

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE ITAÚNA

Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* - Mestrado em Direito

Área de concentração: Proteção dos Direitos Fundamentais

Evandro Alair Camargos Alves

**REPARAÇÃO POR DANO EXTRAPATRIMONIAL: POSSIBILIDADE E FUNÇÕES
NO CONTEXTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COLETIVOS**

Itaúna

2014

Evandro Alair Camargos Alves

**REPARAÇÃO POR DANO EXTRAPATRIMONIAL: POSSIBILIDADE E FUNÇÕES
NO CONTEXTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COLETIVOS**

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação *stricto sensu* - Mestrado em Direito, área de concentração: proteção dos direitos fundamentais, da Fundação Universidade de Itaúna, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre.

Orientador: Professor Doutor Carlos Alberto Simões de Tomaz

Itaúna

2014

A474r Alves, Evandro Alair Camargos.

Reparação por dano extrapatrimonial: possibilidade e funções no contexto dos direitos fundamentais coletivos / Evandro Alair Camargos Alves. -- Itaúna, MG: 2014.

131 f.; 29 cm

Bibliografias: f. 130-131.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito em Proteção dos Direitos Fundamentais, Universidade de Itaúna.
Orientador: Dr. Carlos Alberto Simões de Tomaz.

1. Direitos fundamentais coletivos. 2. Dano extrapatrimonial coletivo.
3. Função punitiva. I. Tomaz, Carlos Alberto Simões de; Orientador. II. Universidade de Itaúna. III. Título.

CDU: 342.7

Bibliotecária responsável: Anicéia Ap. de Resende Ferreira
CRB-6/2239



Universidade de Itaúna

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MESTRADO EM PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Reconhecido pela Portaria do Ministério da Educação nº 1324/2012 (DOU de 09/11/2012, Seção 1, Pag.10)

*“REPARAÇÃO POR DANO EXTRAPATRIMONIAL: possibilidade e funções no contexto dos
Direitos Fundamentais coletivos”*

Dissertação de Mestrado apresentada por *Evandro Alair Camargos Alves*, do Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais, em 13 de novembro de 2014, ao Mestrado em Direito-Área De Concentração: Proteção Dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna - MG, e aprovada pela Banca Examinadora constituída pelos professores:

Professor Doutor Carlos Alberto Simões de Tomaz
Orientador – Universidade de Itaúna

Professor Doutor Fabrício Veiga Costa
Professor Convidado – Faculdade de Pará de Minas - FAPAM e PUC/MG

Professora Doutora Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz
Universidade de Itaúna - MG

A minha mãe, Antônia Alves Sampaio (sempre presente), quem me incentivou a estudar e a
batalhar pelos meus ideais.

A minha inseparável companheira, Mirtes Lopes dos Santos, pela compreensão em razão dos
muitos finais de semana, feriados e madrugadas que me dediquei à pesquisa.

Todos os meus parentes e amigos que me apoiaram neste momento tão difícil de pesquisa e
produção científica.

Agradecimentos

Primeiramente a Deus pelas oportunidades que criou em minha vida e também por ter me concedido forças para vencer todos os obstáculos enfrentados ao longo do meu Mestrado e da minha vida profissional.

Ao Professor Doutor Carlos Alberto Simões de Tomaz por toda a compreensão, paciência, respeito e incentivo na condução da minha orientação.

A todos os parentes e amigos que me incentivaram, em especial ao Professor e amigo Doutor Fabrício Veiga Costa.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF/1988 - Constituição Federal de 1988

CPC – Código de Processo Civil

LACP – Lei de Ação Civil Pública

ONU – Organização das Nações Unidas

REsp – Recurso Especial

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TRF – Tribunal Regional Federal

RESUMO

Com a teorização dos Direitos Fundamentais Coletivos no Estado Democrático de Direito indaga-se na doutrina e jurisprudência se tais direitos podem ser objeto de reparação civil por danos morais coletivos e se a função da reparação pode ser punitiva. Tal dúvida surge em virtude da definição de dano moral escrita na doutrina individualista, enraizada na clássica *summa divisio* Direito Privado X Direito Público, que exige demonstração de sentimentos subjetivos para a configuração do dano, além de afirmar que a reparação por tais danos tem função meramente compensatória. Entretanto, diante da teorização dos Direitos Fundamentais Coletivos e da necessidade de materialização do princípio da solidariedade, está ocorrendo uma superação da teoria clássica para a afirmação da *summa divisio* constitucionalizada Direito Individual X Direito Coletivo. Neste novo contexto, é possível reformular o conceito de dano moral para que ele possa tutelar da forma mais ampla possível os direitos de natureza transindividual. Atribuindo tal envergadura aos direitos coletivos, é possível concluir que os mesmos merecem reparação por danos extrapatrimoniais, independentemente da necessidade de comprovação de sentimentos subjetivos coletivos no caso concreto. De outro lado, observa-se ainda que é possível atribuir função punitiva à reparação por Direitos Fundamentais Coletivos, uma vez que os valores arrecadados em sede de condenação são revertidos em prol dos interesses coletivos, conforme estampados no artigo 13 da LACP.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais Coletivos. Dano Extrapatrimonial Coletivo. Função Punitiva.

ABSTRACT

With the theorizing of Collective Fundamental Rights in the democratic state it's inquired in the doctrine and jurisprudence if those rights may be subject to civil remedies for collective moral damage and if the reparation function can be punitive. This doubt arises from the definition of moral damage in individualistic doctrine, rooted in the classic *summa divisio* Private Law X Public Law, which requires demonstration of subjective feelings for configuration of the damage, besides it is affirmed that the reparation of such damage is merely compensatory. However, before the theorizing of Collective Fundamental Rights and the need of materialization of the principle of solidarity, is occurring an overcoming of the classical theory for the affirmation of the constitutionalized *summa divisio* Individual Rights X Collective Rights. In this new context, it is possible to reformulate the concept of moral damage, so it can tutelary more widely the rights of transindividual nature. Assigning such magnitude to collective rights, it is possible to conclude that is deserved the compensation for the extra patrimonial damage, regardless of the necessity of proving collective subjective feelings in the case. On the other hand, it is possible to assign the punitive function to reparations of Collective Fundamental Rights, since the amounts collected, in the seat of judgment, are reversed in favor of collective interests, as printed in article 13 of LACP.

Keywords: Collective Fundamental Rights. Moral Damage. Collective Extra Patrimonial Damage. Punitive Function.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS – DOS INDIVIDUAIS AOS COLETIVOS.....	12
2.1 A Ideia de Fundamentalidade dos Direitos.....	12
2.2 Direitos Fundamentais - Da Dimensão Individual à Dimensão Coletiva.....	23
2.3 A Afirmação dos Direitos Coletivos como Direitos Fundamentais e sua Classificação no Direito Brasileiro.....	28
3 DA REPARAÇÃO CIVIL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COLETIVOS...	47
3.1 Aportes Iniciais.....	47
3.2 Do Dano Moral Individual ao Dano Moral Coletivo.....	61
3.3 A Irreparabilidade do Dano Moral Coletivo.....	71
4 DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO E SUA FIXAÇÃO NO CONTEXTO DO PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO.....	78
4.1 A Afirmação da Reparação do Dano Extrapatrimonial no Contexto dos Direitos Fundamentais Coletivos.....	78
4.2 A Reparação Civil por Danos Extrapatrimoniais Coletivos sem a Comprovação de Sentimentos Subjetivos no bojo do Processo Coletivo.....	94
4.3 Dano Extrapatrimonial Coletivo e a sua Função Punitiva.....	104
5 CONCLUSÃO.....	120
REFERÊNCIAS.....	123

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas do século passado em razão da massificação da sociedade surgiram novos direitos de natureza transindividual que objetivam materializar o princípio da solidariedade e fraternidade, pilares do Estado Democrático de Direito.

Entretanto, nem sempre foi assim, pois os Direitos Fundamentais são marcados pela historicidade que significa dizer que se transformam e são construídos a partir de lutas das classes e das necessidades consolidadas na sociedade. Diante da tal premissa é possível perceber que está ocorrendo uma superação dos paradigmas solidificados até então no Estado Liberal de Direito que valorizava uma filosofia egoísta e formalista, enraizada na *summa divisio* Direito Público X Direito Privado.

No paradigma do Estado Liberal o ideal liberal-burguês defendia uma igualdade formal entre as partes, que no campo da responsabilidade civil implicaria numa beatificação da culpa para existir o dever de indenizar, além de limitar a reparação aos exatos termos da ofensa (devolver ao lesado o *status quo ante*), uma vez que a parte lesada não poderia se enriquecer sem motivo.

Em se tratando de danos morais, depois de muita discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade da reparação dos mesmos, prevaleceu o entendimento que determina a reparação com o objetivo de compensar as violações aos valores subjetivos individuais, pois é impossível restabelecer ao seu estado originário.

A concepção formalista do individualismo liberal-burguês não reconhece a possibilidade de reparação civil por danos morais coletivos, pois a noção de sentimentos subjetivos não se coaduna com a ideia de transindividualidade, ou seja, a coletividade não poderia sofrer danos na sua esfera moral. A dor, sofrimento, tristeza, vergonha, etc, são sentimentos que podem ser sentidos apenas por pessoas naturais individualizadas, incompatível com a indivisibilidade coletiva.

Além disso, o apego ao formalismo jurídico sedimentado no Estado da Legalidade burguesa, não permite outra função à reparação civil senão a função compensatória, pois não existe lei que autorize a punição por danos privados.

A doutrina da função exclusivamente compensatória no dano moral foi construída nas bases do pensamento liberal-burguês que defendeu uma nítida distinção entre Direito Público e Direito Privado. O Direito Público tutelava as relações de subordinação entre o Estado e o indivíduo, estabelecendo uma função punitiva ao transgressor da norma jurídica. Já o Direito

Privado buscava regulamentar as relações individuais e manter o equilíbrio entre as pessoas, não tendo como objeto a punição.

Nesta linha a reparação civil era instituto de Direito Privado que objetivava restabelecer o *status quo ante* ou mesmo apresentar um lenitivo como forma de compensar os danos morais, cabendo ao Direito Público função punitiva que seria uma resposta social às violações dos direitos.

Entretanto, a partir do rompimento dos marcos individualista e a construção de uma concepção solidária e democrática, nascem no Estado Democrático de Direito, os direitos coletivos que possuem natureza jurídica de direitos fundamentais e merecem ampla proteção, inclusive com a reparação civil por danos de natureza extrapatrimonial.

Com a ruptura da teoria clássica, outro ponto objeto de análise é se o dano extrapatrimonial coletivo necessita de comprovação no plano processual ou se é possível uma leitura objetiva do conceito para se presumir o dano, diante da situação fática. Finalmente, indaga-se a possibilidade de se atribuir função punitiva ao dano extrapatrimonial.

Para se chegar a conclusões corretas sobre as dúvidas suscitadas é necessária uma releitura do instituto da reparação civil sob uma ótica dos valores materializados no Estado Democrático de Direito e da nova *summa divisio* constitucionalizada Direito Individual X Direito Coletivo.

Como base metodológica para a investigação científica foi utilizada a revisão bibliográfica, análise crítico-comparativa e o estudo de casos concretos relacionados aos temas, julgados por juízes e tribunais brasileiros.

O referencial teórico utilizado é o apresentado pelo professor Gregório Assagra de Almeida¹ que defende a nova *summa divisio* constitucionalizada Direito Individual X Direito Coletivo, como teoria revogadora da clássica *summa divisio* Direito Privado X Direito Público. Segundo o autor, a nova *summa divisio* constitucionalizada Direito Individual X Direito Coletivo é a que reflete as necessidades do Estado Democrático de Direito e dos Direitos Fundamentais Coletivos, além de permitir uma releitura do conceito e das finalidades do dano moral coletivo.

Diante dessa premissa, pesquisa-se se os Direitos Fundamentais Coletivos podem ser objeto de reparação civil por danos de natureza extrapatrimonial. Em sendo, investiga-se ainda se a reparação de tais direitos ocorre de acordo com os métodos tradicionais dos direitos

¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo: Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.

privados ou se houve necessidade de uma ampliação e objetivação do conceito. Analisa-se finalmente se é necessária comprovação fática de tais danos e a finalidade.

Para alcançar nossos objetivos dividimos o trabalho em três capítulos. O primeiro retrata o conceito de direito fundamental, as características e a evolução de tais direitos dos individuais aos coletivos. Já que o tema principal do presente trabalho é a análise da reparabilidade civil dos direitos fundamentais coletivos é indispensável entender o que é direito fundamental coletivo.

No capítulo segundo é feita uma análise da responsabilidade civil à luz da clássica *summa divisio* Direito Público X Direito Privado, construída à luz dos ideais liberais burgueses. É relatado ainda, a evolução do conceito de dano moral à luz da teoria clássica, para se verificar em que medida tal teoria pode ser utilizada nos hodiernos direitos coletivos. O fechamento do capítulo ocorre com a análise da jurisprudência do STJ, que à luz da Teoria Clássica do Direito Privado, entende que a coletividade não pode sofrer dano moral coletivo, uma vez que a mesma não possui sentimentos subjetivos.

No capítulo final, objetivando fazer uma releitura do tema à luz dos pilares do Estado Democrático de Direito, da nova *summa divisio* Direito Individual X Direito Coletivo, e do princípio da solidariedade e fraternidade, analisamos novamente a possibilidade de reparação civil por danos morais coletivos, bem como a finalidade e como ocorre a comprovação do dano no plano prático-processual.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS – DOS INDIVIDUAIS AOS COLETIVOS

Para se falar em dano moral coletivo é necessário descortinar o conceito de direito fundamental coletivo, tendo em vista que a reparação civil por dano moral coletivo decorre da violação dos direitos desta natureza.

Assim, com a finalidade de aclarar a natureza jurídica dos direitos fundamentais coletivos, no presente capítulo será desenvolvida a ideia de fundamentalidade dos direitos desde os fundamentais individuais até os coletivos.

Compreendida a fundamentalidade será analisada também a classificação dos direitos fundamentais coletivos, pois para haver uma nova compreensão da reparação civil é indispensável compreender a natureza dos direitos que são objeto de reparação.

2.1 A Ideia de Fundamentalidade dos Direitos

Os direitos fundamentais são valores essenciais ao resguardo da vida com dignidade² na sociedade, construídos por meio de um consenso discursivo e à luz da ideologia de um dado momento.

Não obstante a tentativa de simplificar o conceito, a doutrina traça inúmeros caracteres marcantes na construção do conceito de direitos fundamentais. Dimoulis e Martins³ explicam que os direitos fundamentais possuem como elementos básicos: a) os sujeitos da relação criada pelos direitos fundamentais (pessoa vs. Estado); b) a finalidade desses direitos (limitação do poder estatal para preservar a liberdade individual); c) sua posição no sistema jurídico, definida pela supremacia constitucional ou fundamentalidade formal.

Com outras palavras, significa que os direitos fundamentais seriam direitos que teriam por finalidade básica, a proteção do indivíduo, nas suas relações verticais perante o Estado, ou seja, as normas de direito fundamental objetivam colocar limites à atividade estatal, perante as liberdades individuais.

Ademais, observa-se, com as lições dos citados autores, que o principal elemento dos

² Sobre dignidade da pessoa humana esclarece Luís Roberto Barroso que: “A dignidade humana é um valor fundamental. Valores, sejam políticos ou morais, ingressam no mundo do Direito, assumindo, usualmente, a forma de princípios. A dignidade, portanto, é um princípio jurídico de status constitucional. Como valor e como princípio, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Na verdade, ela constitui parte dos direitos fundamentais”. (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção de Novo Modelo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 273)

³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 47.

direitos fundamentais seria a supremacia dos mesmos, tendo em vista a superioridade da Norma Constitucional.

Sintetizando, Dimoulis e Martins dizem que os direitos fundamentais são “direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”⁴.

Ao tratar da natureza jurídica dos direitos fundamentais, José Afonso da Silva afirma que “são direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma constituição ou mesmo constem de simples declaração solenemente estabelecida pelo poder constituinte. São direitos que nascem e se fundamentam, portanto, no princípio da soberania popular”⁵.

Carl Schmitt sem destoar muito deste entendimento diz que os direitos fundamentais podem ser caracterizados a partir de dois critérios formais, pois para serem direitos fundamentais seria necessário que tivessem *status* constitucional e dificultoso processo de alteração ou revisão.

Neste sentido, Paulo Bonavides citando Schmitt explica:

Com relação aos direitos fundamentais, Carl Schmitt estabeleceu dois critérios formais de caracterização. Pelo primeiro, podem ser designados direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são imutáveis (*unabänderliche*) ou pelo menos de mudança dificultada (*erschwert*), a saber, direitos unicamente alteráveis mediante leis de emenda à Constituição.⁶

Ainda com base no pensamento de Schmitt afirma Bonavides que os direitos fundamentais poderiam ser vistos sob o ponto de vista material, sendo que sob essa ótica, variariam “conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra. Em suma, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos”⁷.

Na mesma linha, Gregório Assagra de Almeida diz que os direitos fundamentais possuem uma dimensão formal e outra material, a saber:

⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 47.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 181.

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 561.

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 561.

Os direitos fundamentais em sentido formal seriam aqueles que encontram previsão em determinada Constituição e são dotados da proteção jurídica a ele ligada. Todos os direitos fundamentais em sentido formal constituem-se em direitos fundamentais em sentido material, porém existem direitos fundamentais em sentido material que vão além dos direitos fundamentais em sentido formal. A conceituação material dos direitos fundamentais revela que esses não são, pura e simplesmente, direitos declarados, estabelecidos e atribuídos pelo legislador constituinte, mas, acima de tudo, direitos resultantes da concepção de Constituição dominante, do sentimento jurídico e da ideia de Direito.⁸

Tal acepção formal e material dos direitos fundamentais remeteria ao final do séc. XVIII, no contexto da Emenda IX da Constituição dos Estados Unidos, momento em que afirmou tal norma que os direitos materializados no texto Constitucional não excluiriam os já conquistados por aquela nação⁹.

Neste cenário, é possível notar que a nossa Teoria Constitucional reconhece e aceita tanto os direitos fundamentais de natureza formal, quanto os de natureza material, pois o § 2º¹⁰, do artigo 5º da Constituição estabelece que são reconhecidos outros direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, bem como aqueles internalizados por meio de tratados internacionais, conforme explica Almeida.

