



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A possibilidade de fixação de Dano Moral Coletivo

Newton Pereira Portes Júnior

Rio de Janeiro
2011

NEWTON PEREIRA PORTES JÚNIOR

A possibilidade de fixação do Dano Moral Coletivo

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção de título de Pós-Graduação.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Guilherme Sandoval

Rafael Iorio

Rio de Janeiro
2011

POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE DANO MORAL COLETIVO

Newton Pereira Portes Júnior

Graduado pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora.
Advogado.

Resumo: A indenização por dano moral é um direito fundamental assegurado no art. 5º, incisos V e X da Constituição. Tal trabalho aborda a questão da indenizabilidade do dano extrapatrimonial suportado pela coletividade, tema recorrente corrente nas questões que envolvem as relações de consumo e o meio ambiente. Além das inovações trazidas pela lei 7347/85, a Constituição Federal de 1988 possibilitou ultrapassar a barreira do indivíduo para estender o dano extrapatrimonial à coletividade. Dessa forma, em que pese a jurisprudência estar longe de chegar a um consenso a respeito, buscar-se-á neste trabalho apontar e sustentar os argumentos favoráveis à tese da indenizabilidade do dano moral coletivo.

Palavras-chaves: Ações Coletivas, Meio Ambiente, Dano moral coletivo, Possibilidade.

Sumário: Introdução. 1. Considerações acerca das ações coletivas. 2. O dano moral. 4. Dano moral coletivo e a jurisprudência dos tribunais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a questão da possibilidade da fixação, em sentença, de valor a título de reparação por dano extrapatrimonial coletivo. Antes, porém, do aprofundamento no tema principal deste trabalho, faz-se necessária uma incursão pela seara do direito coletivo e da responsabilidade civil.

As ações coletivas *lato sensu* são instrumentos importantes de participação popular na proteção dos direitos e interesses difusos, entre os quais se pode citar o meio ambiente, a saúde, a segurança, a lealdade e transparência nas relações de consumo etc.

Entre os principais mecanismos encontram-se a Ação Civil Pública, regulada pela Lei n. 7.347/85, e a Ação Popular, cujo diploma normativo é a Lei n. 4.717/65. Não se pode deixar de mencionar, também, que a Lei n. 12.016/09 regulamentou expressamente o Mandado de Segurança Coletivo, que já vinha sendo largamente aceito pela jurisprudência dos Tribunais Superiores.

A proteção dos direitos coletivos *lato sensu* vem ganhando importância nos últimos tempos em decorrência do fenômeno da massificação das relações jurídicas, especialmente na seara das relações de consumo. O volume de operações que se busca no mercado, combinado com a ânsia capitalista da busca pela redução de custos operacionais, faz com que os negócios jurídicos sejam celebrados com base em contratos padrões, sem que se levem em consideração as características específicas de cada consumidor. Assim, não é de se estranhar que quando ocorre a violação de um direito do consumidor, vários se sintam lesados e, por vezes, o ajuizamento de uma demanda individual pode não surtir o efeito devido.

Assim, o Código de Defesa do Consumidor inovou ao trazer normas que tratam da defesa do consumidor em juízo, normas essas dispostas nos artigos 81 a 104 da Lei n. 8.078/90. Assim, o CDC prevê duas maneiras para o consumidor se defender em juízo: através da ação individual ou por meio da ação coletiva.

Outra hipótese em que a proteção pela via coletiva se mostra mais eficiente é nos casos de dano ambiental. A Lei n. 6.938/81, no art. 14, §1º, é clara no sentido de que a responsabilidade pelos danos causados ao meio ambiente é objetiva, ou seja, prescinde da presença do elemento culpa:

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Nesses casos, comprovada a realização da conduta, o resultado danoso e o nexo entre a conduta e o dano, estará configurada a responsabilidade civil.

O meio ambiente é um bem comum e, por conta disso, é possibilitada a sua proteção pela via da ação coletiva, como se infere da leitura do art. 1º, I da Lei n. 7.347/85.

Em ambos os casos, pode-se vislumbrar a possibilidade de ocorrência de dano moral que não afeta esta ou aquela pessoa individualmente. Há casos em que o dano moral é causado para a coletividade como um todo, ainda que individualmente não seja possível aferir a amplitude do dano. O que se denomina dano moral coletivo é objeto de discussão tanto na doutrina quanto na jurisprudência, sendo fortes os argumentos daqueles que defendem a possibilidade de ocorrência e respeitáveis os argumentos daquele que advogam pela impossibilidade do mesmo.

