior ao valor de seu ressarcimento ou compensação, com a finalidade de punir o causador da falta e desencorajar a repetição do ato injusto.²¹¹ Mesmo sem previsão legal, o instituto foi trazido pela jurisprudência pátria para incluir, ao lado do caráter compensatório da indenização, o intuito de castigar o autor da lesão.²¹²

A doutrina civilista costuma divergir a respeito. Tradicionalmente, afirma-se que o ímpeto punitivo é impróprio ao campo da responsabilidade civil.²¹³ Segundo Clóvis do Couto e Silva, “o direito civil não pode cingir-se, como o direito penal apregoa, à falta de valor do próprio ato (daí a punição da tentativa), mas deve levar em consideração os efeitos que decorrem de uma atividade ou ação.”²¹⁴

Anderson Schreiber se posiciona de modo contrário à importação dos *punitive damages* na realidade brasileira. Além da inexistência de previsão legal e violação ao art. 944, *caput*, do CCB (“a indenização mede-se pela extensão do dano”), Schreiber aponta a desconformidade a princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, como o *nullum crimen nulla poena sine lege* e a imposição de sanção sem as garantias do processo penal. Ainda, questiona o destino do valor do destino adicional da indenização, que é direcionado à vítima sem justificativa. Trata-se, na visão do autor, de via oblíqua para contornar os baixos valores fixados pelos tribunais a título de indenização por dano moral.²¹⁵

Com efeito, os tímidos valores arbitrados têm sido a tônica das indenizações de danos morais arbitradas no Poder Judiciário brasileiro. Não raro, as decisões judiciais apontam a necessidade de frear o desenvolvimento da chamada “indústria do moral” e impedir o enriquecimento sem causa da vítima do dano.

Tal indústria, entretanto, não existe na realidade brasileira. Conforme conclui o estudo “Dano Moral”, coordenado por Flávia Portella Püschel no Projeto Pensando

²¹¹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 19.

²¹² *Ibidem*. p. 20.

²¹³ BARBOZA, Heloísa Helena et al. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 1. p. 341.

²¹⁴ COUTO E SILVA, Clóvis do. Dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 191-215. 1997a. p. 191.

²¹⁵ SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.* p. 20-21.

o Direito e realizado pela Fundação Getúlio Vargas, “a temida indústria de reparações milionárias não é uma realidade no Brasil, mesmo diante da situação atual de ausência de critérios legais para o cálculo do valor da reparação por danos morais”.²¹⁶ A pesquisa empírica desenvolvida revela que, nos Tribunais Regionais Federais, em 60% das decisões analisadas, as indenizações fixadas a título de dano moral foram inferiores a cinco mil reais.²¹⁷ Nos Tribunais de Justiça, 91% das indenizações arbitradas não ultrapassaram o valor de vinte e cinco mil reais.²¹⁸

Sob este ponto de vista, há autores que entendem conveniente a aplicação dos danos punitivos no âmbito da responsabilidade civil. Paulo Lôbo defende que “além da função compensatória, a reparação do dano moral deve incluir valor a mais com nítido propósito de sancionamento ou punição do infrator, porque violou bem socialmente intocável, e para que sirva como inibidor de outras violações.”.²¹⁹ Apesar de não se mostrar favorável à tese dos *punitive damages* no Brasil, Maria Celina Bodin de Moraes, excepciona esse posicionamento para os casos que versarem sobre direitos e interesses da coletividade.

É de aceitar-se, ainda, um caráter punitivo na reparação de dano moral para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos, tanto na relação de consumo quanto no Direito Ambiental. Aqui, a *ratio* será a função preventivo-precautória, que o caráter punitivo inegavelmente detém, em relação às dimensões do universo a ser protegido.²²⁰

Especificamente no âmbito do dano extrapatrimonial coletivo, a bibliografia especializada tende a acolher a teoria da indenização punitiva. Para Guilherme Magalhães Martins, “a função punitiva, voltada a desestimular as condutas antijurídicas, tendo em vista a gravidade e a extensão do dano moral coletivo, é de grande importância na fixação de indenizações”.²²¹

Xisto Tiago de Medeiros Neto chega a afirmar a existência de uma “preponderância sancionatória” nas indenizações decorrentes de danos

²¹⁶ PÜSCHEL, Flávia Portella (Coord.). **Dano moral**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas. 21 jun. 2010. 257 p. (Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça e Programa da Nações Unidas para o Desenvolvimento – Projeto Pensando o Direito. BRA/07/004). Projeto concluído. p. 235.