No plano da concepção acima, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, reconhece tanto os direitos fundamentais, em sentido formal, quanto os direitos fundamentais em sentido material, tendo em vista o rico teor da cláusula aberta sobre os direitos e garantias constitucionais prevista no §2º do art.5º da CF/88, que estabelece: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte.”¹¹

⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo: Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008, p. 305.

⁹ “O fator distinção entre direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material remontaria ao ano de 1791, mas precisamente à IX Emenda à Constituição dos Estados Unidos, atualmente fazendo-se presente em inúmeras outras Constituições. A referida Emenda Constitucional veio estabelecer que a especificação de certos direitos pela Constituição não significa que fiquem excluídos ou desprezados outros direitos até agora possuídos pelo povo.” ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo: Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008, p. 305.

¹⁰ Art.5º, parágrafo 2º, CF/88: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL. Constituição Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 jul. 2014)

¹¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de Almeida. *Direito Material Coletivo: Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008, p. 305.

Assim, o simples fato de uma norma de direito fundamental não estar expressamente prevista no texto constitucional não impossibilita o seu titular de exigir o cumprimento por parte do Estado, desde que atendidos os requisitos previstos na mencionada norma constitucional.

Dimoulis e Martins afirmam que o princípio que regulamenta tal matéria é chamado de princípio da complementariedade condicionada, na medida em que “a norma indica que o fato de um direito não se encontrar garantido no texto constitucional ou não ser reconhecido a determinado titular não exclui a possibilidade de sua alegação, desde que o mesmo se encontre reconhecido em tratado internacional ou que o tratado beneficie determinado titular”¹².

Rothenburg na mesma linha afirma que o catálogo previsto de direitos fundamentais nunca é exaustivo (inexauribilidade ou não-tipicidade dos direitos fundamentais), a ele podendo ser sempre acrescidos novos direitos fundamentais. Um novo aporte pode advir de normas internacionais (abertura externa), além da revelação de direitos fundamentais - expressos ou implícitos - no íntimo do próprio sistema jurídico nacional (abertura interna). Exatamente nessa linha, a dicção do § 2º, do art. 5º, da CF/1988, traduzindo uma "cláusula de abertura"¹³.

O rol de direitos fundamentais previstos na Constituição da República é apenas exemplificativo, sendo que nada obsta a existência de outros direitos de natureza fundamental não previstos taxativamente no texto magno. Além disso, é importante esclarecer que mesmo os direitos fundamentais não previstos expressamente na Constituição são dotados de supremacia normativa e não poderão ser objeto de supressão pelo legislador ordinário. Neste sentido, registra Alexandre de Moraes:

Os direitos e garantias expressos na Constituição Federal não excluem outros de caráter constitucional decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, desde que expressamente previstos no texto constitucional, mesmo que difusamente, ou seja, fora do rol do art. 5º, que é meramente exemplificativo. Importante ressaltar que as normas constitucionais cuja natureza jurídica configura-se como direito ou garantia individual, mesmo não estando descritas no rol do art. 5º da Carta Magna, são imodificáveis, pois serão inadmissíveis emendas tendentes a suprimi-las, total ou parcialmente, por tratar-se de cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º, IV).¹⁴

¹² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 38.

¹³ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos Fundamentais e suas Características*. Disponível em <http://www.sedep.com.br/?idcanal=24215>. Acesso em 22 jul. 2014.

¹⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 458-459.

A impossibilidade de supressão dos direitos fundamentais conquistados é perfeitamente coerente com a performance do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que além da vedação constitucional estampada no art.60, parágrafo 4º, da CF, doutrinariamente, de forma majoritária, entende-se que é vedado o retrocesso¹⁵ em termos de direitos fundamentais já conquistados.

Com o objetivo de aclarar o significado de direito fundamental, a doutrina ainda explica que os direitos fundamentais e direitos humanos, para alguns autores, seriam expressões sinônimas, enquanto a doutrina majoritária entende que são expressões diferentes.

Daniel Augusto Mesquita, com base em André Ramos Tavares, afirma que não há qualquer equívoco em usar a expressão direitos fundamentais ou direitos do homem como sinônimas, pois nas palavras de André Ramos Tavares as expressões seriam “utilizadas para denominar uma mesma realidade, no caso, a referente aos direitos fundamentais do Homem”. Assim, não haveria nenhum equívoco ou confusão em se utilizar indiscriminadamente as nomenclaturas¹⁶.

Paulo Bonavides sem detalhar o tema diz que a expressão direitos fundamentais é muito utilizada na doutrina publicística do Direito Alemão, ao passo que a direitos humanos seria mais utilizada pelos autores anglo-americanos e latinos. Neste sentido, manifesta-se o autor:

A primeira questão que se levanta com respeito à teoria dos direitos fundamentais é a seguinte: podem as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais serem usadas indiferentemente? Temos visto nesse tocante o uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica, ocorrendo porém o emprego mais frequente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência aliás com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães.¹⁷

¹⁵ Ingo Sarlet diz que: “(...) após sua concretização em nível infraconstitucional, os direitos fundamentais sociais assumem, simultaneamente, a condição de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, de tal sorte que não se encontram mais da esfera de disponibilidade do legislador, no sentido de que os direitos adquiridos não mais podem ser reduzidos ou suprimidos, sob pena de flagrante infração do princípio da proteção da confiança (por sua vez, diretamente deduzido do princípio do Estado de Direito), que, de sua parte, implica a inconstitucionalidade de todas as medidas que inequivocamente venham a ameaçar o padrão de prestações já alcançado”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 34)

¹⁶ MESQUITA, Daniel Augusto. *Incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ao Ordenamento Jurídico Brasileiro: Interpretação da Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal e Conseqüências da Emenda Constitucional 45/2004 na Proteção dos Direitos Fundamentais*. Disponível em <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/63/40>. Acesso em 15 maio 2014.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 561.

Em sentido contrário, a doutrina majoritária entende que há diferença entre os direitos, sendo que o critério espacial seria a pedra de toque de diferenciação entre direito fundamental e direito humano.

Em que pese sejam ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).¹⁸

João Trindade Cavalcante Filho sobre o tema, no mesmo sentido que Sarlet, esclarece:

Realmente, direitos fundamentais e direitos humanos, estes (humanos) são direitos atribuídos à humanidade em geral, por meio de tratados internacionais (Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, 1948, por exemplo). Já os direitos fundamentais são aqueles positivados em um determinado ordenamento jurídico (Constituição Brasileira, Lei Fundamental Alemã etc.).¹⁹

A diferenciação embora do ponto de vista ontológico não pareça tão importante, tem sentido e aplicação na sua acepção pragmática, porque “apesar de existir uma progressiva positivação interna dos direitos humanos, não poderão tais conceitos serem entendidos como sinônimos, pois a efetividade de cada um é diferente”.²⁰

Sarlet também entende dessa forma, afirmando que os direitos fundamentais possuem maior eficácia do que os direitos humanos, pois estão positivados no texto constitucional e possuem instâncias judiciais mais próximas que possibilitam aos seus destinatários exigir a observância e cumprimento pelos Poderes Públicos.

Além disso, importa considerar a relevante distinção quanto ao grau de efetiva aplicação e proteção das normas consagradoras dos direitos fundamentais (direito interno) e dos direitos humanos (direito internacional),

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 35-36.

¹⁹ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Disponível em http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em 17 maio 2014.

²⁰ MATHIAS, Márcio José Barcellos. *Distinção conceitual entre Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Direitos Sociais*. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2791/Distincao-conceitual-entre-Direitos-Humanos-Direitos-Fundamentais-e-Direitos-Sociais>. Acesso em 17 maio 2014.

sendo desnecessário aprofundar, aqui, a ideia de que os primeiros que – ao menos em regra – atingem (ou, pelo menos, estão em melhores condições para isto) o maior grau de efetivação, particularmente em face da existência de instâncias (especialmente as judiciárias) dotadas do poder de fazer respeitar e realizar estes direitos.²¹

De forma sintética, nas palavras de Mathias, os direitos humanos são aquelas garantias inerentes à existência da pessoa, albergados como verdadeiros para todos os Estados e positivados nos diversos instrumentos de Direito Internacional Público, mas que por fatores instrumentais não possuem aplicação simplificada e acessível a todas as pessoas²².

Já os direitos fundamentais seriam aqueles internalizados pela ordem constitucional como direitos fundamentais, ou, melhor dizendo, “são aqueles direitos constituídos por regras e princípios, positivados constitucionalmente, cujo rol não está limitado aos dos direitos humanos, que visam garantir a existência digna (ainda que minimamente) da pessoa, tendo sua eficácia assegurada pelos tribunais internos”²³.

Gilmar Ferreira Mendes diz que:

Essa distinção conceitual não significa que os direitos humanos e os direitos fundamentais estejam em esferas estanques, incomunicáveis entre si. Há uma interação recíproca entre eles. Os direitos humanos internacionais encontram, muitas vezes, matriz nos direitos fundamentais consagrados pelos Estados e estes, de seu turno, não raro acolhem no seu catálogo de direitos fundamentais os direitos humanos proclamados em diplomas e em declarações internacionais. É de se ressaltar a importância da Declaração Universal de 1948 na inspiração de tantas constituições do pós-guerra.²⁴

Na mesma linha, a lei federal 12.986, de 02 de junho de 2014, que transforma o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana em Conselho Nacional dos Direitos Humanos – CNDH, em seu artigo 2º, parágrafo 1º²⁵, deixa claro que todos os direitos fundamentais são simultaneamente direitos humanos.

Gérson de Britto Mello Bosen conclui no mesmo sentido, afirmando que a

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 40.

²² MATHIAS, Márcio José Barcellos. *Distinção conceitual entre Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Direitos Sociais*. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2791/Distincao-conceitual-entre-Direitos-Humanos-Direitos-Fundamentais-e-Direitos-Sociais>. Acesso em 17 maio 2014.

²³ MATHIAS, Márcio José Barcellos. *Distinção conceitual entre Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Direitos Sociais*. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2791/Distincao-conceitual-entre-Direitos-Humanos-Direitos-Fundamentais-e-Direitos-Sociais>. Acesso em 17 maio 2014.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 244.

²⁵ Art.2º. O CNDH tem por finalidade a promoção e a defesa dos direitos humanos, mediante ações preventivas, protetivas, reparadoras e sancionadoras das condutas e situações de ameaça ou violação desses direitos. Parágrafo 1º. Constituem direitos humanos sob a proteção do CNDH os direitos e garantias fundamentais, individuais, coletivos ou sociais previstos na Constituição Federal ou nos tratados e atos internacionais celebrados pela República Federativa do Brasil. (BRASIL, 2014)

problemática dos direitos individuais, registrados nas cartas constitucionais dos Estados modernos, se insere no quadro dos direitos humanos, quadro este bem maior, porque integrado por valores jurídicos que transcendem os Estados da comunidade internacional, radicados que são na essência da humanidade²⁶.

Independentemente da diferenciação, certo é que os direitos humanos e fundamentais possuem um ponto de interseção comum, que é a proteção voltada ao ser humano nas suas mais diversas facetas²⁷.

Além da íntima relação entre direitos humanos e fundamentais, é possível afirmar que os direitos fundamentais correspondem ao núcleo mínimo de direitos intangíveis e essenciais ao ser humano²⁸.

Analisadas as diferenças entre direitos fundamentais e direitos humanos, outra forma de se identificar os direitos fundamentais seria por meio de suas características fundamentais. Não obstante a oscilação da doutrina ao descrever essas características, as principais são: Historicidade, relatividade, imprescritibilidade, inalienabilidade e indisponibilidade.

A historicidade significa que os direitos fundamentais seriam reflexo da vontade social de determinada época, ou seja, possuem o conteúdo resenhado a partir dos anseios de uma determinada sociedade à luz de determinados interesses.

José Afonso da Silva afirma que os direitos fundamentais “são históricos como qualquer direito. Nascem, modificam-se e desaparecem. Eles apareceram com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, com o correr dos tempos”²⁹.

Bobbio defende que tais direitos são históricos e nascem, de forma paulatina, em decorrência da reação de determinada classe contra os poderes antigos:

²⁶ BOSON, Gérson de Britto Mello. *Direitos Humanos*. Disponível em <http://docs16.minhateca.com.br/30367938,BR,0,0,18--Direitos-humanos---Boson.pdf>. Acesso em 22 jul. 2014.

²⁷ Neste sentido, João Trindade Cavalcante Filho diz: “Em verdade, o conteúdo de ambos é bastante semelhante. São conjuntos diferentes que possuem grande área de intersecção. A diferença é mais de fonte normativa que de conteúdo”. (CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Disponível em http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em 17 maio 2014)

²⁸ Vladimir Brega Filho, diz que direito fundamental “é o mínimo necessário para a existência da vida humana.” (BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 66). Ainda neste sentido, João Trindade Cavalcante Filho afirma: “Com base nisso, poderíamos definir os direitos fundamentais como os direitos considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas. São direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica”. (CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Disponível em http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em 17 maio 2014)

²⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 183.

Do ponto de vista teórico, sempre defendi — e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos — que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.³⁰

Afirmando a natureza pragmática e mutável dos direitos, continua Bobbio:

Também os direitos do homem são direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem. A expressão “direitos do homem”, que é certamente enfática — ainda que oportunamente enfática, pode provocar equívocos, já que faz pensar na existência de direitos que pertencem a um homem abstrato e, como tal, subtraídos ao fluxo da história, a um homem essencial e eterno, de cuja contemplação derivaríamos o conhecimento infalível dos seus direitos e deveres. Sabemos hoje que também os direitos ditos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação.³¹

Os direitos fundamentais são uma construção histórica, isto é, a concepção sobre quais são os direitos considerados fundamentais varia de época para época e de lugar para lugar³².

Desta forma, é possível rechaçar “à transcendência (fundamentação absolutista e exclusivamente metafísica dos direitos fundamentais) na construção dos direitos fundamentais e reconhecer que tais direitos são construídos com base na experiência social”³³, em razão de uma luta emancipatória da sociedade.

A relatividade quer dizer que os direitos fundamentais não são absolutos, pois devem ser sopesados³⁴ a partir de uma situação concreta de colisão. Assim é o registro de Cavalcante Filho:

³⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*; tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 09.

³¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*; tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 20.

³² CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Disponível em http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em 17 maio 2014.

³³ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos Fundamentais e suas Características*. Disponível em <http://www.sedep.com.br/?idcanal=24215>. Acesso em 22 jul. 2014.

³⁴ Robert Alexy explica que: “As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem — o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido —, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face de outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios — visto que só princípios válidos podem colidir — ocorrem, para além dessa dimensão, na

Nenhum direito fundamental é absoluto. Com efeito, direito absoluto é uma contradição em termos. Mesmo os direitos fundamentais sendo básicos, não são absolutos, na medida em que podem ser relativizados. Primeiramente, porque podem entrar em conflito entre si – e, nesse caso, não se pode estabelecer a priori qual direito vai “ganhar” o conflito, pois essa questão só pode ser analisada tendo em vista o caso concreto.³⁵

Isso ocorre porque a complexidade da vida não permite que o legislador preveja abstratamente todos os possíveis conflitos sociais, para regulamentá-los por meio de regras claras e suficientes. Desta forma, o sistema normativo é dotado de princípios que devem ser interpretados e aplicados à luz de uma situação concreta.

Em princípio, a análise da situação concreta, ou melhor, a técnica de sopesamento de princípios pode acarretar a “restrição” parcial de um direito fundamental. Entretanto, as “restrições” devem observar as diretrizes constitucionais, bem como o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, conforme ensinado por Konrad Hesse:

A tarefa da concordância prática requer a coordenação “proporcional” de direitos fundamentais e bens jurídicos limitadores de direitos fundamentais (supra, número de margem 72): na interpretação de limitações constitucionais ou da limitação com base em uma reserva legal trata-se de deixar ambos chegar à eficácia ótima. Como os direitos fundamentais, também na medida em que eles estão sob reserva legal, pertencem às partes integrantes essenciais da ordem constitucional, essa determinação proporcional nunca deve ser efetuada em uma forma que prive uma garantia jurídico-fundamental mais do que o necessário, ou até completamente, de sua eficácia na vida da coletividade. *A limitação de direitos fundamentais deve, por conseguinte, ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser necessária para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser proporcional em sentido restrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental.*³⁶ (destacamos)

Ausência desse raciocínio de ponderação e relatividade dos direitos fundamentais autorizaria que um direito fundamental anulasse³⁷ outro direito também fundamental.

dimensão do peso.” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 93-94)

³⁵ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Disponível em http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em 17 maio 2014.

³⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 255-256.

³⁷ Neste sentido, Luiz Alberto David e Vidal Serrano afirmam que: “Não fosse o raciocínio juridicamente mais acertado, o intérprete teria de chegar à conclusão de que o caráter absoluto de um dos direitos envolvidos aniquilaria o outro, negando vigência e eficácia a um dispositivo igualmente constitucional”. (ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 123)

Entretanto, tal conclusão de exclusão de direitos fundamentais não é permitida à luz do entendimento de Alexy, pois todos os direitos fundamentais abstratamente possuem o mesmo valor, sendo que a aplicação deverá ocorrer através da análise da situação fática.

No caso sobre a incapacidade para participar de audiência processual tratava-se da admissibilidade de realização de uma audiência com a presença de um acusado que, devido à tensão desse tipo de procedimento, corria o risco de sofrer um derrame cerebral ou um infarto. O tribunal observou que nesse tipo de caso há uma relação de tensão entre o dever estatal de garantir uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado na garantia de seus direitos constitucionalmente consagrados, para cuja proteção a Constituição também obriga o Estado. Essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, por si só, de prioridade. *O conflito deve, ao contrário, ser resolvido por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto.*³⁸ (destacamos)

Desta forma, diante da relatividade do direito fundamental, imprescindível no exercício hermenêutico que o intérprete analise na situação concreta qual direito tem maior peso à luz da situação concreta e do princípio da proporcionalidade.

No que tange a imprescritibilidade, os direitos fundamentais não são passíveis de sofrer prescrição e decadência pelo seu não exercício. Os direitos fundamentais existem e estão à disposição do ser humano, sendo que a sua não utilização não acarretará o seu perecimento.

O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis. Pois prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso.³⁹

Muito próximo ao conceito de imprescritibilidade é a definição da irrenunciabilidade, sendo que esta permite o não exercício dos direitos, mas não admite a abdicação. José Afonso da Silva esclarece que “não se renunciam a direitos fundamentais. Alguns deles podem até

³⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 94-95.

³⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 183.

não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados”⁴⁰.