Buscar-se-á nesse trabalho apresentar as controvérsias a respeito desse rico tema, com especial atenção às recentes decisões dos Tribunais, que vacilam quanto a adotar um ou outro entendimento.

1. CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS AÇÕES COLETIVAS

Fala-se hoje na existência, no ordenamento brasileiro, de um microssistema de tutela coletiva.

Microssistema é um conjunto de leis que regulamenta uma determinada vertente do direito. No Brasil, não há um diploma único que contemple todas as normas que dizem respeito à tutela coletiva, apesar de existir um anteprojeto de lei visando à criação de um Código de Processo Civil Coletivo.

O microssistema da tutela coletiva brasileira é formado por leis esparsas, não sendo consolidado em uma norma única, o que poderia dar maior solidez ao sistema, conferindo maior segurança jurídica.

Por conta da existência desse microsistema, entende-se que o Código de Processo Civil, por se tratar de norma de índole eminentemente individual, somente será aplicado nos diplomas de caráter coletivo de forma residual, ou seja, se houver omissão específica a determinada norma. Antes de buscar a solução no Código de Buzaid, deve o intérprete aferir se há ou não um paradigma legal dentro do conjunto de normas que formam o microsistema coletivo.

Assim, o fato de existir um microsistema cria uma regra de interpretação especial, segundo a qual o suprimento das lacunas deverá ser feito primariamente pelas leis do próprio sistema, e o intérprete somente alçará vistas exógenas ao microsistema quando dentro do corpo sistemático apartado das normas de tutela coletiva não for possível suprir a falta normativa.

Especificamente no que tange às ações coletivas *lato sensu*, entende Rodolfo de Camargo Mancuso¹ que

o que é importante reter neste ponto é que uma ação recebe a qualificação de 'coletiva' quando através dela se pretende alcançar uma dimensão coletiva, e não pela mera circunstância de haver um cúmulo subjetivo em seu pólo ativo e passivo;
[...]
uma ação é coletiva quando algum nível do universo coletivo será atingido no momento em que transitar em julgado a decisão que a acolhe, espalhando assim seus efeitos, seja na notável dimensão dos interesses difusos, ou ao interior de certos corpos intercalares onde se aglutinam interesses coletivos, ou ainda o âmbito de certos grupos ocasionalmente constituídos em função de uma origem comum, como se dá com os chamados 'individuais homogêneos.

A tutela coletiva, portanto, que se dá através das ações coletivas, pode incidir sobre 3 espécies de interesse: direitos difusos, direitos coletivos *strictu sensu* e direitos individuais homogêneos.

¹ MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação Popular*. 3. ed. São Paulo: RT, p. 34

Antes de adentrar no conceito de cada um desses interesses supramencionados, é de suma importância ressaltar que Barbosa Moreira² distinguia apenas dois tipos de interesses coletivos: os interesses essencialmente coletivos e os interesses acidentalmente coletivos. Para este autor, a distinção entre um e outro leva em consideração a natureza unitária ou cindível da situação plurissubjetiva que compõe o litígio objeto do processo judicial.

Nos interesses/direitos essencialmente coletivos verifica-se uma indivisibilidade do objeto do litígio. Nesses casos, não há a possibilidade de o bem ser fruído por alguns e não por outros, a exemplo do que se dá com o meio ambiente e o patrimônio histórico. Por outro lado, nos interesses/direitos acidentalmente coletivos verifica-se uma diversidade de objetos, assemelhando-se a hipótese a um litisconsórcio simples.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) trouxe em seu art. 81 o conceito legal dos três tipos de interesses:

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

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

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

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

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

No tocante aos direitos difusos, insta salientar que se verifica um alto grau de dispersão e indeterminabilidade de seus titulares, de modo que não há como atribuir exclusividade da fruição do objeto do interesse. Os direitos difusos são direitos que não dizem respeito a apenas uma pessoa, mas sim à coletividade de um número tão significativo de componentes que não podem ser identificados ou determinados. Nessa espécie de interesse, por terem como característica a indivisibilidade, uma ofensa única é capaz de lesionar todos

² MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Ações Coletivas na Constituição de 1988”. *Revista de Processo*, n. 61. São Paulo: RT, 2002.

os integrantes da coletividade, sendo que a cessação dessa ofensa beneficia a todos, indistintamente.

O próprio Código de Defesa do Consumidor é claro no sentido de que o que liga os titulares desse direito é uma circunstância de fato. Significa isso que não há uma relação jurídica base entre os titulares dos direitos ou com a parte contrária. O vínculo existente decorre simplesmente da circunstância fática.