²¹⁷ *Ibidem*. p. 73-74.

²¹⁸ *Idem*.

²¹⁹ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 254.

²²⁰ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 263.

²²¹ MARTINS, Guilherme Magalhães. Dano moral coletivo nas relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 82, p. 87-109, abr.- jun., 2012. p. 107.

extrapatrimoniais coletivos.²²² O autor afirma que a função compensatória assume um caráter secundário no dano extrapatrimonial coletivo, ante a inviabilidade da precisa apreensão dos danos coletivos e da identificação dos indivíduos que integram a coletividade.²²³ Ressalta Medeiros Neto que no caso dos danos morais coletivos não há o óbice do enriquecimento sem causa dos danos individuais, visto que os recursos da indenização pecuniária são destinados para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos (art. 13 da LACP), em benefício indireto para a comunidade.²²⁴

Sob o vértice oposto, Felipe Teixeira Neto rechaça uma preponderância exagerada da função punitiva, mesmo nos casos de lesão a interesses difusos. A seu ver, o elemento punitivo deve ter utilização restrita, sendo reservado somente para os casos em que essa medida me mostre “necessária e adequada”, sem perder de vista o referencial compensatório da responsabilidade civil.²²⁵

Por fim, é possível mencionar a discussão de outras alternativas além da pecuniária para a reparação dos danos extrapatrimoniais coletivos. No plano do direito internacional, e mais especificamente na Corte Interamericana de Direitos Humanos, é possível notar a preocupação na adoção de medidas reparatórias de caráter coletivo.²²⁶

Segundo Rosalice Fidalgo Pinheiro e Carlos Giovani Pinto Portugal, o caso *Awas Tingni v. Nicarágua*, julgado em 31 de agosto de 2001, foi a primeira vez que a Corte Interamericana impôs a um Estado-parte uma medida de reparação coletiva.²²⁷ Nesta demanda, a Corte de San José reconheceu um direito coletivo de propriedade de terras indígenas, pois este se relacionava com a sua cultura e a preservação do futuro desta comunidade.²²⁸ Para assegurar a efetividade do direito reconhecido, o Estado nicaraguense foi condenado não só a reparação de danos materiais, mas também a obrigações de fazer consistentes na realização de obras e prestação de serviços de interesse coletivo.²²⁹

²²² MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 4 ed. ampl. atual. e rev. São Paulo: LTr, 2014. p. 205-206.

²²³ Idem.

²²⁴ Idem.

²²⁵ TEIXEIRA NETO, Felipe. **Dano moral coletivo**: a configuração e a reparação do dano extrapatrimonial por lesão a interesses difusos. Curitiba: Juruá, 2014. p. 178.

²²⁶ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; PORTUGAL, Carlos Giovani Pinto. A reparação dos danos coletivos na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 41, n. 135. p. 425-450, set. 2014. p. 438.

²²⁷ Ibidem. p. 439.

²²⁸ Ibidem p. 442.

²²⁹ Idem.