A irrenunciabilidade é a regra geral, pois em algumas situações específicas, observadas a natureza do direito, a doutrina tem admitido a disposição parcial de alguns direitos fundamentais, desde que não contrarie a dignidade da pessoa humana.

Geralmente, os direitos fundamentais são indisponíveis. Não se pode fazer com eles o que bem se quer, pois eles possuem eficácia objetiva, isto é, importam não apenas ao próprio titular, mas sim interessam a toda a coletividade. Também aqui há exceções, pois existem alguns direitos fundamentais que são disponíveis, tais como a intimidade e a privacidade. Isso, ressalte-se, é a exceção. Mesmo assim, a renúncia a direitos fundamentais só é admitida de forma temporária, e se não afetar a dignidade humana.⁴¹

Em razão do interesse coletivo objetivo que circunda os direitos fundamentais, em regra, eles são também inalienáveis, ou seja, não podem ser objeto de transação a título gratuito ou oneroso. José Afonso da Silva afirma que “são direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis”⁴².

Tal característica é visualizada na grande maioria dos direitos fundamentais, entretanto, existem algumas ressalvas como no direito de propriedade em que é possível a alienação de tal direito fundamental.

O legislador ordinário⁴³ caminhando no mesmo sentido da irrenunciabilidade e da inalienabilidade, afirma que a defesa dos direitos fundamentais pode ocorrer independentemente da provocação das pessoas ofendidas (individualmente consideradas) ou da coletividade.

2.2 Direitos Fundamentais - Da Dimensão Individual à Dimensão Coletiva

Obviamente que aos direitos coletivos se aplica todas as definições e caracteres apontados acima, pois os direitos coletivos, assim como os de dimensão individual são

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 183.

⁴¹ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Disponível em http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em 17 maio 2014.

⁴² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 183.

⁴³ Art.2º, § 2º da lei federal 12.986, de 02 de junho de 2014, diz que:” A defesa dos direitos humanos pelo CNDH independe de provocação das pessoas ou das coletividades ofendidas.” (BRASIL. Lei Federal n.º 12.986. 02 jun. 2014. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12986.htm. Acesso em 10 jul. 2014)

também direitos fundamentais.

A afirmação é plenamente verdadeira e de fácil constatação diante da historicidade dos direitos fundamentais, pois os direitos fundamentais são direitos construídos a partir das necessidades e interesses da sociedade.

Nota-se que a doutrina classifica os direitos fundamentais a partir da contextualização histórica na qual se desenvolveram, definindo-os como direitos fundamentais de primeira dimensão ou geração⁴⁴; direitos fundamentais de segunda dimensão; direitos fundamentais de terceira dimensão⁴⁵.

Na concepção de Karel Vasak⁴⁶, os direitos fundamentais de primeira dimensão (geração) seriam aqueles ligados às liberdades, ao passo que os de segunda dimensão (geração) seriam aqueles relacionados a igualdades, enquanto, finalmente os da terceira dimensão (geração) seriam os de fraternidade.

Os direitos de primeira dimensão são os direitos ligados a ideologia da filosofia liberal burguesa que visa, sobretudo, limitar os poderes do Estado e garantir a liberdade⁴⁷ do indivíduo nas suas relações particulares. Dizem respeito aos direitos civis e políticos, têm como titular o indivíduo e são direitos de resistência ou oposição contra o Poder Público. Impõem uma separação entre Estado e sociedade, em que a sociedade exige do Estado apenas uma abstenção, ou seja, uma obrigação negativa visando a não interferência nas liberdades dos indivíduos.

Paulo Bonavides diz que:

⁴⁴ Optamos por utilizar a expressão “dimensão”, tendo em vista que os direitos fundamentais são cumulativos. Alguns autores dizem que expressão “geração” traz a ideia de sucessão, ou seja, um direito fundamental sucederia outra sem haver acumulação. Neste sentido, George Marmelstein Lima diz: “A expressão “geração de direitos” tem sofrido várias críticas da doutrina nacional e estrangeira. É que o uso do termo “geração” pode dar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, o que é um erro, já que, por exemplo, os direitos de liberdade não desaparecem ou não deveriam desaparecer quando surgem os direitos sociais e assim por diante. O processo é de acumulação e não de sucessão”. (LIMA, George Marmelstein. *Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4666>>. Acesso em: 4 jun. 2014)

⁴⁵ Paulo Bonavides fala em direitos de 4ª e 5ª geração. Para ele, são direitos da quarta geração à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo (p. 571). Já os direitos de quinta geração seriam relacionados ao direito à paz, dizendo ainda que a concepção da paz no âmbito da normatividade jurídica configurar um dos mais notáveis progressos já alcançados pela teoria dos direitos fundamentais (p. 579). (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 570-593)

⁴⁶ Paulo Bonavides diz que tal expressão foi criada por Karl Vasak na aula inaugural de 1979 dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estraburgo. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 563)

⁴⁷ Neste sentido é a lição de Tomaz: “Foi com profunda conotação política que o liberalismo concebeu o Estado de Direito. Haveria um valor sem o qual seria impossível alcançar a justiça: a liberdade. A liberdade para todos numa sociedade limitada pelo Direito, onde o poder deveria ser exercido de forma desconcentrada”. (TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. *Democracia e Jurisdição: Entre o texto e o contexto*. São Paulo: Editora Baraúna, 2011, p. 67)

Os direitos fundamentais da primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Entram na categoria do status negativo de Jellinek e fazem também ressaltar a ordem dos valores políticos a nítida separação entre sociedade e o Estado. (...) São por igual direitos que valorizam o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual.⁴⁸

Bobbio no mesmo sentido diz que os direitos de liberdade tendem a limitar o poder do Estado, sendo que posteriormente, com a afirmação dos direitos políticos o “povo”⁴⁹ poderia participar da gestão da “Coisa Pública”.

Num primeiro momento afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera da liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não-impedimento, mas positivamente como autonomia – tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e frequente de membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado).⁵⁰

Os direitos de primeira dimensão têm como principais características: Os direitos fundamentais correspondem aos direitos da burguesia (liberdade e propriedade) e não possuem aspecto substancial; Limitação Estatal pelo Direito que se estende ao soberano; Atuação do Estado se limita à defesa da ordem e da segurança públicas (Estado Mínimo); Princípio da Legalidade da Administração Pública.

A guisa de conclusão dos direitos fundamentais no contexto do Estado liberal precisa é a lição de Tomaz:

A autoridade e a liberdade sempre foram aparentemente inconciliáveis e, para o exercício desta, impõe-se a limitação daquela. Daí porque se pode afirmar que o jusnaturalismo é o pressuposto filosófico fundamental do Estado liberal, erigido sob três matizes: 1º) a liberdade encarada como liberdade-defesa ou liberdade-autonomia em face do poder do monarca; 2º) a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais à vida e à liberdade, sob suas várias acepções (deambulatória, de crença, sobretudo); 3º) o respeito da parte do Estado através de limites pré-constituídos e estabelecidos em normas a tais direitos, o que conduzia a uma postura negativa do Estado diante deles, e

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 563-564.

⁴⁹ Quando nos referimos a povo objetivamos falar da classe que efetivamente participava das decisões políticas do Estado, tendo em vista que nem todos eram considerados cidadãos e tinham direitos políticos.

⁵⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*; tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 20.

que Canotilho denomina abstinência estatal.⁵¹

Os direitos de liberdade acabaram por ocasionar uma função meramente técnica do Estado na medida em que ele devia atuar somente nos casos previstos em lei, além de não aplicar a ideia de justiça social. Em crítica ao sistema daquela época Tomaz, citando Böckenförde diz que o Estado liberal preocupava-se, sobretudo, com a segurança e certeza das relações jurídicas, ao passo que o conceito de justiça social e legitimidade das normas ficaram esquecidas.

Pode-se afirmar que o Estado liberal havia um vazio de legitimidade na medida em que o império da lei reduzia-se “*a la mera función técnica de la garantía de la seguridad y calculabilidad jurídicas. De esa forma ‘la legalidade del Estado de Derecho se presentaba como incapaz de substituir la legitimidad’*. Este vacío de legitimidade provoca por outra parte que surjam nuevas definiciones materiales del Estado de Derecho que sin duda reflejan las ideas de justicia que están detrás de cada una de las ideologias”.⁵²

A primeira dimensão de direitos fundamentais é marcada pela ideia de legalidade e individualismo, pois totalmente ligada aos dogmas de propriedade,⁵³ segurança e abstenção do Estado nos interesses econômicos burgueses.

Já os direitos fundamentais de segunda dimensão, ou direitos sociais, dominaram o século XX⁵⁴ e surgiram como reflexo de uma tentativa de reduzir a desigualdade econômica causada pelo Estado Liberal burguês e oferecer o mínimo de recursos materiais para uma existência digna.

Bobbio diz que finalmente “foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores -, como os de bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou

⁵¹ TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. *Democracia e Jurisdição: Entre o texto e o contexto*. São Paulo: Editora Baraúna, 2011, p. 67.

⁵² TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. *Democracia e Jurisdição: Entre o texto e o contexto*. São Paulo: Editora Baraúna, 2011, p. 67.

⁵³ Neste sentido, Daniel Sarmiento ensina que: “Enfim, no catecismo do constitucionalismo liberal, o locus exclusivo de regulamentação das relações privadas era o Código Civil, que, tendo como pilares a propriedade e o contrato, buscava assegurar a segurança e a previsibilidade das regras do jogo para os sujeitos de direito nas suas relações recíprocas, a partir de uma perspectiva (falsa) de asséptica neutralidade diante dos conflitos distributivos”. (SARMENTO, Daniel. *Os Direitos Fundamentais nos Paradigmas Liberal, Social e Pós-Social*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite, coordenador. *Crises e Desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003)

⁵⁴ Bonavides afirma que: “Os direitos da segunda geração merecem um exame mais amplo. Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado”. (BONAVIDES. Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 564)

por meio do Estado”⁵⁵.

A teoria dos direitos fundamentais sociais exigia uma postura diferente da negativista do Estado liberal, na medida em que objetivava uma atuação do Estado no sentido de proporcionar direitos que tinha por *ultima ratio* concretizar a igualdade econômica.

De fato a pretendida efetividade dos direitos fundamentais passava necessariamente por exigir do Estado prestações existenciais de caráter positivo. Em outras palavras e trocando em miúdos, o Estado precisava descruzar os braços e criar condições para o que o fraco se tornasse forte perante o forte. Assim, sem se afastar do pressuposto filosófico do Estado liberal, a preocupação vai recair sobre a igualdade. A verdade é que a concepção social revela que somente a igualdade é capaz de proporcionar a vivência da liberdade.⁵⁶

Paulo Bonavides diz que os direitos fundamentais de segunda dimensão “são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social”⁵⁷.

Luiz Manoel Gomes Júnior afirma que os direitos fundamentais de segunda dimensão objetivam estabelecer igualdade de oportunidades, valorizando a dignidade da pessoa humana e estendendo proteção aos direitos coletivos e difusos.

Tais direitos dirigiam-se, “(...) à proteção, não do homem isoladamente, mas das coletividades, de grupos, sendo direitos de titularidade difusa ou coletiva. Tem-se aqui o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural.”⁵⁸

Os direitos de terceira dimensão cristalizaram-se no fim do século XX e estão idealizados a partir do desenvolvimento da concepção de fraternidade e solidariedade. Neste contexto, teria por objeto a proteção do gênero humano e não apenas direitos individuais ou de natureza coletiva, pois o ser humano com dignidade é o centro das atenções.

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua

⁵⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*; tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 20.

⁵⁶ TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. *Democracia e Jurisdição: Entre o texto e o contexto*. São Paulo: Editora Baraúna, 2011, p. 70.

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 564.

⁵⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, apud, GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. São Paulo: Editora SRS, 2008, p. 02.

afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.⁵⁹

Karel Vasak identificou 05 direitos fundamentais que seriam desdobramentos da fraternidade, a saber: “o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação”⁶⁰.

Da leitura acima é possível perceber que a grande maioria dos direitos de natureza coletiva estariam mergulhados na 2ª e 3ª dimensão de direitos fundamentais. Entretanto, a doutrina de Direito Constitucional, de forma geral, quando elenca os direitos fundamentais coletivos, não tecem muitas considerações a respeito do tema. Desta forma, tal obrigação fica para a moderna doutrina de Direitos Coletivos, conforme será detalhado doravante.

2.3 A Afirmação dos Direitos Coletivos como Direitos Fundamentais e sua Classificação no Direito Brasileiro

A sociedade de massas e o progresso científico foram balizados pelo desenvolvimento da teoria dos direitos coletivos. Os direitos coletivos registram a preocupação do homem na sua esfera transindividual, marcados pela ideia de solidariedade, fraternidade e pelo princípio democrático.

Conforme afirmado por Fabrício Veiga Costa⁶¹ “o constitucionalismo contemporâneo voltou-se para a sistematização da coletivização dos Direitos Fundamentais, que deixam de ser vistos e compreendidos na sua essência apenas sob o prisma individual, para assim, passar a ser pensado no contexto da transindividualidade”.

Neste contexto, há uma preocupação da doutrina moderna em estudar e organizar metodologicamente⁶² o enquadramento epistemológico da teoria do direito material e processual coletivo.

⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 569.

⁶⁰ VASAK, Karel, apud, BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 569.

⁶¹ COSTA, Fabrício Veiga. *Mérito Processual. A formação participada nas ações coletivas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 208.

⁶² Gregório Almeida e Flávia Vigatti dizem que: “No Brasil, há grande avanço no plano da tutela jurisdicional dos direitos coletivos lato sensu, de forma que há no País um direito processual coletivo como um novo ramo do direito processual. Na mesma linha de raciocínio, também é possível, mesmo que em uma dimensão um pouco diversa, sustentar a autonomia metodológica do Direito Coletivo inserido na CF/88 ao lado Direito Individual, tendo como base a teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais (Título II, Capítulo I, da CF/88)”. (ALMEIDA, Gregório Assagra de; ALMEIDA, Flávia Vigatti Coelho de. *Os Direitos ou Interesses Coletivos no Estado Democrático de Direito Brasileiro*. In: Aziz Tuffi Saliba; Gregório Assagra de Almeida; Luiz Manoel Gomes Júnior (organizadores). *Direitos Fundamentais e sua Proteção nos Planos Interno e Internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010, p. 239)

Não existem dúvidas de que os direitos coletivos já existem há muito tempo na sociedade, entretanto, somente no século XX é que ganharam importância teórica a ponto de serem estudados de forma mais aprofundada e organizada.

Observa Almeida⁶³ que no Direito Romano já existiam notícias do Direito Coletivo nas *actiones populares* para a defesa de questões relativas a interesse comum, *pro indiviso*⁶⁴.

Nelson Nery Júnior, no mesmo sentido, reconhece que a existência dos direitos metaindividuais remete ao Digesto do Direito Romano, sendo que nem mesmo o vocábulo difuso é novo na Ciência do Direito⁶⁵.

Já no século XVII, como reflexo da experiência da tradição *common law* surgiu a ação de classe – *class action* – procedimento em que uma pessoa poderia representar um grupo maior ou classe de pessoas, desde que compartilhassem, entre si, um interesse comum⁶⁶. Baseado nas lições de Vincenzo Vigoriti registra Teori Zavascki que:

Embora se registrem, na jurisprudência da época, casos ilustrativos da sua utilização, esse modelo procedimental enfrentava dificuldades de ordem teórica e prática, relacionadas, sobretudo, com a ausência de definição de seus contornos. Foi modesta a aplicação e a evolução do instituto até o final do século XIX, porém em 1873, o advento do *Court of Judicature Act* deu-lhe uma definição mais clara, mas, ainda assim, sua utilização permaneceu contida, inclusive em virtude das interpretações restritivas impostas pela jurisprudência.⁶⁷

Este modelo de ação foi aperfeiçoado pelo sistema norte-americano e a partir de então, admitiu-se que um ou mais membros de uma classe promovesse ação em defesa dos interesses de todos os seus membros, desde que:

⁶³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo: Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008, p. 419.

⁶⁴ Sobre o assunto, esclarece ainda Gregório Assagra de Almeida que: “É certo que a maioria das ações populares romanas tinha natureza penal; todavia, podem ser apontadas, dentre outras, como espécies de ‘actiones populares’ romanas de natureza não-penal: a) ação de ‘albo corrupto’, cuja finalidade era punir civilmente quem alterasse o escrito do pretor; b) ação de ‘sepulchro violato’, que se destinava à proteção do direito comum de não ter violada a sepultura; c) ação de ‘termino moto’, que poderia ser utilizada para conseguir a reparação de dano causado por quem alterasse, com má-fé, limites entre propriedades.” (ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: Um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 381)

⁶⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. *A ação civil pública no processo do trabalho*. In: Edis Milaré (Coord.). *Ação civil pública. Lei 7.347/85 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 557.

⁶⁶ Vigoriti citado por Zavascki diz: “Desde o século XVII, os tribunais de equidade (‘Courts of Chancery’) admitiam, no direito inglês, o ‘bill of Peace’, um modelo de demanda que rompia com o princípio segundo o qual todos os sujeitos interessados devem, necessariamente, participar do processo, com que se passou a permitir, já então, que representantes de determinados grupos de indivíduos atuassem, em nome próprio, demandando por interesses dos representados ou, também, sendo demandados por conta dos mesmos interesses”. (VIGORITI, Vincenzo, apud, ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. Tese. Porto Alegre. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2005, p. 15-16)

⁶⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. Tese. Porto Alegre. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2005, p. 16.

(a) seja inviável, na prática, o litisconsórcio ativo dos interessados, (b) estejam em debate questões de fato ou de direito comuns à toda a classe, (c) as pretensões e as defesas sejam tipicamente de classe e (d) os demandantes estejam em condições de defender eficazmente os interesses comuns. Duas grandes espécies de pretensões podem ser promovidas mediante “*class action*”: (a) pretensões de natureza declaratória ou relacionadas com direitos cuja tutela se efetiva mediante provimentos com ordens de fazer ou não fazer, geralmente direitos civis (“*injunctions class actions*”); e (b) pretensões de natureza indenizatória de danos materiais individualmente sofridos (“*class actions for damages*”).⁶⁸

A partir dos anos 70 do século XX⁶⁹, houve uma maior preocupação em promover a tutela dos direitos coletivos, especialmente devido à conscientização de se tornar necessária a eficácia de medidas para preservar o meio ambiente e os consumidores⁷⁰, que eram vulneráveis ao mercado cegamente voltado para o lucro.