Abelha Rodrigues³ atenta para o fato de que

os interesses difusos possuem uma “veia pública” porque a indeterminabilidade de seus sujeitos pressupõe o raciocínio de que o interesse em jogo é disperso de tal maneira que atinge um número ilimitado de pessoas, dando-lhe conotação publicista.

Já no que diz respeito aos direitos coletivos *strito sensu*, esses se diferenciam dos difusos porque, embora indeterminados, os titulares são determináveis. São interesses/direitos de indivíduos que pertencem a um mesmo grupo (não a coletividade como um todo). Ao contrário do que acontece com os difusos, há relação jurídica base vinculando estes componentes do grupo entre si ou com a parte contrária, relação esta que deve ser precedente à lesão ou à ameaça e não nascida com a própria lesão. A determinabilidade dos titulares dos direitos coletivos *strito sensu*, portanto, é o aspecto que os diferencia dos direitos difuso, já que em ambos os casos está presente a indivisibilidade como característica do bem jurídico tutelado.

Por fim, o Código de Defesa do Consumidor menciona no inciso III do art. 81 os direitos individuais homogêneos, que correspondem ao que Barbosa Moreira⁴ denominava “direitos acidentalmente coletivos”. Trata-se de direitos que por ficção jurídica o legislador permite que sejam tratados de modo coletivo. A doutrina se vale da expressão “molecularização de direitos” para referir-se aos mecanismos que tentam evitar o emprego de

³ ABELHA RODRIGUES, Marcelo. Ação Civil Pública. In: DIDIER JR, FREDIE (Org.). *Ações Constitucionais*. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 327

⁴ *Ibidem*

inúmeros processos voltados à solução de controvérsias fragmentárias, dispersas, “atomizadas”.

Nessa espécie de direitos, o objeto pode ser dividido e os titulares são perfeitamente identificáveis, possuindo todos uma origem comum, sendo que a relação que se forma com a parte contrária decorre da lesão sofrida.

Vale dizer que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Especial 163.231-3/SP, pacificou o entendimento de que os direitos individuais homogêneos constituem uma subespécie de direitos coletivos, uma vez que a concepção finalística desses direitos destina-se à proteção de grupos, categorias ou classe de pessoas.

Entre os atuais instrumentos para tutela dos direitos transindividuais e individuais homogêneos estão a ação de improbidade administrativa, a ação popular, a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo, havendo quem fale também especificamente de uma ação civil coletiva, com base nos artigos 91 a 100 do Código de Defesa do Consumidor.

A ação de improbidade administrativa está prevista no art. 37, §4º da Constituição Federal e é regulada pela Lei n. 8.429/92. Tal ação tem por objetivo tutelar o direito transindividual dos cidadãos de ter um governo honesto e eficiente, destinando-se, fundamentalmente, a punir os responsáveis por ilícitos de improbidade.

A ação popular é regulada pela Lei n. 4.717/65 e tem por escopo anular os atos lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Sua legitimidade ativa é reservada a qualquer cidadão, o qual estará defendendo, em nome próprio, interesses de toda a comunidade.

A ação civil pública, por sua vez, pode ser considerada o principal instrumento de tutela de direitos transindividuais. Está regulada na Lei n. 7.347/85 e tem por finalidade obter provimento jurisdicional de qualquer natureza, seja preventivo, condenatório, constitutivo, inibitório, executivo, mandamental ou meramente declaratório com vistas à responsabilização

por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico entre outros, previstos no art. 1º da referida lei. A legitimidade, *in casu*, é extraordinária e se dá na forma de substituição processual, sendo que é feita defesa em juízo, pelos legitimados, em nome próprio de direitos alheios.

O mandado de segurança coletivo, embora já largamente utilizado pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, só recentemente ganhou contornos legais, sendo regulado pela Lei n. 12.016/09. Tal diploma normativo confere legitimação ativa aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional e a entidades de classe, sindicatos ou associações, na forma da legislação, para buscarem a tutela de direito líquido e certo contra ilegalidades ou abuso de poder praticados por autoridade pública ou pessoa jurídica no exercício de função delegada do poder público.

Feitas as considerações necessárias acerca dos interesses coletivos dos mecanismos de tutela dos mesmos, passa-se à tentativa de compreensão do dano moral.

2. O DANO MORAL

A responsabilidade civil tem como requisitos, em regra, a prática de um ato ilícito, a ocorrência de um dano e um nexo de causalidade entre um e outro. A regra geral da responsabilidade civil encontra-se no art. 186 c/c art. 927, ambos do Código Civil Brasileiro.