A postura da Corte Interamericana vai ao encontro do que Medeiros Neto defende no âmbito da doutrina nacional. Para o autor, nada a impede que a reparação do dano extrapatrimonial coletivo seja concretizada mediante a imposição de obrigações de fazer ou não fazer ao lesante, sem prejuízo, ainda, do cerceamento de alguns direitos.²³⁰ Por outro lado, Felipe Teixeira Neto refuta tal possibilidade, asseverando que essas hipóteses de reparação se mostram inadequadas e injustificáveis como indenização, pois constituem verdadeiras sanções de caráter penal.²³¹

A reparação em natura também é suscitada nos danos extrapatrimoniais coletivos. O direito de resposta, também assegurado pela Constituição da República no art. 5º, V, estava regulamentado na Lei nº 5.250/1967. Ao julgar a ADPF nº 130, o Supremo Tribunal Federal declarou a não recepção da Lei de Imprensa pela nova ordem constitucional, muito embora tenha consignado a subsistência do direito de resposta por se tratar direito fundamental com aplicabilidade imediata. Recentemente, a Lei nº 13.188/2015, de 11 de novembro de 2015, regulamentou o direito de resposta em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social.

Nota-se que ambos os diplomas legais regulamentaram o procedimento e o exercício do direito sob a perspectiva individual, não existindo qualquer previsão a respeito de danos provocados em detrimento de direitos e interesses coletivos. Não obstante, Hugo Nigro Mazzilli suscita a possibilidade de um direito de resposta coletivo, pois tal direito deve ser entendido não apenas como um direito individual, mas também transindividual. Desse modo, se a lesão ao direito à honra assumir caráter coletivo, o direito será, *ipso facto*, coletivo.²³²

²³⁰ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 4 ed. ampl. atual. e rev. São Paulo: LTr, 2014. p. 238.

²³¹ TEIXEIRA NETO, Felipe. **Dano moral coletivo**: a configuração e a reparação do dano extrapatrimonial por lesão a interesses difusos. Curitiba: Juruá, 2014. p. 216.

²³² MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 26. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p.158-159.

À GUIA DE CONCLUSÃO: ELEMENTOS DISPERSOS E TENDÊNCIAS CONVERGENTES EM MATÉRIA DE DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO

O reconhecimento jurisprudencial da possibilidade jurídica de reparação de dano moral coletivo representa um novo passo da responsabilidade civil enquanto instituto jurídico. Como visto durante o trabalho, a reparação de danos é reflexo do princípio da incolumidade das esferas jurídicas, verdadeira expressão do princípio de Direito Civil de *neminem laedere*. O conceito de dano indenizável cingiu-se, por muito tempo, nas hipóteses de prejuízo material dos indivíduos considerados em sua individualidade. Danos de natureza extrapatrimonial ou coletiva permaneciam como não danos indenizáveis, sendo suportados pelo sujeito ou pela coletividade ao desamparo do Direito.

O dano indenizável, enquanto categoria histórica intimamente ligada com as modificações sociais, não ficou imune às transformações da sociedade. A exclusividade do ressarcimento patrimonial foi tensionada pela doutrina e progressivamente afastada na jurisprudência, até ser rompida definitivamente pela Constituição de 1988. Paralelamente, o processo civil brasileiro, sob influência da doutrina italiana, fez emergir o reconhecimento normativo de direitos e interesses que não pertencem somente ao indivíduo ou ao Estado, mas a grupos em posição intermediária perante a antiga dicotomia entre público e privado. A afirmação dos interesses coletivos em sentido amplo inaugurou um novo capítulo na responsabilidade civil, que tornou indenizáveis os danos experimentados pela coletividade.

Inicialmente previstos somente para os bens materiais, a doutrina passou a cogitar, num movimento de síntese, a possibilidade jurídica da reparação de danos extrapatrimoniais provocados em detrimento de direitos e interesses coletivos. A partir da projeção coletiva do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e da legislação processual, que previu tanto na Lei da Ação Civil Pública quanto no Código de Defesa do Consumidor a reparação de danos materiais e morais aos interesses difusos e coletivos, diversas ações coletivas com esse objeto bateram as portas do Judiciário.

Da análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é possível concluir que a admissão do dano extrapatrimonial encontrou resistência num primeiro momento, principalmente em razão do posicionamento da Primeira Turma.