No cenário que representa a transição em que se busca tutela de direitos coletivos, pensadores com Mauro Cappelletti e Bryant Garth tiveram destaque ao lançar a obra “Acesso à Justiça”, momento em que na “Segunda Onda” de proteção aos direitos trabalharam a superação da tradicional visão individualista do processo. O processo precisava ser instrumento que possibilitasse a defesa de direitos e interesses difusos em sua forma mais abrangente.

Centrando seu foco de preocupação especificamente nos interesses difusos, esta segunda onda de reformas focou a reflexão sobre noções tradicionais muito básicas do processo civil e sobre o papel dos tribunais. Sem dúvida, uma verdadeira “revolução” está se desenvolvendo dentro do processo civil. (...) A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. (...) A visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas tal transformação

⁶⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. Tese. Porto Alegre. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2005, p. 18.

⁶⁹ Hugo Nigro Mazzilli afirma que: “Na Europa continental e no Brasil, porém, foi especialmente a partir da década de 1970, com os trabalhos e conferências de Mauro Cappelletti, que surgiu a exata consciência de que a defesa judicial de interesses de grupos apresentava peculiaridades: como cuidar da representação ou da substituição processual do grupo lesado? Como estender a coisa julgada para além das partes formais do processo? Como repartir o produto da indenização entre lesados indetermináveis? Como assegurar a presença de todo o grupo lesado nos processos coletivos destinados à composição e decisão de tais conflitos intersubjetivos?” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 48)

⁷⁰ Afirma Márcio Flávio Mafra Leal que: “Para alguns, o reconhecimento dos direitos coletivos ou difusos, decorrem de movimentos sociais que emergiram na virada da década de 50 para 60, representados por mulheres e negros norte-americanos e, em menor escala, por ambientalistas e consumeristas.” (LEAL. Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 98)

pode assegurar a realização dos “direitos públicos” relativos a interesses difusos.⁷¹

A onda de proteção ao Direito Coletivo produziu reflexos no mundo inteiro, sendo que na Espanha, foi adotada a Lei 20/84 (*Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*), concedendo legitimidade ativa às associações para proporem demandas coletivas. Na Itália, foi editada a Lei 281 em 1998 que reconheceu os direitos coletivos dos consumidores para atender ao Tratado da União Européia, de 1992, que cuidou do tema da proteção ambiental e do consumidor em seus artigos 129 e 130. Já na Alemanha, as associações passaram tutelar coletivamente as relações de consumo e as demandas relacionadas ao meio ambiente⁷².

Na Constituição Portuguesa de 1976 havia previsão de tutela aos direitos coletivos nos seguintes termos:

O procedimento básico para a tutela de interesses coletivos é a ação popular prevista na Constituição de 1976 (artigos 20, nº 1 e art. 52, nº 2), que tem entre suas finalidades a de prestar tutela preventiva, reparatória e sancionatória de lesões à saúde pública, ao meio ambiente e à qualidade de vida e ao patrimônio cultural. A posterior regulamentação dessa ação, pela Lei 83/95, bem assim da que trata da defesa dos consumidores (Lei 24/96), já tiveram “clara inspiração da legislação brasileira.”⁷³

No Brasil, a Lei 6.513 de 20/12/77, que modificou a Lei de Ação Popular contribuiu muito para a definição de direitos coletivos ao considerar como patrimônio público “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico”. Contudo, o marco principal de tutela de direitos coletivos no sistema brasileiro, ocorreu em 1985, com Lei de Ação Civil Pública. Neste sentido, registra Zavascki:

A Lei 6.513, de 20/12/77, introduziu uma modificação no art. 1º, § 1º, da Lei da Ação Popular, com o intuito de considerar como patrimônio público “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico. (...) foi a Lei nº 7.347, de 24/07/85, que assentou o marco principal do intenso e significativo movimento em busca de instrumentos processuais para a tutela dos chamados direitos e interesses difusos e coletivos, pois a Lei da Ação Civil Pública preencheu uma importante lacuna do sistema do processo civil, que, ressalvado o âmbito da ação popular, só dispunha, até

⁷¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*; tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 17-18.

⁷² ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. Tese. Porto Alegre. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2005, p. 21-22.

⁷³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. Tese. Porto Alegre. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2005, p. 22.

então, de meios para tutelar direitos subjetivos individuais.⁷⁴

Hugo Nigro Mazzilli afirma que a defesa dos interesses de grupos começou a ser sistematizada no Brasil com o advento da Lei nº 7.347/85 (LACP) e, em seguida, com Lei nº 8.078/90 (CDC), que distinguiu os interesses transindividuais em difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos⁷⁵.

Independentemente do momento de surgimento dos direitos coletivos e de sua tutela, certo é que a disciplina ganhou contornos próprios a partir do final do século XX, com a preocupação de se proteger os direitos ligados à metaindividualidade, tais como os relativos ao consumidor, ao ambiente, à criança, ao adolescente e aos deficientes.

Afirma Almeida que as principais dimensões constitucionais do Direito Coletivo seriam⁷⁶: o ambiente, consumidor, saúde pública, segurança pública, crianças e adolescentes, idosos, indígenas, portadores de necessidades especiais, minorias e grupos vulneráveis, probidade administrativa e patrimônio público como espécies de Direito Coletivo, Direito Penal Coletivo, Educação, entre outros.

De outro lado, cumpre esclarecer ainda que os direitos coletivos são direitos fundamentais, pois além de historicamente, estarem localizados, principalmente, no contexto dos direitos fundamentais de segunda e terceira dimensão, materialmente, fazem parte do núcleo mínimo de direitos essenciais à vida com dignidade e a concretização da promessa constitucional de solidariedade social.

Almeida, nesta senda de entendimento, define os direitos coletivos como direitos fundamentais que fazem parte da teoria constitucional:

Direito Coletivo pode ser conceituado como parte integrante da teoria constitucional dos direitos fundamentais, que compõe um dos blocos do sistema jurídico brasileiro e se integra pelo conjunto de princípios, garantias e regras disciplinadoras dos direitos ou interesses difusos, dos direitos e interesses coletivos em sentido restrito, dos direitos e interesses individuais homogêneos e dos interesses objetivos coletivos legítimos.⁷⁷

Além da fundamentação acima, outro fator que justifica a fundamentalidade dos

⁷⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. Tese. Porto Alegre. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2005, p. 34.

⁷⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 49.

⁷⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo: Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008, p. 489-568.

⁷⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo: Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008, p. 437.

direitos coletivos é o fato de estarem inseridos formalmente no Título II, Capítulo I, da Constituição Federal ao lado de outros direitos fundamentais de natureza individual, conforme registrado por Almeida.

A análise da natureza jurídica é imprescindível para a compreensão do fenômeno estudado. No caso em questão, o Direito Coletivo brasileiro possui natureza jurídica de direito constitucional fundamental, pois está inserido no sistema jurídico brasileiro, ao lado do Direito Individual, dentro da teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais (Título II, Capítulo I, da CF/88).⁷⁸

Por outro lado, os direitos coletivos, como os outros direitos de natureza fundamental, também são regidos pelo princípio da não taxatividade e inexaurabilidade, devendo o intérprete ao analisar tais direitos imprimir leitura aberta e ampliativa.

O fato de o Direito Coletivo, em sentido amplo, pertencer, no Brasil, à teoria dos direitos constitucionais fundamentais impõe que se imprima à expressão uma leitura aberta e ampliativa, própria da interpretação dos direitos constitucionais fundamentais do pós-positivismo. Destarte, a cláusula constitucional Direito Coletivo (Título II, Capítulo I, da CF/88) abrange os direitos e interesses difusos, os direitos e interesses coletivos em sentido restrito e os direitos e interesses individuais homogêneos, integrando também, em um plano geral e abstrato, o conjunto de garantias, regras e princípios que compõem o direito coletivo positivado no País, bem como e especialmente a Constituição, cuja proteção, em abstrato e na forma concentrada, é uma exigência do constitucionalismo brasileiro e se legitima por um inquestionável interesse coletivo objetivo legítimo.⁷⁹

José Afonso da Silva ao comentar os direitos coletivos afirma que não houve adequada explicação do que seriam tais direitos coletivos⁸⁰. Contudo, tal omissão não prejudica em nada a teoria dos direitos coletivos fundamentais, pois a interpretação extensiva e ampliativa de tais direitos é plenamente compatível e recomendável no Estado Democrático de Direito⁸¹.

A visão aberta de tais direitos permite com tranquilidade a localização de inúmeros

⁷⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo: Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008, p. 434)

⁷⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de; ALMEIDA, Flávia Vigatti Coelho de. *Os Direitos ou Interesses Coletivos no Estado Democrático de Direito Brasileiro*. In: Aziz Tuffi Saliba; Gregório Assagra de Almeida; Luiz Manoel Gomes Júnior (organizadores). *Direitos Fundamentais e sua Proteção nos Planos Interno e Internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010, p. 230-231.

⁸⁰ Sobre o assunto nesses termos se expressa o autor: “A rubrica do Capítulo I do Título II anuncia uma especial categoria dos direitos fundamentais: os coletivos, mas nada mais diz a seu respeito. Onde estão, nos incisos do art.5º, esses direitos coletivos?” SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 197-198

⁸¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de; ALMEIDA, Flávia Vigatti Coelho de. *Os Direitos ou Interesses Coletivos no Estado Democrático de Direito Brasileiro*. In: Aziz Tuffi Saliba; Gregório Assagra de Almeida; Luiz Manoel Gomes Júnior (organizadores). *Direitos Fundamentais e sua Proteção nos Planos Interno e Internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010, p. 230.

direitos fundamentais coletivos ao longo do texto constitucional, conforme resenhado também por José Afonso da Silva:

Muitos desses direitos coletivos sobrevivem ao longo do texto constitucional, caracterizados, na maior parte, com direitos sociais, como a liberdade de associação profissional e sindical (arts.8º e 37, VI, o direito de greve (arts.9º e 37, VII), o direito de participação de trabalhadores e empregadores nos colegiados públicos (art.10), a representação de empregados junto aos empregadores (art.11), o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art.225); ou caracterizados como instituto de democracia direta nos arts.14, I, II e III, 27, § 4º, 29, XIII, e 61, § 2º; ou, ainda, como instituto de fiscalização financeira, no art.31, § 3º. Apenas as liberdades de reunião e de associação (art.5º XVI a XX), o direito de entidades associativas de representar seus filiados (art.5º, XXI) e os direitos de receber informações de interesse coletivo (art.5º, XXXIII) e de petição (art.5º, XXXIV, *a*) restaram subordinados à rubrica dos direitos coletivos. Alguns deles não são propriamente direitos coletivos. Alguns deles não são propriamente direitos coletivos, mas *direitos individuais de expressão coletivo*, com as liberdades de reunião e de associação.⁸²

O artigo 5º, § 2º da Constituição Federal é uma norma que deixa claro que os direitos fundamentais coletivos expressos no texto magno significam um rol meramente exemplificativo, pois a Constituição não exclui outros direitos fundamentais coletivos implícitos, decorrentes de tratados internacionais e do regime democrático. Nesta direção é a lição de Almeida:

Observa-se que o art.5º, parágrafo 2º, da CF, quando dispõe que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime democrático e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, deixa claro que a relação dos direitos difusos apresentados expressamente na Constituição é meramente exemplificativa. Podem ser extraídos outros direitos difusos do próprio espírito do Texto Maior e de outras normas jurídicas compatíveis com o Estado Democrático de Direito e em vigência no Brasil.⁸³

A fundamentalidade e a coletividade dos direitos justificaria até reformulação do modelo clássico da *summa divisio* Direito Privado X Direito Público que vigora desde o Direito Romano, pois esse modelo teórico autoritário (que pregava separação total entre a sociedade e o Estado) não foi recepcionado pela Constituição Federal⁸⁴. Não há

⁸² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 197-198.

⁸³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: Um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 489.

⁸⁴ Sobre o tema Gregório Assagra diz: “A *summa divisio* Direito Público e Direito Privado não foi recepcionada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A *summa divisio* constitucionalizada no País é

compatibilidade da clássica *summa divisio* com o Estado Democrático de Direito, pois aqui o indivíduo não é um elemento separado do Estado, mas faz parte do Estado e participa ativamente da tomada de decisões.

Não restam dúvidas de que o reconhecimento e a tutela dos direitos coletivos fundamentais é premissa máxima para consolidação de um Estado Democrático de Direito que busca efetivamente a transformação da realidade social e concretização da justiça material.

Visto que os direitos coletivos são direitos fundamentais essenciais à transformação da realidade social e a justiça material, de outro lado, cumpre esclarecer que tais direitos denominados transindividuais, metaindividuais, coletivos *lato sensu* ou supraindividuais se subdividem.

Neste espeque, a primeira classificação da doutrina subdivide os direitos coletivos *lato sensu* em direitos naturalmente/essencialmente coletivos, representados pelos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, que são marcados pela indivisibilidade de seu objeto, de um lado. E *acidentalmente coletivos*⁸⁵, que seriam direitos divisíveis, de natureza individual homogênea, do outro lado.

José Carlos Barbosa Moreira afirma que os direitos essencialmente coletivos têm

Direito Coletivo e Direito Individual. Chega-se a essa conclusão porque o texto constitucional de 1988 rompeu com a *summa divisio* clássica ao dispor, no Capítulo I do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, sobre os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. Dessa forma, considerando que no contexto do constitucionalismo democrático os direitos e garantias constitucionais fundamentais contêm valores que devem irradiar todo o sistema jurídico de forma a constituírem-se a essência e a base que vincula e orienta a atuação do legislador constitucional, do legislador infraconstitucional, do administrador, da função jurisdicional e até mesmo do particular, conclui-se que no contexto do sistema jurídico brasileiro a dicotomia Direito Público e Direito Privado não se sustenta.” (ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo: Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008, p. 437-438)

⁸⁵ A respeito do tema Barbosa Moreira diz que: “a) Em muitos casos, o interesse em jogo, comum a uma pluralidade indeterminada (e praticamente indeterminável) de pessoas, não comporta decomposição num feixe de interesses individuais que se justapusessem como entidades singulares, embora análogas. Há, por assim dizer, uma comunhão indivisível de que participam todos os interessados, sem que se possa discernir, sequer idealmente, onde acaba a quota de um e onde começa a de outro. Por isto mesmo instaura-se entre os destinos dos interessados tão firme união que a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos; e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, ipso facto, lesão a inteira coletividade. Designaremos essa categoria pela expressão “interesses essencialmente coletivos”. b) Noutras hipóteses, é possível, em linha de princípio, distinguir interesses referíveis individualmente aos vários membros da coletividade atingida, e não fica excluída a priori a eventualidade de funcionarem os meios de tutela em proveito de uma parte deles, ou até de um único interessado, nem a de desembocar o processo na vitória de um ou de alguns e, simultaneamente, na derrota de outro ou de outros. O fenômeno adquire, entretanto, dimensão social em razão do grande número de interessados e das graves repercussões na comunidade; numa palavra: do “impacto de massa”. Motivos de ordem prática, ademais, tornam inviável, inconveniente ou, quando menos, escassamente compensadora, pouco significativa nos resultados, a utilização em separado dos instrumentos comuns de proteção jurídica, no tocante a cada uma das parcelas, consideradas como tais. Para distinguir do anteriormente descrito este gênero de fenômeno, falaremos, a seu respeito, de “interesses acidentalmente coletivos”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Editora Saraiva, 1984, p. 193)

como característica intrínseca e necessária a unitariedade, ao passo que os direitos acidentalmente coletivos podem ser regidos por tal característica, que não lhe é atributo obrigatório:

Tratando-se de interesses essencialmente coletivos, em relação aos quais só é concebível um resultado uniforme para todos os interessados, fica o processo necessariamente sujeito a uma disciplina caracterizada pela unitariedade. Já nos casos de interesses acidentalmente coletivos, uma vez que em princípio se tem de admitir a possibilidade de resultados desiguais para os diversos participantes, a disciplina unitária não deriva em absoluto de uma necessidade intrínseca. Pode acontecer que o ordenamento jurídico, por motivos de conveniência, estenda a essa categoria, em maior ou menor medida, a aplicação das técnicas da unitariedade; esse, porém, é um dado contingente, que não elimina a diferença, radicada na própria natureza das coisas.⁸⁶

Não obstante alguns autores entenderem em sentido contrário⁸⁷, a rigor, parece que os direitos individuais homogêneos não são direitos de natureza transindividual, são considerados coletivos apenas para fins de tutela jurisdicional⁸⁸.

Desta forma, apenas para os fins de proteção coletiva, a nomenclatura direitos coletivos *lato sensu* é o gênero que comporta com espécies: Direitos Difusos, Direitos Coletivos em sentido estrito e Direitos Individuais Homogêneos.

O Código de Defesa do Consumidor, com o objetivo de materializar a *summa divisio* constitucionalizada de direitos fundamentais coletivos, estabeleceu em seu artigo 81 as bases conceituais de proteção coletiva, nos seguintes termos:

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

⁸⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Editora Saraiva, 1984, p. 193.

⁸⁷ Hermes Zaneti ensina: “Em verdade procuraremos abordar o tema explicitando o que se entende hoje no Brasil por direitos coletivos *lato sensu*, subdividindo estes em direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos.” (ZANETI JUNIOR, Hermes. *Direitos Coletivos Lato Sensu: A Definição Conceitual dos Direitos Difusos, dos Direitos Coletivos Stricto Sensu e dos Direitos Individuais Homogêneos*. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/>. Acesso em 29 maio 2014)

⁸⁸ Gregório Assagra diz: “Trata-se de direitos individuais que são considerados coletivos somente no plano processual e recebem esse tratamento justamente em decorrência da origem comum que detêm e do interesse social que justifica a sua tutela processual por intermédio de uma única ação, de forma que se possa evitar decisões contraditórias e o acúmulo de muitas demandas individuais com a mesma causa de pedir e pedido, além de garantir a efetividade desses direitos mesmo diante da dispersão das vítimas”. (ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: Um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 481)

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.⁸⁹

Os direitos difusos, segundo a norma, são os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Nos dizeres de Hugo Nigro Mazzilli “são como um feixe ou conjunto de interesses individuais de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontrem unidas por circunstâncias de fato conexas”⁹⁰.

Almeida diz que no plano do direito, observa-se que a expressão difuso, no sentido de direito ou interesse, significa espécie de direito de dimensão coletiva pertencente a uma comunidade de pessoas indeterminadas e indetermináveis, mas que é de um e de todos ao mesmo tempo⁹¹. Ressaindo de tal conceito o aspecto objetivo e o aspecto subjetivo do direito.