Em verdade, a obrigação de reparar um eventual dano não decorre exclusivamente da prática de um ato ilícito, sendo possível que mesmo quando o agente pratique um ato tido como lícito tenha ele o dever de reparar o dano causado. Cite-se como exemplo aquele que, agindo amparado pelo estado de necessidade, excludente da ilicitude, vem a causar dano ao patrimônio alheio. Mesmo não tendo praticado qualquer ato ilícito, terá ele o dever de reparar

o dano causado, podendo, por certo, pela via regressa, obter o valor despendido daquele que deu causa ao resultado.

Como já mencionado alhures, no direito ambiental a responsabilidade civil do causador do dano é objetiva. Significa isso que não importa que o agente tenha causado aquele resultado com ou sem culpa, uma vez que por se tratar de responsabilidade objetiva, prescinde-se da análise do elemento culpa. Ainda que alegue que sua conduta estivesse amparada num diploma normativo específico, numa portaria ou em um alvará, se eventualmente vier a ocorrer um dano ao meio ambiente, terá ele o dever de repará-lo.

Com relação ao dano, porém, exige-se uma menor flexibilidade de entendimento. É pacífico, tanto em sede doutrinária quanto em sede jurisprudencial que o dano é pressuposto indispensável à caracterização da responsabilidade civil. Há responsabilidade civil sem culpa, mas jamais haverá responsabilidade civil sem dano.

Cabe aqui transcrever as palavras do Desembargador Cavalieri⁵, segundo o qual a

indenização sem dano importaria em enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. E, se a vítima não sofreu nenhum prejuízo, a toda evidência, não haverá o que ressarcir. Daí a afirmação, comum praticamente a todos os autores, de que o dano não é somente o fato constitutivo mas, também, determinante do dever de indenizar.

O dano pode ser patrimonial/material ou moral. Entende-se por dano material aquele causado ao patrimônio de uma determinada pessoa, sendo suscetível de avaliação pecuniária. A doutrina estabeleceu duas espécies de dano material: o dano emergente e o lucro cessante. O dano emergente é a efetiva diminuição no patrimônio da vítima, sendo aquilo que ela efetivamente perdeu (art. 402 do Código Civil); já o lucro cessante é aquele valor que a vítima deixará de auferir em decorrência dos danos que lhe foram causados. É o que Cavalieri⁶

⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 71

⁶ *Ibidem*, p. 72

define como sendo “a perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima”.

Além do dano material ou patrimonial, há também o que se denominou dano moral ou extrapatrimonial. O dano moral deve ser compreendido como uma ofensa de natureza não patrimonial. Cavalieri define dano moral como sendo uma violação à dignidade. Segundo o autor, “dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação à dignidade”.⁷

Tem sido dito por alguns doutrinadores⁸ que o dano moral seria o dano decorrente da violação aos direitos da personalidade e que, portanto, somente o ser humano poderia vir a ser indenizado por dano moral. No entanto, não é o que prevalece no direito brasileiro, o qual acolhe a tese de que a pessoa jurídica pode vir a sofrer dano moral, quando houver violação à sua honra objetiva. Tal entendimento decorre do fato de que a Constituição Federal trouxe uma cláusula geral de reparação de dano moral (art. 5º, V da CRFB), segundo a qual não há diferenciação entre pessoa física e jurídica, não podendo esta ser alijada dos direitos fundamentais reconhecidos às pessoas em geral.

Há que se falar, ainda, no que se convencionou chamar de dano *in re ipsa*, aquele para o qual se dispensa a demonstração da efetiva dor e sofrimento, bastando que se prove a conduta. O dano decorrente dessa conduta é presumido, sendo argumento bastante utilizado pelos tribunais para fundamentarem a condenação por danos morais nos casos de inscrição indevida de consumidores nos cadastros restritivos de crédito.

3. DANO MORAL COLETIVO E A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS

⁷ Ibidem, p. 77

⁸ ASSUMPÇÃO, Alexandre Ferreira de. *A pessoa jurídica e os direitos da personalidade*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.122.

Em primeiro lugar, deve-se ressaltar que o dano moral coletivo possui previsão legal. O art. 6º da Lei n. 8.078/90 estabelece entre os direitos básicos do consumidor a efetiva proteção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (inciso VI) bem como o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (inciso VII).