Sob o argumento do caráter individual dos danos morais e da sua concepção subjetiva, que é calcada no sofrimento e da dor derivados do fato causador do dano, o dano extrapatrimonial coletivo foi tido como irresarcível. Esse panorama foi confrontado com decisões posteriores das demais Turmas da Corte Superior, que admitiram a ressarcibilidade dos danos morais coletivos. No cenário atual, é possível afirmar que a reparação dos danos extrapatrimoniais coletivos já encontram guarida na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que já a admitiu ao menos uma vez em cada Turma.

A superação os óbices iniciais aos danos morais coletivos não exaure o seu estudo. A análise das decisões judiciais permitiu a identificação de inconsistências no tratamento dos danos morais coletivos no direito brasileiro, o que exige da academia e da jurisprudência novas soluções para a tutela adequada dos direitos e interesses coletivos. O conceito de dano extrapatrimonial coletivo é objeto de controvérsias na própria doutrina, o que se reflete na divergência dos pressupostos da própria configuração desta espécie de dano. Além da sua caracterização, também a sua reparação precisa ser debatida, como os critérios de sua quantificação e a pertinência da função punitiva na fixação da indenização. Por fim, aponta-se a existência de possibilidades alternativas na reparação dos danos extrapatrimoniais coletivos, a exemplo da reparação em natura promovida no direito internacional e de outras sugestões apresentadas pela doutrina.

REFERÊNCIAS

- ALPA, Guido. I principi generali. In: IUDICA, Giovanni; ZATTI, Paolo (Org). **Trattato di diritto privato**. Milano: Giuffrè, 1993.
- BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 50. out-dez, p. 95-147, 2013.
- BARBOZA, Heloísa Helena *et al.* **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 1.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- COSTA, Marcelo Freire Sampaio. **Dano moral (extrapatrimonial) coletivo**: leitura constitucional, civil e trabalhista: estudo jurisprudencial. São Paulo, SP: LTr, 2009.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. Dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 191-215. 1997a.
- _____. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 217-234, 1997b.
- CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Evolução das ações coletivas no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 77, p. 224-235, jan. 1995.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014.
- FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**: à luz do novo código civil brasileiro. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: responsabilidade civil. 2 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. Volume III.
- GEDIEL, José Antônio Peres. A quantificação da reparação por dano moral e a pessoa jurídica: uma questão aberta na jurisprudência e na doutrina brasileiras. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**. Curitiba, v. 5, n. 5. p. 56-70, dez. 1996.
- _____. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.
- _____. A social-democracia e seus reflexos sobre o direito civil contemporâneo. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 15, n. 15, p. 174-183, 2014.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18 ed. Texto atualizado por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Responsabilidade civil**. Texto revisto, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

LEITE, José Rubens Morato; MOREIRA, Danielle de Andrade. Sociedade de Risco, Danos Ambientais Extrapatrimoniais (Morais) e a Jurisprudência Brasileira. **Revista OABRJ**, v. 26, p. 107-144, jan-jun, 2010.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extra-contratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil Brasileiro. **Tuiuti: Ciência e Cultura**, Curitiba, n. 30, FCJ 04, p. 107-119, mai. 2002.

_____. O percurso teórico e os percalços da teoria da pessoa jurídica na Universidade Federal do Paraná: da desconsideração da pessoa jurídica à pessoa jurídica desconsiderada, a partir de J. Lamartine Corrêa de Oliveira. In: KROETZ, Maria Cândida Pires Vieira do Amaral (Org). **Direito civil**: inventário teórico de um século. Curitiba: Kairós, 2012.

_____. **Associações sem fins econômicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: parte geral. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito civil**: obrigações. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva (*punitive damages* e o Direito Brasileiro). **Revista CEJ**, Brasília, v. 28, p. 15-32, 2005.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Dano moral coletivo nas relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 82, p. 87-109, abr.- jun., 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 26. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **A defesa de grupos raciais, étnicos e religiosos**. [S.l.; s.n.], 2014. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/gruposraciais.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2015.

MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos da personalidade e os direitos

fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. FRUET, Gustavo Bonato (Org). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, p. 24-64, 2012a.

MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. FRUET, Gustavo Bonato (Org). Principais problemas dos direitos da personalidade e estado da arte da matéria no direito comparado. In: _____. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, p. 01-23, 2012b.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 4 ed. ampl. atual. e rev. São Paulo: LTr, 2014.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 21-37, jan. 1998. Disponível em: <<https://goo.gl/jPYyw8>>. Acesso em: 01 ago. 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil e teoria geral de direito civil. 23 ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; PORTUGAL, Carlos Giovani Pinto. A reparação dos danos coletivos na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 41, n. 135. p. 425-450, set. 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Atualizado por Ruy Rosado de Aguiar Júnior e Nelson Nery Júnior. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012a. t. 26.

_____. **Tratado de direito privado**: Atualizado por Rui Stoco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012b. t. 53.

PÜSCHEL, Flávia Portella (Coord.). **Dano moral**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas. 21 jun. 2010. 257 p. (Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça e Programa da Nações Unidas para o Desenvolvimento – Projeto Pensando o Direito. BRA/07/004). Projeto concluído.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: parte geral. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

_____. **Direito civil**: responsabilidade civil. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Teoria geral do direito civil**. Tradução de Manuel de Alarcão. Coimbra: Atlântida Editora, 1967.

SILVA, Wilson de Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 2 ed. rev. e ampl. Rio

de Janeiro: Forense, 1969.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEIXEIRA NETO, Felipe. **Dano moral coletivo**: a configuração e a reparação do dano extrapatrimonial por lesão a interesses difusos. Curitiba: Juruá, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 4 ed. atual. e ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2007.

WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 2, n. 31, p. 121-148, 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

APÊNDICE

Lista dos acórdãos proferidos entre maio de 2006 e julho de 2015 pelo Superior Tribunal de Justiça que foram consultados para análise jurisprudencial do capítulo “A jurisprudência como *locus de reconstrução permanente da responsabilidade civil*”.

Acórdãos	Ano
REsp 598.281 – MG	2006
REsp 636.021 – RJ	2008
REsp 797.963 - GO	2008
REsp 821.891 – RS	2008
REsp 855.165 – GO	2008
AgRg no REsp 1.029.927 – PB	2009
REsp 1.057.274 – RS	2009
REsp 855.181 – SC	2009
REsp 971.884 – RS	2009
AgRg no REsp 1.109.905 – PR	2010
REsp 1.114.893 – MG.	2010
REsp 1.150.530 – SC	2010
REsp 1.180.078 – MG	2010
AgRg no REsp 1.003.126 – PB	2011
REsp 1.145.083 – MG	2011
REsp 1.197.654 – MG	2011
REsp 1.203.573 – RS	2011
REsp 1.198.727 – MG	2012
REsp 1.221.756 – RJ	2012
REsp 1.292.213 – SC	2012
AgRg no AREsp 277.516 – SP	2013
AgRg no REsp 1.331.566 – RJ	2013
AgRg no REsp 1.340.979 – SP	2013
REsp 1.269.494 – MG	2013
REsp 1.305.977 – MG	2013

REsp 1.328.753 – MG	2013
REsp 1.367.923 – RJ	2013
AgRg no AREsp 362.882 – RN	2014
AgRg no AREsp 405.682 – SC	2014
AgRg no AREsp 531.755 – MG	2014
EDcl no AgRg no AgRg no REsp 1.440.847 – RJ	2014
EDcl no AgRg no AREsp 405.682 – SC	2014
REsp 1.293.074 – SP	2014
REsp 1.293.606 – MG	2014
REsp 1.303.014 – RS	2014
REsp 1.331.690 – RJ	2014
REsp 1.397.870 – MG	2014
REsp 1.409.898 – PB	2014
AgRg no AREsp 181.435 – MG	2015
AgRg no AREsp 545.826 – SP	2015
AgRg no AREsp 623.043 – MT	2015
REsp 1.315.822 – RJ	2015
REsp 1.410.698 – MG	2015