No que tange ao aspecto objetivo, nota-se que os direitos difusos exigem indivisibilidade do objeto, que faz presumir que os mesmos devem ser considerados com um todo unitário, acarretando conseqüentemente, provimentos jurisdicionais uniformes para toda a comunidade envolvida na relação jurídica.

Barbosa Moreira diz que:

Não se trata de uma justaposição de litígios menores, que se reúnem para formar um litígio maior. O seu objeto é por natureza indivisível, já que é impossível satisfazer o interesse de um dos membros da coletividade sem ao mesmo tempo satisfazer o direito ou interesse de toda a coletividade, e vice-versa: não é possível a proteção sem que essa rejeição afete necessariamente a coletividade como tal. Se quiserem um exemplo, podemos mencionar o caso de um litígio que se forma a propósito de uma mutilação de paisagem. É impensável pensar na solução, seja qual for, aproveite a alguns e não aproveite a todos os membros da dessa coletividade.⁹²

Por outro lado, os direitos difusos possuem como característica subjetiva a indeterminabilidade dos titulares, ou seja, não é possível individualizar quem são os sujeitos

⁸⁹ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. 11 set. 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em 10 jul. 2014

⁹⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 53.

⁹¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo: Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008, p. 481.

⁹² MOREIRA, José Carlos Barbosa, apud, ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. Tese. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005, p. 44.

detentores de tais direitos. Nos dizeres de Gomes Júnior⁹³ os direitos difusos possuem “alcance de uma cadeia abstrata de pessoas: não há como determinar com precisão os seus titulares”.

Sobre tal característica é impossível discordar de Mazzilli⁹⁴, pois não tem como individualizar as pessoas lesadas com o derramamento de grandes quantidades de petróleo na Baía de Guanabara ou com a devastação da Floresta Amazônica ou mesmo com uma propaganda enganosa divulgada pelo rádio e pela televisão.

Os titulares dos direitos difusos são unidos por circunstâncias de fato extremamente mutáveis, pois entre eles não existe nenhuma relação jurídica consolidada. Não há nenhum vínculo associativo⁹⁵. O que lhes une é puramente e simplesmente um vínculo fático.

Os interesses difusos, de ordinário, não se apresentam jungidos a um vínculo jurídico básico, mas a situações contingenciais, e daí deriva a consequência deles serem mutáveis como essas mesmas situações de fato; e mesmo, podem fenecer e desaparecer, acompanhando o declínio e extinção daquelas situações. Pela mesma razão, podem reaparecer mais adiante, se e quando se apresentarem fatores suficientes para tal.⁹⁶

Com base nos elementos citados, Zaneti Júnior conceitua direitos difusos nos seguintes termos:

Assim, tem-se por direitos difusos (art. 81, § único, I, do CDC e art. 1º, I, do CM) aqueles transindividuais (metaindividuais, supraindividuais, pertencentes a vários indivíduos), de natureza indivisível (só podem ser considerados como um todo), e cujos titulares sejam pessoas indeterminadas (ou seja, indeterminabilidade dos sujeitos, não há individuação) ligadas por circunstâncias de fato, não existe um vínculo comum de natureza jurídica.⁹⁷

Além desses caracteres, tais direitos são marcados por alta conflituosidade interna, ou seja, entre os titulares dos direitos difusos existe divergência de ideias, enquanto alguns concordam com sua defesa, outra parte da comunidade diverge, não aceitando aquele ponto de

⁹³ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. São Paulo: Editora SRS, 2008, p. 9.

⁹⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 54

⁹⁵ Luiz Manoel Gomes Júnior diz que “umas das características do direito difuso é a ausência de vínculo associativo: não há necessidade de uma ligação, uma “affectio societatis” entre os seus titulares ou beneficiários”. (GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. São Paulo: Editora SRS, 2008, p. 9)

⁹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: Conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 105.

⁹⁷ ZANETI JUNIOR, Hermes. *Direitos Coletivos Lato Sensu: A Definição Conceitual dos Direitos Difusos, dos Direitos Coletivos Stricto Sensu e dos Direitos Individuais Homogêneos*. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/>. Acesso em 29 maio 2014.

vista. Mancuso⁹⁸ diz que a marcante conflituosidade dos direitos coletivos deriva do fato de que tais interesses envolvem escolhas de caráter político, o que permite toda sorte de posicionamentos divergentes.

Tal fato pode ser demonstrado na abertura de uma fábrica que poluirá o meio ambiente (direito difuso), para a maioria da comunidade aquela fábrica não poderá continuar degradando tal patrimônio difuso. Outros, com visão mais imediatista, visando o desenvolvimento econômico e a manutenção de vários empregos para os moradores do local entendem que a proteção deve ser em relação a esses direitos em detrimento do meio ambiente⁹⁹.

Sem desconsiderar outros direitos de natureza difusa, pode-se afirmar que são direitos difusos: o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado; o direito do consumidor não ser alvo de publicidade enganosa e nem abusiva; o direito da comunidade sobre a integralidade do patrimônio público em sentido amplo, abrangendo o erário, o patrimônio cultural, moral, ecológico, entre outros¹⁰⁰.

Para esclarecer o conceito, fazemos nosso o exemplo de violação a direito difuso citado por Eduardo Arruda Alvim¹⁰¹ consistente, na veiculação de propaganda enganosa via televisão ou jornal. Atinge-se um número indeterminado de pessoas, ligadas por circunstâncias de fato (estarem assistindo à propaganda via televisão ou lendo o mesmo jornal). O bem jurídico tutelado, doutra parte, é indivisível: basta uma única veiculação da propaganda para que todos consumidores sintam-se ofendidos. E, ademais, a retirada da

⁹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: Conceito e legitimação para agir*. 7. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 109.

⁹⁹ Gomes Júnior diz que a potencial e abrangente conflituosidade: “advém do superdimensionamento do Estado, cuja atuação se entrelaça com as atividades empresariais, e do emprego da mais avançada tecnologia, gerando frustrações em determinados meios sociais, como, por exemplo, o desenvolvimento imediatista (a qualquer custo) em detrimento da ecologia”. (GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. São Paulo: Editora SRS, 2008, p. 9)

¹⁰⁰ Gregório Assagra, citando Celso Antônio Pacheco Fiorillo, afirma que o “autor indica no texto constitucional vários dispositivos que fundamentam os direitos difusos, tendo em vista que assumem a característica de direitos transindividuais, de natureza indivisível, cujos titulares são pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato. Seriam, dentre outros, os seguintes dispositivos: art.5º, caput – proibição do preconceito de origem, cor e raça; art.170, III – a função social da propriedade; art.7º, XXII – a redução de riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança; arts.205, 215, 216 e 219, dentre outros – educação, cultura e tecnologia; arts.196 e 200 – o sistema único de saúde; art.225 – política urbana e meio ambiente; art.1º, IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; arts.5º, XXXII, 170, V, e 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – proteção e defesa do consumidor; arts.226 a 230 – a família, a criança, o adolescente, e o idoso; arts.220 a 224 – a comunidade social (direito de antena)”. (FIORILLO, Celso Antônio Pacheco, apud, ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: Um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 488-489)

¹⁰¹ ALVIM, Eduardo Arruda. *Noções Gerais sobre o Processo das Ações Coletivas*. Disponível em <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero4/artigo4.htm>. Acesso em 29 maio 2014.

propaganda da televisão ou do jornal, por ser enganosa, acaba por beneficiar todos os consumidores.

Já em relação aos direitos coletivos em sentido estrito, o artigo 81, inciso II, do CDC diz que são “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”.

Na mesma direção do preceito legal Zaneti Júnior¹⁰² afirma que os direitos coletivos *stricto sensu* (art. 81, § único, II do CDC, e art. 1º, II do CM) foram classificados como direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas (indeterminadas, mas determináveis, frise-se, enquanto grupo, categoria ou classe) ligadas entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base.

Da mesma forma que os direitos difusos, os coletivos também possuem atributos subjetivos e objetivos. Sob o prisma subjetivo, pode-se afirmar que possuem sujeitos indeterminados, mas determináveis¹⁰³. Não é possível, num primeiro momento, saber quem são os titulares, mas é possível constatar que pertencem a grupo, categoria ou classe.

Em relação ao aspecto objetivo, da mesma forma que nos direitos difusos, “por serem transindividuais e metaindividuais, são indivisíveis e indistinguíveis”¹⁰⁴. É importante notar ainda que nos direitos coletivos, ao contrário dos direitos difusos, existe uma maior proximidade e maior comunhão de ideias, gerando nos dizeres de Celso Ribeiro de Bastos “um vínculo jurídico básico, uma geral *affectio societatis*, que une todos os indivíduos”¹⁰⁵.

A ligação dos membros do grupo, classe ou categoria entre si ou com parte contrária ocorre em razão de uma relação jurídica básica, que pode ocorrer pelo afeto existente entre os membros, ou ligação com a parte contrária. Em relação ao tema é a lição de Zaneti:

Nesse particular cabe salientar que essa relação jurídica base pode se dar entre os membros do grupo “*affectio societatis*” ou pela sua ligação com a “parte contrária”. No primeiro caso temos os advogados inscritos na Ordem

¹⁰² ZANETI JUNIOR, Hermes. *Direitos Coletivos Lato Sensu: A Definição Conceitual dos Direitos Difusos, dos Direitos Coletivos Stricto Sensu e dos Direitos Individuais Homogêneos*. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/>. Acesso em 29 maio 2014.

¹⁰³ Gregório Assagra diz: “No mesmo sentido do CDC, os direitos coletivos são, sob o aspecto subjetivo, pertencentes a um grupo, categoria ou classe de pessoas indeterminadas, mas determináveis”. (ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo: Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008, p. 483)

¹⁰⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo: Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008, p. 483.

¹⁰⁵ BASTOS, Celso Ribeiro, apud, ALMEIDA, João Batista. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 35.

dos Advogados do Brasil (ou qualquer associação de profissionais); no segundo, os contribuintes de determinado imposto.¹⁰⁶

Destaca-se ademais, que o vínculo jurídico entre as partes ou com a parte contrária é regido pelo princípio da anterioridade¹⁰⁷. Desta forma, não é possível que a relação jurídica nasça da lesão ou ameaça de lesão ao direito, conforme magistério de Kazuo Watanabe:

Essa relação jurídica base é a preexistente à lesão ou ameaça de lesão do interesse ou direito do grupo, categoria ou classe de pessoas. Não a [sic] relação jurídica nascida da própria lesão ou ameaça de lesão. Os interesses ou direitos dos contribuintes, por exemplo, do imposto de renda constituem um bom exemplo. Entre o fisco e os contribuintes já existe uma relação jurídica base, de modo que, à adoção de alguma medida ilegal ou abusiva, será perfeitamente factível a determinação das pessoas atingidas pela medida. Não se pode confundir essa relação jurídica base preexistente com a relação jurídica originária da lesão ou ameaça de lesão.¹⁰⁸

Além dos caracteres descritos, os direitos coletivos, tem baixa conflituosidade interna, na medida em que existe um vínculo jurídico comum e preexistente entre as partes que faz com que, geralmente, eles busquem a mesma finalidade. A título de exemplo, pode-se afirmar com certeza que todos os advogados da OAB/SP inscritos no convênio de prestação serviços jurídicos gratuitos querem receber os honorários do Estado, em razão dos serviços prestados, sem quaisquer descontos tributários derivados de fatos alheios a prestação de serviço¹⁰⁹. Seguramente não há qualquer conflituosidade interna, pois todos os advogados conveniados querem trabalhar e receber, sem que haja retenção ilegal dos valores.

¹⁰⁶ ZANETI JUNIOR, Hermes. *Direitos Coletivos Lato Sensu: A Definição Conceitual dos Direitos Difusos, dos Direitos Coletivos Stricto Sensu e dos Direitos Individuais Homogêneos*. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/>. Acesso em 29 maio 2014.

¹⁰⁷ Exemplificando, Hermes Zaneti afirma ainda que: “Cabe ressaltar que a relação-base necessita ser anterior à lesão (caráter de anterioridade). No caso da publicidade enganosa, a “ligação” com a parte contrária também ocorre, só que em razão da lesão e não de vínculo precedente, o que a configura como direito difuso e não coletivo stricto sensu (propriamente dito)”. (ZANETI JUNIOR, Hermes. *Direitos Coletivos Lato Sensu: A Definição Conceitual dos Direitos Difusos, dos Direitos Coletivos Stricto Sensu e dos Direitos Individuais Homogêneos*. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/>. Acesso em 29 maio 2014)

¹⁰⁸ WATANABE, Kazuo et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do Anteprojeto*. Rio Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 822.

¹⁰⁹ “A OAB de São Paulo obteve liminar, esta semana, em Mandado de Segurança Coletivo contra a retenção de honorários pelo Cadastro Informativo dos Créditos não Quitados de Órgãos e Entidades Estaduais (Cadin). A liminar, conquistada na 12ª Vara Cível Federal, irá beneficiar 45.587 advogados inscritos no convênio de assistência judiciária firmado entre a OAB paulista e a Defensoria Pública de São Paulo. A juíza Elizabeth Leão afirmou que a liminar é válida “para que não seja retido o pagamento de honorários advocatícios por serviços prestados no convênio da assistência judiciária, a qualquer advogado inscrito nos quadros da impetrante e descrito na lista juntada com a inicial, que, eventualmente, tenha débito perante a Fazenda do Estado de São Paulo”. BRASIL. Disponível em www.conjur.com.br/2010-jul-23/oab-sp-liminar-evitar-retencao-honorarios-cadin. Acesso em 22 jun. 2014.

A demonstração da ausência de conflituosidade interna é latente também no caso de aumento de mensalidades escolares¹¹⁰, pois certamente toda a classe de estudantes concorda que não deve haver aumento abusivo das mensalidades escolares.

Para concluir as ponderações sobre os direitos coletivos em sentido estrito, esclarecedores são os exemplos citados por Pedro Lenza:

a) aumento ilegal das prestações de um consórcio: o aumento não será mais ou menos ilegal para um ou outro consorciado. (...) Uma vez quantificada a ilegalidade (comum a todos), cada qual poderá individualizar o seu prejuízo, passando a ter, então, disponibilidade do seu direito. Eventual restituição caracterizaria proteção a interesses individuais homogêneos; b) os direitos dos alunos de certa escola de terem a mesma qualidade de ensino em determinado curso; c) o interesse que aglutina os proprietários de veículos automotores ou os contribuintes de certo imposto; d) a ilegalidade do aumento abusivo das mensalidades escolares, relativamente aos alunos já matriculados; e) o aumento abusivo das mensalidades de planos de saúde, relativamente aos contratantes que já firmaram contratos; (...) g) o dano causado a acionistas de uma mesma sociedade ou a membros de uma associação de classe (...); h) contribuintes de um mesmo tributo; prestamistas de um sistema habitacional; (...) i) moradores de um mesmo condomínio.¹¹¹

Em relação aos direitos individuais homogêneos, o artigo 81, inciso III, do CDC, estabelece que interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Os direitos individuais homogêneos são acidentalmente coletivos, pois ao contrário dos direitos essencialmente coletivos, não objetivam tutelar direitos coletivos indivisíveis, mas sim, diversos direitos subjetivos determinados e divisíveis.

¹¹⁰ A súmula 643 do STF diz que: “O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública cujo fundamento seja a ilegalidade de reajuste de mensalidades escolares”. Gregório Assagra fala sobre tal assunto, concluindo que é direito coletivo em sentido estrito, nos seguintes termos: “Consta da motivação do acórdão do STF, Rel. Min. Maurício Correia, que a reconheceu a legitimidade ativa do Ministério Público para o ajuizamento de ACP, com a finalidade alcançar a observância, pelas escolas particulares, das normas sobre das mensalidades escolares estabelecidas pelo Conselho Estadual de Educação, que os interesses defendidos no recurso seriam homogêneos pela origem comum, por ser decorrentes de uma mesma origem, qual seja, a cobrança das mensalidades escolares de forma abusiva (RE n.º163.231-3/SP, j. em 26.02.97). Portanto, não tendo a ACP, na hipótese visando a reparação na esfera individual de cada um dos respectivos alunos e verificando-se que o que se pretendia era uma decisão que beneficiasse indistintamente todos os alunos, conclui-se que o direito no caso era coletivo em sentido restrito e não se tratava de tutela de direitos ou interesses individuais homogêneos”. (ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo: Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008, p. 486)

¹¹¹ LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 100-101.

Nas palavras de Zavascki¹¹² “na essência e por natureza, os direitos individuais homogêneos, embora tuteláveis coletivamente, não deixam de ser o que realmente são: genuínos direitos subjetivos individuais”.

Da mesma forma que os outros direitos tutelados coletivamente, os individuais homogêneos possuem caracteres subjetivos e objetivo. Subjetivamente, quer dizer que os direitos têm titulares individualizados, ainda que num primeiro momento não se consiga definir a titularidade, posteriormente será particularizado. Isso significa que os sujeitos são determinados ou determináveis, em outras palavras, já sabemos quem são os titulares desde o início do processo ou descobriremos até o momento da liquidação/execução de sentença.

Usando dos critérios do CDC, extrai-se que, pelo aspecto subjetivo, os direitos ou interesses individuais homogêneos têm como titulares pessoas perfeitamente individualizadas, que podem ser indeterminadas, mas facilmente determináveis.¹¹³

Sobre o aspecto objetivo, continua Almeida¹¹⁴ dizendo que pelo caráter predominantemente individualizado são eles divisíveis e distinguíveis entre seus titulares. Ademais, um dos fatores que contribui para a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos seria a existência de uma tese jurídica comum e geral a todos os interessados. O que liga os titulares do direito é a circunstância fática comum que gerará direitos subjetivos individuais. Neste aspecto o direito individual homogêneo se aproxima dos direito difusos, na medida em que geralmente nascem ligados pelas mesmas circunstâncias.

Pelo aspecto origem são eles de origem comum. Em relação à origem em comum é que há ponto de semelhanças entre os direitos ou interesses individuais homogêneos e os direitos ou interesses difusos, pois ambas as categorias, diferentemente dos direitos coletivos em sentido estrito, em que se exige prévia relação jurídica-base, geralmente nascem ligadas pelas mesmas circunstâncias, não obstante sejam, quanto à titularidade e ao objeto, totalmente distinguíveis.¹¹⁵

Exemplificando os direitos individuais homogêneos, é o magistério de Pedro Lenza:

¹¹² ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. Tese. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005, p. 42.