Também o art. 1º da Lei n. 7.347/85, com redação dada pela Lei 8.884/94, assim estabeleceu:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:
I - ao meio-ambiente;
II - ao consumidor;
III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;
V - por infração da ordem econômica e da economia popular;
VI - à ordem urbanística.

Verifica-se, portanto, que a lei que regula a ação civil pública, ação coletiva por excelência, além da condenação por danos materiais estabelece ser possível a responsabilização por danos morais em decorrência da violação dos direitos ali previstos.

Ocorre, porém, que, em que pesem as referidas disposições legais, muito ainda se discute acerca da possibilidade ou não da fixação de dano moral coletivo.

O primeiro argumento utilizado pela corrente doutrinária⁹ que entende não ser possível a condenação, em ação coletiva, por dano moral é no sentido de que o meio ambiente, a coletividade como um todo, não sofrem danos morais, não sentem dor não têm sentimentos e não podem ser afetados em seu íntimo. Tal argumento parte da ideia de que o dano moral está diretamente ligado à violação de um direito da personalidade capaz de causar constrangimento ou amargura, sentimentos esses que só seriam possíveis de ser

⁹ Recurso Especial. 598.281/MG – Rel. Min. Teori Albino Zavascki – Primeira Turma – Dje 01/06/2006

experimentados pelo ser humano. Logo, se a coletividade não pode sentir, não há dano a ser reparado.

Para essa corrente¹⁰, existe uma necessária vinculação do dano moral à noção de dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual. Assim, haveria uma incompatibilidade com a noção de transindividualidade, comum aos direitos coletivos *lato sensu*.

Outro argumento apresentado por quem¹¹ entende pela impossibilidade de fixação dos danos morais coletivos diz respeito à necessidade de titularidade concreta, de individuação pessoal dos beneficiários. Nota-se que o presente argumento está inteiramente ligado ao anterior, uma vez que nega a possibilidade de ver configurado o dano moral para algo que é maior que o ser humano: a coletividade.

Foi nesse sentido o voto da lavra do Ministro Teori Zavascki, no julgamento do Recurso Especial 598.281¹², de relatoria do Min. Luiz Fux, no qual se discutia a possibilidade da ocorrência do dano moral coletivo ambiental:

O dano ambiental ou ecológico pode, em tese, acarretar também dano moral – como, por exemplo, na hipótese de destruição de árvore plantada por antepassado de determinado indivíduo, para quem a planta teria, por essa razão, valor afetivo. Todavia, a vítima de dano moral é, necessariamente, uma pessoa. Não parece ser compatível com o dano moral a idéia da “transindividualidade” (= da indeterminabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa e da reparação) da lesão. É que o dano moral envolve, necessariamente, dor, sentimento, lesão psíquica, afetando “a parte sensitiva do ser humano, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

O Superior Tribunal de Justiça não possui jurisprudência vasta sobre o tema, sendo considerado o citado Recurso Especial um paradigma. Verifica-se que o julgado mencionado, no qual saiu vencedora a tese da impossibilidade da condenação por danos moral coletivo, trata especificamente do dano moral na seara ambiental, mas as discussões aí travadas valem para todas as demais acerca do mesmo tema.

¹⁰ Recurso Especial. 598.281/MG – Rel. Min. Teori Albino Zavascki – Primeira Turma – Dje 01/06/2006

¹¹ Recurso Especial. 598.281/MG – Rel. Min. Teori Albino Zavascki – Primeira Turma – Dje 01/06/2006

¹² Recurso Especial. 598.281/MG – Rel. Min. Teori Albino Zavascki – Primeira Turma – Dje 01/06/2006

A coletividade pode ser conceituada como um conglomerado de pessoas que vivem num determinado território, unidas por fatores comuns. Em todo caso, o traço marcante de uma coletividade é o conjunto de valores que unem as pessoas que dela fazem parte. Os valores da coletividade resultam da amplificação dos valores dos indivíduos que a compõem, o que não significa que a violação dos valores da comunidade é, em última análise, a violação dos valores dos indivíduos. Isso porque os valores coletivos dizem respeito à comunidade como um todo, independentemente de suas partes, tendo um caráter nitidamente indivisível.

Citem-se aqui alguns valores que devem ser encarados como coletivos: os valores relativos ao meio ambiente, ao consumidor e ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, previsto no art. 1º, incisos I a III da Lei n. 7.347/85.

Não se pode negar também a existência da honra coletiva. A comunidade, como um agrupamento de pessoas que é, deve ser respeitada nas suas relações com outras comunidades, com indivíduos ou com pessoas jurídicas.