¹¹³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo: Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008, p. 485.

¹¹⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo: Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008, p. 485.

¹¹⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo: Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008, p. 485.

a) os compradores de carros de um lote com o mesmo defeito de fabricação (a ligação entre eles, pessoas determinadas, não decorre de uma relação jurídica, mas, em última análise, do fato de terem adquirido o mesmo produto com defeito de série); b) o caso de uma explosão do Shopping de Osasco, em que inúmeras vítimas sofreram danos; c) danos sofridos em razão do descumprimento de obrigação contratual relativamente a muitas pessoas; d) um alimento que venha gerar a intoxicação de muitos consumidores; e) danos sofridos por inúmeros consumidores em razão de uma prática comercial abusiva (...); f) sendo determinados, os moradores de sítios que tiveram suas criações dizimadas por conta da poluição de um curso d'água causada por uma indústria; (...) k) prejuízos causados a um número elevado de pessoas em razão de fraude financeira; l) pessoas determinadas contaminadas com o vírus da AIDS, em razão de transfusão de sangue em determinado hospital público.¹¹⁶

Não obstante os exemplos colacionados por Lenza auxiliarem na compreensão da matéria, é importante deixar claro que a definição dos direitos coletivos *lato sensu* deve ser analisada caso a caso, haja vista que um mesmo fato pode receber simultaneamente tutela de natureza difusa, coletiva em sentido estrito e individual homogênea. Por exemplo, a propaganda enganosa de um medicamento que faz mal para a saúde. A retirada da propaganda dos meios televisivos, bem como a reparação por danos causados a saúde das pessoas que utilizaram o medicamento objeto da propaganda podem ser pleiteadas simultaneamente.

Nelson Nery Júnior, neste sentido afirma que:

O acidente com o Bateau Mouche IV, que teve lugar no Rio de Janeiro no final de 1988, poderia abrir oportunidades para a propositura de ação individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (direito individual), ação de indenização em favor de todas as vítimas ajuizada por entidade associativa (direito individual homogêneo), ação de obrigação de fazer movida por associação das empresas de turismo que têm interesse na manutenção da boa imagem desse setor da economia (direito coletivo), bem como ação ajuizada pelo Ministério Público, em favor da vida e segurança das pessoas, para que seja interdita a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes (direito difuso). Em suma, o tipo de pretensão é que classifica um direito ou interesse como difuso, coletivo ou individual.¹¹⁷

Para concluir o tema, perfeitamente cabível comparações feitas por Zavascki¹¹⁸ no quadro Abaixo:

¹¹⁶ LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 101.

¹¹⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 112.

¹¹⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. Tese. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005, p. 41-43.

DIREITOS	<i>Difusos</i>	<i>Coletivos</i>	<i>Individuais Homogêneos</i>
Sob o aspecto subjetivo são:	Transindividuais , com indeterminação absoluta dos titulares (= não têm titular individual e a ligação entre os vários titulares difusos decorre de mera circunstância de fato. Exemplo: morar na mesma região).	Transindividuais , com determinação relativa dos titulares (= não têm titular individual e a ligação entre os vários titulares coletivos decorre de uma relação jurídica-base. Exemplo: o Estatuto da OAB).	Individuais : (= há perfeita identificação do sujeito, assim como da relação dele com o objeto do seu direito). A ligação que existe com outros sujeitos decorre da circunstância de serem titulares (individuais) de direitos com “origem comum”.
Sob o aspecto objetivo são:	Indivisíveis (= não podem ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares).	Indivisíveis (= não podem ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares).	Divisíveis (= podem ser satisfeitos ou lesados em forma diferenciada e individualizada, satisfazendo ou lesando um ou alguns sem afetar os demais).
Exemplo:	Direitos ao meio ambiente sadio (CF, art. 225).	Direito de classe dos advogados de ter representante na composição dos Tribunais (CF, art. 94).	Direito dos adquirentes a abatimento proporcional do preço pago na aquisição de mercadoria viciada (CDC, art. 18, §1º, III).
Em decorrência de sua natureza:	<p>a) São insuscetíveis de apropriação individual;</p> <p>b) São insuscetíveis de transmissão, seja por ato <i>inter vivos</i>, seja <i>mortis causa</i>;</p> <p>c) São insuscetíveis de renúncia ou de transação;</p> <p>d) Sua defesa em juízo se dá sempre em forma de substituição processual (o sujeito ativo da relação processual não é o sujeito ativo</p>	<p>a) São insuscetíveis de apropriação individual;</p> <p>b) São insuscetíveis de transmissão, seja por ato <i>inter vivos</i>, seja <i>mortis causa</i>;</p> <p>c) São insuscetíveis de renúncia ou de transação;</p> <p>d) Sua defesa em juízo se dá sempre em forma de substituição processual (o sujeito ativo da relação processual não é o sujeito ativo da relação de direito</p>	<p>a) Individuais e divisíveis, fazem parte do patrimônio individual do seu titular;</p> <p>b) São transmissíveis por ato <i>inter vivos</i> (cessão) ou <i>mortis causa</i>, salvo exceções (direitos extrapatrimoniais);</p> <p>c) São suscetíveis de renúncia e transação, salvo exceções (v.g., direitos personalíssimos);</p> <p>d) São defendidos em juízo, geralmente,</p>

	<p>da relação de direito material), razão pela qual o objeto do litígio é indisponível para o autor da demanda, que não poderá celebrar acordos, nem renunciar, nem confessar (CPC, 351), nem assumir ônus probatório não fixado na Lei (CPC, 333, PÚ, I);</p> <p>e) A mutação dos titulares ativos difusos da relação de direito material se dá com absoluta informalidade jurídica (basta alteração nas circunstâncias de fato).</p>	<p>material), razão pela qual o objeto do litígio é indisponível para o autor da demanda, que não poderá celebrar acordos, nem renunciar, nem confessar (CPC, 351), nem assumir ônus probatório não fixado na Lei (CPC, 333, PÚ, I);</p> <p>e) A mutação dos titulares ativos coletivos da relação jurídica de direito material se dá com relativa informalidade jurídica (basta a adesão ou a exclusão do sujeito à relação jurídica-base).</p>	<p>por seu próprio titular. A defesa por terceiro o será em forma de representação (com aquiescência do titular). O regime de substituição processual dependerá de expressa autorização em Lei (CPC, art. 6º);</p> <p>e) A mutação de pólo ativo na relação de direito material, quando admitida, ocorre mediante ato ou fato jurídico típico e específico (contrato, sucessão <i>mortis causa</i>, usucapião etc.).</p>
--	--	--	--

Pelo exposto, é possível concluir num primeiro momento que os direitos coletivos são direitos de natureza fundamental, que objetivam tutelar o ser humano na sua metaindividualidade. Constata-se ainda, que a partir do final do século XX há uma crescente preocupação em se tutelar de forma integral tais direitos, na medida em que são indispensáveis para a manutenção e garantia da existência da espécie humana com dignidade. Neste giro, partindo da premissa de proteção integral, obviamente que havendo violação aos direitos coletivos fundamentais, deve haver a reparação na tentativa de retorná-los, na medida do possível, *ao status quo ante*.

Há uma preocupação da doutrina e da jurisprudência contemporânea em sistematizar e aprofundar o estudo sobre a natureza jurídica da reparação civil por dano moral coletivo, bem como definir parâmetros para a fixação da reparação decorrente de tais violações, no contexto do Direito Processual Coletivo.

Para se chegar a um resultado concreto sobre tal investigação necessário é verificar a teoria clássica da responsabilidade civil e verificar em que medida ela pode ser utilizada para a reparação por danos extrapatrimoniais coletivos no contexto jurídico brasileiro.

3 DA REPARAÇÃO CIVIL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COLETIVOS

Em se tratando de um trabalho que objetiva verificar a possibilidade e as funções da reparação civil por danos extrapatrimoniais no contexto dos direitos fundamentais coletivos e da nova *summa divisio* constitucionalizada, depois de observada a construção teórica dos direitos fundamentais coletivos, importante se verificar em que medida a teoria clássica da responsabilidade civil pode contribuir para a construção da teoria do dano coletivo.

Assim, com a finalidade de se teorizar a responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais coletivos verifica-se no presente capítulo os elementos da responsabilidade civil tradicional e os argumentos utilizados pela doutrina e jurisprudência para rechaçar a reparação civil no caso de violação dos direitos fundamentais coletivos.

3.1 Aportes Iniciais

O homem desde os primórdios é um ser que tende a se agrupar com outros seres com o objetivo de se proteger e alcançar finalidades comuns. Onde quer o homem se encontre, seja qual for a época e por mais rude e selvagem que possa ser na sua origem, ele sempre é encontrado em estado de convivência com outros. De fato, desde o seu primeiro aparecimento sobre a Terra, surge em grupos sociais, inicialmente pequenos (família, clã, tribo) e depois maiores (aldeia, cidade, Estado)¹¹⁹.

Por mais antigo que seja o contexto, é possível observar a influência do Direito no contexto social, pois conforme dizia John Donne (1572 – 1631) “nenhum homem é uma ilha, completo em si próprio; cada ser humano é uma parte do continente, uma parte de um todo”¹²⁰.

Neste contexto plural, os homens são cercados de interesses e, conseqüentemente, de conflitos e lesões aos direitos. Desta forma, importante verificar a tutela da reparação civil desde o direito antigo até o presente momento, com o objetivo de estabelecer substratos mínimos de pré-compreensão à reparação civil por dano moral coletivo dos Direitos

¹¹⁹ BETIOLI, Antônio Bento. *Introdução ao Direito*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 03.

¹²⁰ John Donne: *Por quem os sinos dobram? Eles dobram por ti*. Disponível em <http://www.revistabula.com/1553-os-sinos-que-unem-john-donne-hemingway-e-raul-seixas/>. Acesso em 20 mar. 2014.

Fundamentais Coletivos no contexto do Processo Coletivo e do Estado Democrático de Direito.

Pois bem, a tarefa de descrever o período histórico do surgimento da responsabilidade civil é uma questão complexa. Assim, em virtude da imprecisão do surgimento do instituto, vislumbramos uma concepção de responsabilidade de forma menos tímida a partir do Direito Romano, visto que a civilização romana trouxe vasta contribuição para formação e desenvolvimento do Direito.

Naquele período, marcado pela vingança privada, não existia diferenciação entre a responsabilidade civil e penal, além de nem se cogitar a ideia de culpa, pois não interessava se o agente queria o resultado danoso. Não era feita análise da culpa do causador do dano, bastava o comportamento, objetivamente analisado.

Em pleno vigor da Lei das XII Tábuas, “olho por olho, dente por dente”, o Estado intervinha apenas para declarar quando e como a vítima teria o direito a sua vingança, conforme anotado por Maria Helena Diniz:

Posteriormente, evoluiu para uma reação individual, isto é, vingança privada, em que os homens faziam justiça pelas próprias mãos, sob a égide da Lei de Talião, ou seja, da reparação do mal pelo mal, sintetizada nas fórmulas “olho por olho, dente por dente”, “quem com ferro fere, com ferro será ferido”. Para coibir abusos, o poder público intervinha apenas para declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, produzindo na pessoa do lesante dano idêntico ao que experimentou.(...) A responsabilidade era objetiva, não dependia da culpa, apresentando-se apenas como uma reação do lesado contra a causa aparente do dano.¹²¹

Já na *Lex Aquilia de damno*, que tinha a noção clara de culpa, passou-se a impor que o patrimônio do agressor respondesse aos danos causados quando o mesmo tivesse agindo com culpa, e no caso de não haver culpa não haveria de falar em responsabilidade.

A *Lex Aquilia de damno* veio a cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse o ônus da reparação, em razão do valor da *res*, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa.¹²²

Em estágio mais avançado, ainda sem haver uma clara diferenciação entre responsabilidade civil e penal, o Estado trouxe para si a responsabilidade de intervir nos

¹²¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 10-11.

¹²² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 11.

conflitos definindo os valores dos prejuízos e obrigando a vítima a aceitar a reparação, renunciando, conseqüentemente, à vingança privada.

O Estado passou, então, a intervir nos conflitos privados, fixando o valor dos prejuízos, obrigando a vítima a aceitar a composição, renunciando vingança. Essa composição permaneceu no direito romano com o caráter de pena privada e como reparação, visto que não havia distinção nítida entre responsabilidade civil e a penal.¹²³

Além de se afastar a possibilidade de fazer justiça com as próprias mãos, nota-se naquele período a tentativa de se tarifar as indenizações, com o objetivo de trazer segurança nas relações jurídicas.

Num estágio mais avançado, quando já existe uma soberana autoridade, o legislador veda à vítima fazer justiça pelas próprias mãos. A composição econômica, de voluntária que era, passa a ser obrigatória, e, ao demais disso, tarifada. É quando, então, o ofensor paga um tanto por membro roto, por morte de um homem livre ou de um escravo, surgindo, em consequência, as mais esdrúxulas tarifações, antecedentes históricos das nossas tábuas de indenizações preestabelecidas por acidentes de trabalho.¹²⁴

Crerios para fixação dos danos e discussão sobre a tarifação de valores é discussão que se encontra presente até os dias atuais, sendo que certo que existem diversos projetos de lei que objetivam fixar quantia certa para as indenizações por dano moral¹²⁵.

Depois que o Estado assumiu a função de dizer o direito, coube a este a ação repressiva, momento em que surgiu a ação indenizatória e a responsabilidade civil tomou o lugar da responsabilidade penal.

Na Idade Média, é possível perceber a clara e nítida distinção entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal. Não obstante a contribuição de outros sistemas, “a teoria da responsabilidade civil só se estabeleceu por obra da doutrina, cuja figura dominante foi o jurista Francês Domat (*Lois Civiles, Liv.VIII, seção II, art.1º*), responsável pelo princípio geral da responsabilidade civil”¹²⁶.

¹²³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 11.

¹²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. v. IV. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 07.

¹²⁵ O Projeto de Lei 334/2008 objetiva tarifar o valor das indenizações nos seguintes termos: Em caso de morte, o valor da indenização vai variar de R\$ 41,5 mil a R\$ 249 mil. Para a hipótese de lesão corporal, será de R\$ 4,15 mil a R\$ 124,5 mil, enquanto para a ofensa à liberdade, vai variar de R\$ 8,3 mil a R\$ 124,5 mil. Em relação a ofensa à honra, o projeto estipula, por abalo de crédito, o valor de R\$ 8,3 mil a R\$ 83 mil; de outras espécies, de R\$ 8,3 mil a R\$ 124,5 mil; descumprimento de contrato, de R\$ 4,15 mil a R\$ 83 mil. BRASIL. *Projeto de Lei 334/2008*. Disponível em <http://www.senado.gov.br/publicacoes/diarios/pdf/sf/2008/09/09092008/37269.pdf>. Acesso em 03 maio 2014.

¹²⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 12.

Já num estágio posterior ao da Revolução Industrial, apesar da solidificação da noção de culpa, a teoria subjetiva encontrava-se deficiente para proteger o indivíduo dos diversos riscos criados pela humanidade. Surge então, baseada na noção de igualdade material, a teoria objetiva da responsabilidade, cujo pressuposto básico para responsabilizar o agente, é a atividade de risco, independentemente de haver culpa.

A insuficiência da culpa para cobrir todos os prejuízos, por obrigar a perquirição do elemento subjetivo na ação, e a crescente tecnização dos tempos modernos, caracterizado pela introdução de máquinas, pela produção de bens em larga escala e pela circulação de pessoas por meio de veículos automotores, aumentando assim os perigos à vida e a saúde humana, levaram a uma reformulação da teoria da responsabilidade civil dentro de um processo de humanização. Este representa uma objetivação da responsabilidade, sob a ideia de que todo risco deve ser garantido, visando a proteção jurídica à pessoa humana, em particular aos trabalhadores e as vítimas de acidentes, contra a insegurança material, e todo dano deve ter um responsável.¹²⁷

A pessoa que, por meio de exploração econômica, cria um novo risco para a sociedade deve assumir a responsabilidade de repará-lo, pois, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, “quem auferir os cômodos deve suportar os correlatos”¹²⁸. Não obstante a ideia de responsabilidade civil objetiva, no ordenamento jurídico a culpa continua sendo o principal fundamento da responsabilidade civil nos tempos atuais.

Analisado o contexto inicial e geral do desenvolvimento da responsabilidade civil, é necessário de outro lado, com o objetivo de conceder uma melhor compreensão do tema, verificar os pressupostos e as espécies de responsabilidade existentes no sistema jurídico.

A responsabilidade civil pode ser contratual ou extracontratual (aquiliana) se decorrer da violação de contrato ou de lei, respectivamente. Podendo ser classificada também, subjetiva ou objetiva, se analisar a culpa ou não respectivamente. Já a responsabilidade contratual é aquela decorrente da violação de dever jurídico estabelecido em qualquer espécie de contrato.

Uma pessoa pode causar prejuízo a outrem por descumprir uma obrigação contratual. Por exemplo: quem toma um ônibus tacitamente celebra um contrato, chamado contrato de adesão, com a empresa de transporte. Esta, implicitamente, assume a obrigação de conduzir o passageiro ao seu destino, são e salvo. Se, no trajeto, ocorre um acidente e o passageiro fica ferido, dá-

¹²⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 12.

¹²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 951.

se o inadimplemento contratual, que acarreta a responsabilidade de indenizar as perdas e danos, nos termos do art. 389 do Código Civil.¹²⁹

Lado outro, a responsabilidade extracontratual, também conhecida como aquiliana pode-se dizer que é aquela decorrente da violação de um dever jurídico estabelecido em lei. Não há pacto contratual, não havendo, conseqüentemente, qualquer vínculo jurídico convencional entre aquele que causou o dano e o lesado. Há, todavia, violação a um dever legal.

Assim, se o prejuízo decorre diretamente da violação de um mandamento legal, por força da atuação ilícita do agente infrator (caso do sujeito que bate em meu carro), estamos diante da responsabilidade extracontratual, a seguir analisada. Por outro lado, se, entre as partes envolvidas, já existia norma jurídica contratual que as vinculava, e o dano decorre justamente do descumprimento de obrigação fixada neste contrato, estaremos diante de uma situação de responsabilidade contratual.¹³⁰

Não obstante a primeira classificação diferenciar em responsabilidade contratual e extracontratual ou aquiliana, parte da doutrina, entende que não há diferença ontológica entre os institutos, nestes termos:

Ressalte-se, no entanto, que não existe na realidade uma diferença ontológica, senão meramente didática, entre responsabilidade contratual e aquiliana. Essa dualidade é mais aparente do que real. O fato de existirem princípios próprios dos contratos e da responsabilidade fora deles não altera essa afirmação. Assim é possível afirmar que existe um paradigma abstrato para o dever de indenizar. O que permite concluir por uma visão unitária acerca da responsabilidade civil.¹³¹

Os adeptos da teoria *unitária* ou *monista* defendem uma visão unitária sobre a responsabilidade civil (contratual e extracontratual), sendo que a única certeza que se teria é que existe um dever abstrato de indenizar, independentemente da modalidade de responsabilidade.