Assim, para a doutrina que entende se possível a configuração do dano moral coletivo, este representa a injusta lesão da esfera moral da comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quer-se com isso dizer que o dano moral coletivo ocorre quando há uma agressão absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico; ou seja, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial.

No caso do Recurso Especial n. 598.281 discutia-se a ofensa ao meio ambiente por conduta de uma empresa do setor imobiliário que visava à implantação de loteamento, o que teria causado sérios danos. Embora tenha saído vencedora a tese que nega a ocorrência do dano moral coletivo ambiental, é preciso ter em mente que o dano ambiental não consiste apenas e tão-somente na lesão ao equilíbrio ecológico, mas afeta outros valores da coletividade a ele ligados, a saber: a qualidade de vida e a saúde.

Ainda, a Constituição Federal estabeleceu no art. 225 que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Ora, resta hialino que a proteção da coletividade é algo que se busca com a preservação do meio ambiente; logo, atentar contra este pode causar danos, sim, à coletividade.

Outro exemplo de dano moral coletivo é a violação da honra de determinada comunidade através de publicidade abusiva, a qual é proibida pela legislação pátria. Uma propaganda que circule em rede nacional expondo ao ridículo a cultura cigana, a título de exemplo, é passível de causar constrangimentos sem tamanho toda a comunidade que segue aqueles valores.

Com efeito, a ocorrência dos danos morais coletivos vai se evidenciar da mesma maneira que os danos morais individuais, ou seja, com um sentimento de dor, constrangimento, desgosto, infelicidade, angústia etc. A única diferença diz respeito ao titular desses sentimentos. Enquanto no dano moral individual o lesado será o sujeito unitário – individualizado –, no dano moral coletivo esse sentimento será sentido pela comunidade como um todo, sendo o seu sentimento diverso do daqueles que a integram.

Vale aqui citar as palavras de Morato Leite¹³, para quem

o dano extrapatrimonial coletivo não tem mais como embasamento a dor sofrida pela pessoa física, mas sim valores que afetam negativamente a coletividade, como é o caso da lesão imaterial ambiental. Assim, evidenciou-se, neste trabalho, que a dor, em sua acepção coletiva, é um valor equiparado ao sentido moral individual, posto que ligado a um bem ambiental, indivisível de interesse comum, solidário e ligado a um direito fundamental de toda coletividade. Revele-se que não é qualquer dano que pode ser caracterizado como dano extrapatrimonial, e sim o dano significativo, que ultrapassa o limite de tolerabilidade e que deverá ser examinado, em cada caso concreto. As dificuldades de avaliação do *quantum debeatur* do dano extrapatrimonial são imensas; contudo, este há de ser indenizado sob pena de

¹³ MORATO LEITE, José Rubens. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*, 2. ed., São Paulo: RT, p. 316/317

falta de eficácia do sistema normativo. Portanto, compete ao Poder Judiciário importante tarefa de transplantar, para a prática, a satisfação do dano extrapatrimonial ambiental. Abrindo-se espaço para o ressarcimento ao dano extrapatrimonial, amplia-se a possibilidade de imputação ao degradador ambiental.

Segundo o magistério de Xisto Tiago de Medeiros Neto¹⁴,

o dano moral coletivo corresponde à lesão injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados pela coletividade (considerada em seu todo ou em qualquer de suas expressões - grupos, classes ou categorias de pessoas), os quais possuem natureza extrapatrimonial, refletindo valores e bens fundamentais para a sociedade.

De fato, o que fundamenta o dano moral coletivo é a desvinculação do dano moral à dor psíquica, pois não somente a dor anímica pode causar dano moral, mas qualquer abalo no conjunto de valores de uma coletividade, também clama por reparação.

Ensina Xisto Tiago de Medeiros Neto¹⁵, quando disserta sobre os critérios para conceituação do dano moral coletivo, que

passa-se a adotar o critério objetivo para a conceituação do dano moral coletivo, qual seja, a observação direta de lesão intolerável a direitos transindividuais titularizados por uma determinada coletividade, desvinculando-se, pois, a sua configuração da obrigatória presença e constatação de qualquer elemento referido a efeitos negativos, próprios da esfera da subjetividade, que venham a ser eventualmente apreendidos no plano coletivo (sentimento de desprezo; diminuição da estima; sensação de desvalor, de repulsa, de inferioridade, de menosprezo, etc.). Ou seja, conforme já dito, não há de se levar em consideração, para se caracterizar a lesão à coletividade passível de ensejar a reparação devida, a verificação necessária de qualquer “abalo psicofísico” sofrido, muito embora possa vir a ser constatada esta circunstância na maioria das situações.