Por outro lado, já Carlos Roberto Gonçalves defende a dualidade de tratamento, pois “o Código Civil distinguiu as duas espécies de responsabilidade, disciplinando genericamente

¹²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. v. IV. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 26.

¹³⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO. Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil*. v. III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 58-59.

¹³¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Responsabilidade Civil: v. IV*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 21.

a responsabilidade extracontratual nos arts. 186 a 188 e 927 a 954; e a contratual nos arts. 389 e s. e 395 e seguintes (...)”¹³². E continua mais adiante:

Além dessas hipóteses, a responsabilidade contratual abrange também o inadimplemento ou mora relativos a qualquer obrigação, ainda que proveniente de um negócio unilateral (como o testamento, a procuração ou a promessa de recompensa) ou da lei (como a obrigação de prestar alimentos). E a responsabilidade extracontratual compreende, por seu turno, a violação dos deveres gerais de abstenção ou omissão, como os que correspondem aos direitos reais, aos direitos da personalidade ou aos direitos de autor (à chamada propriedade literária, científica ou artística, aos direitos de patente ou de invenções ou às marcas).¹³³

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho entendem haver a existência de três elementos diferenciadores básicos acerca das formas de responsabilidade civil contratual e extracontratual ou aquiliana, a saber: “a necessária preexistência de uma relação jurídica entre lesionado e lesionante; o ônus da prova quanto à culpa e; a diferença quanto à capacidade”¹³⁴.

No que tange à distinção entre responsabilidade subjetiva e objetiva, inicialmente vale destacar as palavras de José de Aguiar Dias: “No sistema da culpa, seja ela, real ou artificialmente criada, não há responsabilidade; no sistema objetivo, responde-se sem culpa, ou, melhor, esta indagação não tem lugar”¹³⁵.

Na responsabilidade civil subjetiva, o principal elemento que a difere da responsabilidade objetiva é a culpa, interpretada na concepção *lata*, sendo esta, portanto, a teoria clássica ou da culpa. Para a caracterização da responsabilidade subjetiva é necessário que o agente tenha agido com dolo ou culpa, para ocorrência do evento danoso, ou seja, não havendo culpa, inexistente é a responsabilidade.

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro desta concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.¹³⁶

Todavia, em certas situações, o ordenamento jurídico impõe o dever de reparação independentemente da existência da culpa. Referindo-se à responsabilidade objetiva,

¹³² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. v. IV. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 27.

¹³³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. v. IV. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 27.

¹³⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil*. v. III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 60.

¹³⁵ DIAS, José de Aguiar, apud, BRITTO, Marcelo Silva. Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br> - Acesso em 10 maio 2014.

¹³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. v. IV. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 30.

dispensa-se a demonstração da culpa *lato sensu* do agente, sendo necessário apenas à existência do nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável. É também chamada de teoria do risco.

A noção básica da responsabilidade civil, dentro da doutrina subjetiva, é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa – *unuscuique sua culpa nocet*. (...) Entretanto, hipóteses em que não é necessário sequer ser caracterizada culpa. Nesses casos, estaremos diante do que se convencionou chamar de “responsabilidade civil objetiva”. Segundo tal espécie de responsabilidade, o dolo ou culpa na conduta do agente causador do dano é irrelevante juridicamente, haja vista que somente será necessária a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável para que surja o dever de indenizar.¹³⁷

Ressalte-se que o instituto da culpa presumida difere-se da teoria objetiva da responsabilidade, visto que na culpa presumida não ocorre a exclusão do elemento culpa, havendo apenas uma inversão do ônus da prova, neste caso, podendo ainda, o causador do dano provar que não teve culpa para ocorrência do dano. Na teoria objetiva, não é possível comprovação de que o agente causador do dano não teve culpa, admite-se apenas o rompimento do nexo de causalidade como causa excludente do dever de indenizar.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira:

Na tese de presunção de culpa subsiste o conceito genérico de culpa como fundamento da responsabilidade civil. Onde se distânciava a concepção subjetiva tradicional e no que concerne tradicional é no que concerne ao ônus da prova. Dentro da teoria clássica da culpa, a vítima tem de demonstrar a existência dos elementos fundamentais de sua pretensão, sobressaindo o comportamento culposo do demandado. Ao se encaminhar para a especialização da culpa presumida, ocorre uma inversão do ônus *probandi*.¹³⁸

Sérgio Cavalieri Filho preceitua que o principal fundamento para a responsabilidade objetiva é a teoria do risco que se desenvolveu, sobretudo, a partir do contexto da Revolução Industrial, a saber:

Na busca de um fundamento para a responsabilidade objetiva, os juristas, principalmente na França, conceberam a *teoria do risco*, justamente no final do século XIX, quando o desenvolvimento industrial agitava o problema da reparação dos acidentes de trabalho. (...) A doutrina do risco pode ser, então, assim resumida: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo

¹³⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil*. v. III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 56-57.

¹³⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 265-266.

de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano.¹³⁹

Analisadas as espécies de responsabilidade é necessário agora verificar quais são os pressupostos ou requisitos indispensáveis para a efetivação do dever de indenizar. Os elementos essenciais para ocorrência do dever de indenizar são basicamente três: Conduta humana (ação ou omissão); Dano ou prejuízo; Nexo de causalidade.

A conduta humana, um dos elementos indispensáveis na caracterização do dever de indenizar, é o “comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. A ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico, ou subjetivo”¹⁴⁰.

Maria Helena Diniz defende que a conduta humana “vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado”¹⁴¹.

Temos como núcleo fundamental da conduta humana a “voluntariedade, que é a liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz. A voluntariedade não é necessariamente a intenção de causar o dano, mas sim, a consciência daquilo que se está fazendo”¹⁴².

Ainda no contexto da conduta humana, alguns autores defendem a indispensabilidade da culpa *lato sensu*, para que haja o dever de indenizar. Todavia, acertadamente, a doutrina mais qualificada defende que é um elemento esporádico, pois não aparecerá no caso da responsabilidade objetiva. Desta forma, não pode ser considerada como elemento indispensável na configuração do dever de indenizar, vez que, o Código Civil em alguns momentos adotou a teoria do risco.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, de que a culpa *lato sensu* não é pressuposto essencial para configurar a responsabilidade civil estabelece Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Embora mencionada no referido dispositivo de lei por meio das expressões “ação ou omissão *voluntária, negligência ou imprudência*”, a culpa (em sentido lato, abrangente o dolo) não é, em nosso entendimento, pressuposto

¹³⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 155.

¹⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 48.

¹⁴¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 37.

¹⁴² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil*. v. III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 70.

geral da responsabilidade civil, sobretudo no novo Código, considerando a existência de outra espécie de responsabilidade, que prescinde desse elemento subjetivo para a sua configuração (a responsabilidade objetiva). (...). A culpa, portanto, não é um elemento essencial, mas sim accidental, pelo que reiteramos nosso entendimento de que os elementos básicos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil são apenas três: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo, e o nexo de causalidade...¹⁴³

De outro lado, entendendo pela existência do pressuposto culpa, Carlos Roberto Gonçalves defende que da análise do art. 186 do Código Civil, é possível concluir que quatro são os elementos essenciais da responsabilidade civil, quais sejam: ação ou omissão; culpa ou dolo do agente; relação de causalidade e; dano suportado pelo ofendido¹⁴⁴.

A culpa se de um lado não pode ser considerada pressuposto indispensável para configurar a obrigação de indenizar, de outro não pode ser desprezada por completo, conforme registrado por Caio Mário da Silva Pereira:

A abolição total do conceito da culpa vai dar num resultado antissocial e amoral, dispensando a distinção entre o lícito e o ilícito, ou desatendendo à qualificação da boa ou má conduta, uma vez que o dever de reparar tanto corre para aquele que procede na conformidade da lei, quanto para aquele outro que age ao seu arrepio.¹⁴⁵

Assim, para evitar injustiças é necessário fazer uma leitura da necessidade de culpa à luz da situação concreta, pois nas atividades de risco realmente se justifica a responsabilização de forma objetiva.

O nexo de causalidade é a relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o resultado, ou seja, trata-se do vínculo, ligação entre a ação ou omissão do agente e o dano causado à vítima.

Sérgio Cavalieri explica que o nexo de causalidade decorre das leis naturais, nos seguintes termos:

O conceito de nexo causal não é jurídico; decorre das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. (...) Em suma o nexo causal é um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É através dele que poderemos concluir quem foi o causador do dano. Pode-se ainda, afirmar que o nexo de causalidade é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil. Pode haver responsabilidade sem culpa, como teremos oportunidade de ver quando

¹⁴³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil*. v. III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 66-67.

¹⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. v. IV. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 35.

¹⁴⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 391.

estudarmos a responsabilidade objetiva, mas não pode haver responsabilidade sem nexos causal.¹⁴⁶

Verificada a compreensão de nexos de causalidade, salienta-se ainda, que existem basicamente três teorias que explicam o nexos de causalidade, a saber: Teoria da equivalência dos antecedentes (*conditio sine qua non*); Teoria da causalidade adequada; Teoria da causalidade direta ou imediata.

Para primeira teoria, equivalência dos antecedentes, qualquer antecedente que tenha contribuído de alguma forma para o evento danoso é considerado causa.

Para se saber se uma determinada condição é causa, elimina-se mentalmente essa condição, através de um processo hipotético. Se o resultado desaparecer, a condição é causa, mas se persistir não o será. Destarte, condição é todo antecedente que não pode ser eliminado mentalmente sem que venha a ausentar-se o efeito.¹⁴⁷

Se fosse adotada esta teoria, cairíamos num infinito questionamento, onde quase todos seriam responsáveis por todos os danos ocorridos no mundo. A exemplo, tomemos uma pessoa que morreu em decorrência de um disparo de arma de fogo. Por essa teoria, seriam responsáveis pela morte: o agente que efetuou os disparos, o fabricante da arma, o fabricante da pólvora, o que plantou a árvore, a madeireira que extraiu a árvore para fazer a arma e assim infinitamente.

Na teoria da causalidade adequada é indispensável verificar se o antecedente causal é necessário e adequado para a ocorrência do dano, segundo o curso normal das coisas e a experiência da vida.

Antunes Varela aduz com precisão a ideia fundamental desta teoria:

A ideia fundamental da doutrina é a de que só há uma relação de causalidade adequada entre fato e dano quando o ato ilícito praticado pelo agente seja de molde a provocar o dano sofrido pela vítima, segundo o curso normal das coisas e a experiência comum da vida.¹⁴⁸

Gagliano e Pamplona Filho fazem crítica à teoria da causalidade adequada, mencionando que se ela for aplicada levará a uma discricionariedade absurda do aplicador da lei, visto que verificaria no caso concreto se o fato ocorrido seria a causa adequada do dano.

Apresenta o inconveniente de admitir um acentuado grau de discricionariedade do julgador, a quem incumbe avaliar, no plano abstrato, e

¹⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 71.

¹⁴⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 72.

¹⁴⁸ VARELA, Antunes, apud GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil*. v. IV. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 131.

segundo o curso normal das coisas, se o fato ocorrido no caso concreto pode ser considerado, realmente, causa do resultado danoso. Ademais, esta “abstração” característica da investigação do nexo causal segundo a teoria da causalidade adequada pode conduzir a um afastamento da situação concreta, posto ao acerto judicial.¹⁴⁹

Por fim, a teoria da causalidade direta ou imediata, “causa, para esta teoria seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta ou imediata”¹⁵⁰. Com o objetivo de esclarecer a teoria, Gagliano e Pamplona Filho citam como exemplo a seguinte situação:

Caio é ferido por Tício (lesão corporal), em uma discussão após a final do campeonato de futebol. Caio, então, é socorrido por seu amigo Pedro, que dirige, velozmente, para o hospital da cidade. No trajeto, o veículo capota e Caio falece. Ora, pela morte da vítima, apenas poderá responder Pedro, se não for reconhecida alguma excludente em seu favor. Tício, por sua vez, não responderia pelo evento fatídico, uma vez que o seu comportamento determinou, como efeito direto e imediato, apenas a lesão corporal.¹⁵¹

Assim, concluímos com Gustavo Tepedino que “a causa relativamente independente é aquela que, em apertada síntese, torna remoto o nexo de causalidade anterior, importando aqui não a distância temporal entre a causa originária e o efeito, mas sim o novo vínculo de necessariedade estabelecido, entre a causa superveniente e o resultado danoso. A causa anterior deixou de ser considerada, menos por ser remota e mais pela interposição de outra causa, responsável pela produção do efeito, estabelecendo-se outro nexo de causalidade”¹⁵².

O último pressuposto para configuração do dever de indenizar é o dano. O dano é o prejuízo sofrido pela vítima em decorrência do comportamento praticado pelo lesionante, pois sem dano não há que se falar em responsabilidade civil, ou como diz Roberto de Ruggiero “não há delito civil se não houver dano”¹⁵³.

Gagliano e Pamplona Filho na mesma senda de entendimento, dizem que “poderíamos então afirmar que, seja qual for a espécie da responsabilidade sob exame (contratual ou

¹⁴⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO. Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil*. v. III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 132.

¹⁵⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO. Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil*. v. III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 132.

¹⁵¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO. Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil*. v. III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 133.

¹⁵² TEPEDINO, Gustavo, apud, GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO. Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil*. v. IV. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 133.

¹⁵³ RUGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. v. 3. Campinas: Bookseller, 2005, p. 596.

extracontratual, objetiva e subjetiva), o dano é requisito indispensável para a sua configuração, qual seja, sua pedra de toque”¹⁵⁴.

O dano pode ser patrimonial/material ou extrapatrimonial/moral, a depender do direito ou interesse que for lesado. O dano patrimonial decorre da violação de bens e direitos economicamente mensuráveis, ao passo que o dano extrapatrimonial decorre da violação dos bens e direitos imateriais. Roberto de Ruggiero afirma que a violação pode ocorrer em relação aos bens materiais ou outros bens de natureza extrapatrimonial, a saber:

É indiferente que este seja no patrimônio ou em outros bens da pessoa, como os bens imateriais. Dano é sempre indenizável, a ofensa à honra, a difamação, a injúria, porque basta a perturbação feita pelo ato ilícito nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos sentimentos, nos afetos de uma pessoa, para produzir uma diminuição no gozo do respectivo direito.¹⁵⁵

Para Gagliano e Pamplona Filho o dano patrimonial é “lesão aos bens e direitos economicamente apreciáveis do seu titular. Assim ocorre quando sofremos um dano em nossa casa ou em nosso veículo”¹⁵⁶.

A reparação por dano patrimonial refere-se ao dano emergente e aos lucros cessantes. Dano emergente é o prejuízo direto experimentado pela vítima, enquanto os lucros cessantes seria aquilo que a vítima deixou de ganhar, em virtude do dano emergente.

Ainda, porém, no que tange especificamente ao dano patrimonial ou material, convém analisarmos sob dois aspectos: a) o dano emergente – correspondente ao efetivo prejuízo experimentado pela vítima, ou seja, “o que ela perdeu”; b) lucros cessantes – correspondente àquilo que a vítima deixou razoavelmente de lucrar por força do dano, ou seja, “o que ela não ganhou”.¹⁵⁷

No mesmo sentido são as lições de Carlos Roberto Gonçalves:

Dano emergente é o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima. É, por exemplo, o que o dono do veículo danificado por outrem desembolsa para consertá-lo. Representa, pois, a diferença entre o patrimônio que a vítima tinha antes do ato ilícito e o que passou a ter depois. Lucro cessante é a frustração da expectativa de lucro. É a perda de um ganho

¹⁵⁴ Santos Cifuentes afirma que: “*Para el derecho privado, además de antijurídico por haber-se contrariado una ley tomada em sentido material (cualquier norma emanada de autoridade competente), es necesario que haya un daño causado. Sin daño, en derecho privado, no hay stricto sensu acto ilícito, pues este derecho tiene por finalidad resarcir, no reprimir o punir*”. (CIFUENTES, Santos, apud, GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO. Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil*. v. IV. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 77)

¹⁵⁵ RUGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. Volume 3. Campinas: Bookseller, 2005, p. 596.

¹⁵⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO. Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil*. v. III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 82.

¹⁵⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO. Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil*. v. III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 83.

esperado. Há casos em que a indenização já vem estimada no contrato, como acontece quando se pactua a cláusula penal compensatória.¹⁵⁸

Em termos legais, a reparação civil por dano patrimonial está prevista no artigo 402 do Código Civil, que estabelece que “*salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar*”.

Já o dano moral é o reflexo da violação dos direitos sem conteúdo econômico, impossíveis, num primeiro momento, de serem reduzidos a pecúnia, conforme ressaltam as palavras de Gagliano e Pamplona Filho:

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade) violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.¹⁵⁹

Wilson Melo da Silva conceitua os danos morais como sendo “lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”¹⁶⁰.

Na concepção de Carlos Alberto Bittar os danos morais estão relacionados à esfera subjetiva da pessoa humana ou ao valor daquela pessoa perante a sociedade:

Danos morais são aqueles qualificados em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal, ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social).¹⁶¹

Yussef Said Cahali entende que o dano moral é fenômeno multifacetário que fica mais fácil de ser analisado a partir dos seus diversos elementos:

Parece mais razoável, assim, caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos; portanto, como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precioso na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de

¹⁵⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. v. IV. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 30.

¹⁵⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil*. v. III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 97.

¹⁶⁰ SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e a sua Reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 13.

¹⁶¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 41.

espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos; classicando-se, desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.); dano moral que prova direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante etc.) e dano moral puro (dor, tristeza etc.).¹⁶²

O dano moral pode ainda ser direto ou indireto, sendo que o dano direto é aquele que decorre da violação de bens ou direitos extrapatrimoniais de forma direta. Maria Helena Diniz diz que o “dano moral direto consiste na lesão a um interesse que visa à satisfação ou o gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal e psíquica, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família). Abrange, ainda, a lesão à dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III)”¹⁶³.