Não se deve perder de vista que o dano moral possui três funções básicas. Em primeiro lugar, possui ele a função de reparar o dano causado, de forma a tentar minimizar o sofrimento que se impôs à vítima. Além disso, o dano moral possui uma função preventiva, atuando como forma de prevenção geral, alertando a todos do que se lhe pode ser imposto caso pratiquem a mesma conduta. Por último, o dano moral possui uma função punitiva.

¹⁴ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007, p.60

¹⁵ *Ibidem*, p. 136

Quanto a essa função punitiva, a doutrina¹⁶ que entende pela impossibilidade argumenta que a falta de permissivo legal, ou seja, a ausência de norma que preveja a fixação do dano moral como punição fulminaria tal função. Valem-se da máxima latina *nulla poena sine lege*.

No dano moral individual, grande parte da doutrina admite que esse possui uma função punitiva. O Superior Tribunal de Justiça, embora não admita expressamente tal função, apresenta em seus julgados uma fórmula na qual diz que a função punitiva deve ser analisada quando da fixação do *quantum debeat*, ou seja, é mais um critério para aferição do valor a ser fixado a título de dano moral.

Essa função assume especial relevância em face dos danos transindividuais, uma vez que obriga o lesante a reparar o dano causado, contribuindo para coibir a prática de outros atos danosos, não só pela mesma pessoa como sobretudo por quaisquer outras.

A Lei n. 7.347/85 indiretamente estimula a imposição dessas sanções através da responsabilidade civil, quando abre a possibilidade de condenação em indenizações que reverterem para fundos de defesa de direitos difusos.

A condenação por danos moral, em se tratando de direitos difusos, se justifica em face da presença do interesse social em sua preservação. Trata-se de mais um instrumento para conferir eficácia à tutela de tais interesses, considerando justamente o caráter não patrimonial desses interesses metaindividuais.

Em recente decisão nos autos do Recurso Especial 1.221.756¹⁷, o Superior Tribunal de Justiça afirmou a possibilidade de condenação de instituição bancária por danos morais coletivos uma vez que em uma de suas agências, o atendimento prioritário somente era possível após a locomoção por 23 (vinte e três) degraus, totalizando 3 (três) lances de escada.

Colhe-se do referido julgado que

¹⁶ Recurso Especial. 598.281/MG – Rel. Min. Teori Albino Zavascki – Primeira Turma – Dje 01/06/2006

¹⁷ Recurso Especial 1221756/RJ – Rel. Min. Massami Uyeda – Terceira Turma – Dje 10/02/2012

na espécie, contudo, é indubitável a ocorrência de dano moral coletivo, apto a gerar indenização. Data venia, sob qualquer fundamento, não é razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção, seja pela idade, seja por deficiência física, ou por causa transitória, como as gestantes, à situação desgastante de subir escadas, exatos 23 (vinte e três) degraus, em agência bancária que, diga-se, possui plena capacidade e condições de propiciar melhor forma de atendimento que, curiosamente, é chamado de prioritário.

De fato, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral coletivo. Não é todo ato ilícito que se revela como afrontador dos valores de uma comunidade. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade, sendo grave o suficiente para produzir verdadeira intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva.

Nesse sentido, sustenta Dionísio Renz Biernfeld¹⁸ que

se a doutrina e a jurisprudência, ao se pronunciarem sobre o dano extrapatrimonial individualmente considerado, ressaltam que as ofensas de menor importância, o aborrecimento banal ou a mera sensibilidade não são suscetíveis de serem indenizados, a mesma prudência deve ser observada em relação aos danos extrapatrimoniais da coletividade. Logo, a agressão deve ser significativa; o fato que agride o patrimônio coletivo deve ser de tal intensidade e extensão que implique na sensação de repulsa coletiva a ato intolerável.

Em relação à quantificação do valor a ser fixado, não parece ser esse o óbice para a aceitação da ideia do dano moral coletivo. Há muito os Tribunais vêm admitindo situações em que não se exige a prova efetiva do dano, bastando que seja provada a ocorrência da ação que, presumidamente, gera um dano.

Pelo fato de o dano moral coletivo decorrer de uma responsabilidade objetiva, em que não é necessária a concorrência de dolo ou culpa (imperícia, imprudência ou negligência), a prova do dano moral coletivo também se dá pela simples demonstração da ocorrência do ato ilícito por parte do agressor, e do nexo de causalidade entre o ato e o dano, para que se tenha

¹⁸ BIERNFELD, Dionísio Renz. *Dano moral ou extrapatrimonial ambiental*. São Paulo. LTr, 2009, p. 120

como certo o dever de indenizar. Não há que se falar em prova da culpa, sendo essa ideia o que foi denominado pela jurisprudência de dano *in re ipsa*.

Tampouco prospera o argumento de que haveria enriquecimento da vítima, uma vez o valor da condenação não vai para o autor da ação coletiva, devendo ser convertido em benefício da própria comunidade, ao ser destinado ao Fundo criado pelo art. 13 da Lei n. 7.347/85 e regulamentado, a nível nacional, pela Lei n. 9.008/95.

CONCLUSÃO

Com o advento do novel ordenamento constitucional, possibilitou-se, no que concerne à proteção do dano moral, ultrapassar a barreira do indivíduo para abranger o dano extrapatrimonial à coletividade.

Vem-se dando muita ênfase, atualmente, à tutela coletiva de direitos, sejam difusos, coletivos ou individuais homogêneos. O legislador dotou os legitimados de instrumentos importantes e eficientes para a defesa de tais direitos, como é o caso da ação civil pública, da ação popular e, mais recentemente, do mandado de segurança coletivo.

Em que pesem as divergências doutrinárias acerca da possibilidade de fixação, em sentença, do dano moral coletivo, este se mostra como mais um mecanismo interessante para conferir eficácia aos instrumentos de defesa dos referidos direitos.

Os argumentos da corrente doutrinária¹⁹ que defende a impossibilidade de fixação do dano moral coletivo sagraram-se vencedores no Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Recurso Especial 598.281/MG. Todavia, o voto vencido do então Ministro daquela Corte Luiz Fux apresenta argumentos fortes no sentido do que se defende neste trabalho.

¹⁹ Recurso Especial. 598.281/MG – Rel. Min. Teori Albino Zavascki – Primeira Turma – Dje 01/06/2006

Como visto alhures, o dano moral coletivo não se confunde com o dano sofrido por cada indivíduo integrante da comunidade. Ver-se-á configurado este quando houver ofensa a valores que compõem a coletividade, valores esses estampados *numerus apertus* no art. 1º da Lei n. 7.347/85.

Além disso, a condenação por dano moral pode ser vista como uma sanção pecuniária por violação a direitos coletivos ou difusos. No entanto, o dano moral coletivo não deve ser confundido com a pretensão decorrente do direito individual homogêneo, o qual trata de uma soma de pretensões individuais.

Sob o enfoque infraconstitucional, a Lei n. 8.884/94 introduziu alteração na Lei n. 7.347/85, restando exposto que a ação civil pública objetiva a responsabilização por danos morais e patrimoniais causados a quaisquer dos valores transindividuais por ela tutelados, o demonstra que o legislador ordinário incentiva a condenação a título de dano moral coletivo, cujo valor não importará em enriquecimento da vítima, já que destinado a Fundo específico, criado pela mencionada lei.

Enfim, a condenação por dano moral coletivo é algo atual e estará a despertar maiores debates jurisprudenciais, devendo-se sempre ter a cautela de não utilizar tal mecanismo de forma desproporcional, sob pena de tornar-se ineficaz com o passar do tempo.

REFERÊNCIAS

- ABELHA RODRIGUES, Marcelo. Ação Civil Pública. In: DIDIER JR, FREDIE (Org.). *Ações Constitucionais*. 3. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- ASSUMPCÃO, Alexandre Ferreira de. *A pessoa jurídica e os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- BIERNFELD, Dionísio Renz. *Dano moral ou extrapatrimonial ambiental*. São Paulo. LTr, 2009.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituiC3%A7ao.htm> Acesso em: 07 dez 2011.
- BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 07 dez 2011.
- BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 07 dez 2011.
- BRASIL. Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm>. Acesso em: 07 dez 2011.
- BRASIL. Eg. Superior Tribunal de Justiça. *REsp* n. 598.281/MG. Relator: Min. Luiz Fux. Publicado no DJe de 01 de junho de 2006.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007
- MAZZILLI, Hugo Nigro de. *A defesa dos direitos difusos em juízo*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.
- REIS, Clayton. *Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação Popular*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009
- MORATO LEITE, José Rubens. *Dano Ambiental: do Individual ao Coletivo Extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: RT.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ações Coletivas na Constituição de 1988*. In: Revista de Processo, n. 61. São Paulo: RT

GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.