De outro lado, o dano moral indireto é aquele que surge como reflexo da violação direta de bens patrimoniais. Em outras palavras, ocorre a violação de um direito patrimonial, sendo que essa violação gera, de forma reflexa, um dano extrapatrimonial à vítima.

Já o dano moral indireto ocorre quando há uma lesão específica a um bem ou interesse de natureza patrimonial, mas que, de modo reflexo, produz um prejuízo na esfera extrapatrimonial, como é o caso, por exemplo, do furto de um bem com valor afetivo ou, no âmbito do direito do trabalho, o rebaixamento funcional ilícito do empregado, que, além do prejuízo financeiro, traz efeitos morais lesivos ao trabalhador.¹⁶⁴

Ainda neste aspecto não se pode esquecer que o dano moral indireto é diferente do dano ricochete ou reflexo que surge como um dano reflexo da violação de um direito de terceira pessoa, ligada à vítima do dano principal.

É interessante diferenciar o dano moral indireto do dano moral em ricochete (ou dano reflexo). No primeiro, tem-se uma violação a um direito da personalidade de um sujeito, em função de um dano material por ele mesmo sofrido; no segundo, tem-se um dano moral sofrido por um sujeito, em função de um dano (material ou moral, pouco importa) de que foi vítima um outro indivíduo, ligado a ele.¹⁶⁵

O dano moral ainda pode ser individual, coletivo, difuso, individual homogêneo, dependendo da natureza jurídica do direito violado. O dano moral individual decorre da

¹⁶² CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 22.

¹⁶³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 93.

¹⁶⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil*. v. III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 109.

¹⁶⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil*. v. III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 109.

violação dos direitos individuais, reconhecidos na Constituição, regulamentados, em regra na legislação civil, e estudados de forma exaustiva pela clássica doutrina de Direito Civil.

Já a tutela moral dos demais direitos é tratada, no âmbito do Direito Coletivo, em sentido amplo, tendo em vista sua transindividualidade, indivisibilidade, vez que transcendem a esfera do sujeito individualmente considerando¹⁶⁶.

A compensação moral dos direitos coletivos é questão de alta complexidade que será abordada de forma mais aprofundada em capítulos ulteriores deste trabalho. Contudo, antes de adentrar especificamente no tema é importante demonstrar a evolução do dano moral no contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

3.2 Do Dano Moral Individual ao Dano Moral Coletivo

Superadas as espécies de responsabilidade e os pressupostos essenciais para que haja o dever de indenizar, nota-se que o dano moral passou por diversas fases na doutrina, jurisprudência e legislação brasileira, desde uma primeira fase de repúdio a tal compensação até a fase posterior a Constituição Federal de 1988, que afastou qualquer dúvida acerca da aplicação do instituto.

No Brasil, desde o período colonial existiam normas jurídicas de Portugal que, ainda que de forma tímida, regulamentavam a compensação por danos. Nas Ordenações do Reino, não havia muita técnica, pois não diferenciavam reparação, pena e multa.

As ordenações do Reino, que vigoravam no Brasil colonial, confundiam reparação, pena e multa. Pontes de Miranda menciona alvará de 1668, relativo a caso particular, que admitia o princípio da solidariedade nos moldes do direito romano.¹⁶⁷

Naquela mesma época, noticia ainda Cláudia Regina Bento de Freitas que já havia, pelo menos de forma embrionária, a compensação por danos morais:

Talvez uma das mais antigas referências à indenização por dano moral, encontrada historicamente no direito brasileiro, está no Título XXIII do Livro V das Ordenações do Reino (1603), que previa a condenação do homem que dormisse com uma mulher virgem e com ela não se casasse, devendo pagar um determinado valor, a título de indenização, como um

¹⁶⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil*. v. III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 90.

¹⁶⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. v. IV. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 09.

“dote” para o casamento daquela mulher, a ser arbitrado pelo julgador em função das posses do homem ou de seu pai.¹⁶⁸

Depois do processo de independência, a Constituição Imperial de 1824 previu revogação das Ordenações Portuguesas e a criação de um Código Civil e um Código Criminal o mais breve possível¹⁶⁹.

Em 1830 foi criado o Código Criminal do Império que dentro das possibilidades fáticas fazia as vezes do ainda inexistente Código Civil. Neste diploma normativo penal o artigo 22¹⁷⁰ mencionava que “A satisfação será sempre a mais completa, que fôr possível, sendo no caso de duvida á favor do ofendido”.

Posteriormente, em 1890, influenciado pelo Direito Português, estabeleceu o novo Código Penal uma prestação satisfatória em favor da mulher que teve sua honra violada.

Isso, porque a Lei de 1830 previa apenas que “*a indenização será a mais completa que for possível; no caso de dúvida, será a favor do ofendido*”. Contudo, deixava bem claro que a responsabilidade delitual haveria de ser plena. Posteriormente, sob a forte influência trazida pelo Código Civil Português, o Código Penal Brasileiro de 1890 assegurava, expressamente, em seu art. 276, uma “*prestação pecuniária satisfatória de dano moral, nos casos de atentados contra a honra da mulher*”. Nos demais casos, fazia referência o art. 70 desta Lei para que a indenização por prejuízos sofridos fosse regulada pelo Direito Civil.¹⁷¹

Na mesma lei havia também a possibilidade de punição por crimes que violem a honra e a boa fama dos indivíduos, veja-se:

O Código Penal de 1890, o qual foi decretado por Manuel Deodoro da Fonseca, em seu Título XI, trouxe previsão para os crimes que atentem contra a honra e a boa fama dos indivíduos, podemos citar o artigo 316 do código ora em questão, apresentando a seguinte redação: Art. 316. *Si a calúnia for commettida por meio de publicação de pamphleto, impresso ou lithographado, distribuido por mais de 15 pessoas, ou affixado em logar frequentado, contra corporação que exerça autoridade publica, ou contra*

¹⁶⁸ FREITAS, Claudia Regina Bento de. *O Quantum Indenizatório em Dano Moral: Aspectos Relevantes para a sua Fixação e suas Repercussões no Mundo Jurídico*. Dissertação. Rio de Janeiro: Escola de Magistratura do Estado do Rio Janeiro, 2009.

¹⁶⁹ Neste sentido, Tomás Lima de Carvalho diz: “Com a proclamação da República e a outorga da Constituição do Império em 1824, a qual revogou as Ordenações Filipinas, previu-se, em seu art. 179, inciso XVIII: “Organizar-se-á quanto antes um código civil, e criminal, fundado nas sólidas bases da justiça, e equidade”.” (CARVALHO, Tomás Lima de. *Quantificação do Dano Moral*. Disponível em http://www.elcioreis.com.br/publicacoes/dano_moral.pdf. Acesso em 10 maio 2014)

¹⁷⁰ Christiano Almeida do Valle, diz que: “Foi fundada na Consolidação de Teixeira de Freitas, no artigo 22, encontrou-se o amparo ao dano moral que mencionava “a indenização será a mais completa que for possível; e em caso de dúvida, será a favor do ofendido”.” (VALLE, Christiano Almeida do, apud, REI, Cláudio Alexandre Sena. *Danos morais entre cônjuges*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 47, 1 nov. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/541>>. Acesso em 21 jul. 2014)

¹⁷¹ CARVALHO, Tomás Lima de. *Quantificação do Dano Moral*. Disponível em http://www.elcioreis.com.br/publicacoes/dano_moral.pdf. Acesso em 10 maio 2014.

*agente ou depositario desta e em razão de seu officio: Penas – de prisão celular por seis mezes a dous annos e multa de 500\$ a 1:00000\$.*¹⁷²

Nesta primeira fase, para que houvesse a possibilidade da reparação, necessário era, antes de qualquer coisa, a condenação criminal.¹⁷³ Isso devido à dependência da jurisdição civil à criminal, no que tange ao quesito responsabilidade civil. Todavia, em momento ulterior, fora adotado o princípio da independência, ou seja, a jurisdição civil não mais dependia da criminal.

Portanto, aquela ideia de que para que houvesse reparação de um dano suportado necessário era a aplicação de uma pena na esfera criminal foi, aos poucos, sendo diluída, dando lugar à reparação civil, concepção esta adotada pelo Código Civil de Napoleão, grande influenciador do Código Civil de 1916¹⁷⁴.

Ainda no cenário anterior ao Código Civil de 1916, o Decreto 2.681/1912 regulamentou a responsabilidade civil nas estradas de ferro no Brasil, estabelecendo em seu artigo 20 a reparação por dano material, ao passo que a expressão “indenização conveniente”, estabelecida no artigo 21, seria para parte da doutrina uma forma de reparação por dano moral:

Com a entrada em vigor do Decreto 2.681/1912, que regulava a responsabilidade civil das estradas de ferro no Brasil, houve a abordagem à indenização por danos morais, inclusive, nos termos do art. 17, com a previsão expressa de culpa presumida das estradas de ferro acerca dos “*desastres que nas suas linhas succederem os viajantes e de que resulte a morte, ferimento ou lesão corpórea*”, salvo as hipóteses constantes em seus incisos I e II. Quanto à questão da reparação civil, o art. 20 do referido decreto estabeleceu que, “*nos casos de ferimento, a indenização será equivalente às despesas do tratamento e os lucros cessantes durante ele*”, hipótese essa de reparação material, tal como a previsão contida no art. 21, de que “*no caso de lesão corpórea ou deformidade, à vista da natureza da mesma e de outras circunstâncias, especialmente a invalidade para o trabalho ou profissão habitual, além das despesas com o tratamento e lucros cessantes, deverá ser pelo juiz arbitrada uma indenização conveniente*”. Todavia, insta frisar que a previsão contida no art. 21, consubstanciada pela expressão “*uma indenização conveniente*”, se refere à dor causada pela vítima, da qual não resulta qualquer reflexo em seu patrimônio, se afigurando, assim, como modalidade de reparação por danos morais sofridos.¹⁷⁵

¹⁷² CAMILO NETO, José. *Evolução Histórica do Dano Moral: Uma Revisão Bibliográfica*. Disponível em http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7053. Acesso em 10 maio 2014.

¹⁷³ Neste sentido, GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. v. IV. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 09.

¹⁷⁴ BRITTO, Marcelo Silva. *Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil*. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br>– acesso em 10 maio 2014.

¹⁷⁵ CARVALHO, Tomás Lima de. *Quantificação do Dano Moral*. Disponível em http://www.elcioreis.com.br/publicacoes/dano_moral.pdf. Acesso em 10 maio 2014.

Apesar do dispositivo legal, a doutrina e a jurisprudência não acreditavam muito na compensação por dano moral, pois a maioria dos julgados da época repudiavam a compensação por dano moral ou a condicionava à demonstração do empobrecimento do patrimônio da vítima.

Neste sentido, com base na doutrina de Américo Luís Martins da Silva, Tomás Lima de Carvalho, afirma que:

Fato é que muito embora da dicção acima se extraia a previsão para indenização por danos extrapatrimoniais, tem-se que, conforme asseverado por Américo Luís Martins da Silva: (...) *o princípio da reparabilidade do dano moral, no Brasil, foi, no início, muito hostilizado tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Foram inúmeras as sentenças e os julgados produzidos manifestando-se contra a doutrina da reparabilidade do dano moral.* Completa ainda o referido autor que no período que antecedeu a vigência do Código Civil Brasileiro de 1916, “*ou se negava a reparabilidade do dano moral ou se considerava indenizável o dano moral apenas quando afetava o patrimônio da vítima, empobrecendo-a*”.¹⁷⁶

Um dos argumentos utilizados pela doutrina tradicional para afastar a reparação por dano moral seria a inexistência jurídica de dano moral, tendo em vista que expressão “prejuízo moral” e “patrimônio moral” são expressões figuradas, metafísicas que não exprimem realidade e concretude. Ademais, o sistema jurídico penal é que é responsável por tutelar as lesões jurídicas de ordem extrapatrimonial:

Outro eminente civilista brasileiro, da galeria dos mais eruditos, Lacerda de Almeida, somente admitia a reparação do dano patrimonial, por entender que as expressões “prejuízo moral” e “patrimônio moral” não exprimem a realidade, pois são figuradas, metafísicas. Se um indivíduo sofre lesões de ordem extrapatrimonial, puramente subjetivas, a reação da ordem jurídica se fará por meio das leis penais.¹⁷⁷

A matriz filosófica de tal pensamento decorre da doutrina de Savigny que classificava os direitos em comuns e originários, sendo que os originários seriam inatos e insuscetíveis de restauração ao seu *status quo ante*, quando violados. Nesse sentido registra Deda:

Os fundamentos dessa tese têm sua origem no pensamento de Savigny – adversário declarado da reparabilidade dos danos morais -, que concebeu a classificação dos direitos em comuns e originários. Estes, ao contrário daqueles, seriam inatos, próprios do homem, inerentes à sua personalidade e

¹⁷⁶ CARVALHO, Tomás Lima de. *Quantificação do Dano Moral*. Disponível em http://www.elcioreis.com.br/publicacoes/dano_moral.pdf. Acesso em 10 maio 2014.

¹⁷⁷ DEDA, Artur Oscar de Oliveira. *A reparação dos danos morais: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 16.

não suscetíveis de restauração pelos meios ordinários quando atingidos. Não estariam tais bens – como a honra, a vida, a liberdade em suas varias manifestações – no âmbito jurídico de ordem privada.¹⁷⁸

Outro importante argumento da doutrina negativista seria a incerteza da existência efetiva do dano moral, pois a vítima poderia dissimular a dor e o sofrimento com o objetivo de receber prestação pecuniária:

O dano moral é, por sua natureza, subjetivo. E para Gabba, adversário da tese da reparabilidade, a falta de objetividade torna impraticável a reparação, pois haveria sempre o perigo de o juiz a cada passo ver um verdadeiro sofrimento onde não há mais do que uma hipocrisia dissimulada que ele não consegue desmascarar.¹⁷⁹

Além disso, mesmo considerando a existência de violação à moralidade, seria impossível ao juiz entranhar-se na consciência da pessoa para verificar o grau de sensibilidade e o nível da dor realmente existente.

Tratando de outro aspecto da controvérsia, que veremos em seguida, Georges Ripert observa: “O prejuízo resulta na realidade, da receptividade da vítima. É a sua sensibilidade que está em causa. Um estóico de coração seco não sofre uma grande dor com a morte de seu amigo”. A dificuldade é que todas as pessoas não têm a mesma sensibilidade moral, e, não podendo o juiz penetrar no íntimo de quem alega o dano efetivo, não poderia saber quando existe a dor realmente sentida e quando acontece o fingimento.¹⁸⁰

Poucos anos antes da entrada em vigência do Código Civil de 1916, o Supremo Tribunal Federal julgou o Agravo nº 1.723, onde era tratada a liquidação de danos suportados em acidente ferroviário. No caso, um chefe de família perdera a vida. Inicialmente, fora concedida à família indenização rotulada como dano material e, ao mesmo tempo, indenização sob a marca de dano moral. Contudo, referida decisão sofrera reforma parcialmente em 26 de junho de 1915, onde a mesma Suprema Corte concluiu por excluir a indenização intitulada como dano moral¹⁸¹.

¹⁷⁸ DEDA, Artur Oscar de Oliveira. *A reparação dos danos morais: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 16.

¹⁷⁹ DEDA, Artur Oscar de Oliveira. *A reparação dos danos morais: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 18.

¹⁸⁰ DEDA, Artur Oscar de Oliveira. *A reparação dos danos morais: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 18.

¹⁸¹ MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros. *Indenização por dano moral: evolução da jurisprudência*. Disponível em: http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001089/Indeniza%C3%A7%C3%A3o%20por%20Dano%20Moral%20-%20Evolu%C3%A7%C3%A3o%20da%20Jurisprud%C3%Aancia.doc – Acesso em 10 maio 2014.

Já no Código Civil de 1916, a reparação por danos patrimoniais ficou consagrada no livro III, título II (Dos atos ilícitos), artigo Art. 159, que estabelece que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.521 a 1.532 e 1.542 a 1.553”. Com efeito, acentua Venosa que:

O legislador do Código Civil de 1916 não tratou da matéria de forma ordenada, pois nos arts. 159 e 160 traçou os fundamentos da responsabilidade contratual e, posteriormente, na Parte Especial, em vários dispositivos, disciplina novamente o assunto. Explica-se o fato porque, no final do século XIX e início do século XX, quando elaborado o diploma, a matéria ainda não havia atingido um estágio de maturidade teórica e jurisprudencial. Acrescente-se que o estudo da responsabilidade civil é especialmente dinâmico, estando a surgir a cada momento novas teorias e linhas de pensamento, na doutrina e na jurisprudência, fruto não só do pensamento jurídico como também das novas necessidades sociais. Acrescente-se que o instituto da responsabilidade civil é algo contemporâneo, pois surge pela primeira vez no final do século XVIII, no âmbito do direito revolucionário francês. Sua primeira formulação expressa está no Código Civil francês, espalhando-se daí para todas as codificações posteriores.¹⁸²

Além disso, cumpre salientar que o Código Civil de 1916 adotou a teoria subjetiva da responsabilidade civil, onde há a necessidade de se provar a culpa ou dolo daquele que causou o dano para haja à obrigação de reparação.

A mesma sorte do dano patrimonial não teve o tema dano moral, pois com o Código Civil de 1916, a divergência sobre a reparabilidade do dano moral não ficou expressamente¹⁸³ resolvida. Embora o artigo 76 estabelecesse que “para propor ou contestar a ação, era necessário ter legítimo interesse econômico ou moral”, o parágrafo único do referido dispositivo, dizia que o interesse moral se limita à lesão direta ao autor ou à sua família.

Não obstante os posicionamentos contrários, e a rigidez da doutrina tradicional em

¹⁸² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*. v. IV. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 02.

¹⁸³ “O Código Civil de 1916 – projeto apresentado por Clóvis Beviláqua, sob a influência do Direito Alemão no que diz respeito à responsabilidade civil – tratou, em diversos dispositivos, acerca da reparação do dano extrapatrimonial no Direito Brasileiro, contudo, não de maneira expressa, mas sim, indireta. Saliente-se que a legislação civil de 1916, em seu art. 76, trouxe certa polêmica para o mundo jurídico da época, ao estabelecer que “*para propor ou contestar a ação, é necessário ter legítimo interesse econômico ou moral*”, sendo certo que o interesse moral, na forma descrita no parágrafo único do referido dispositivo, se limita à lesão direta ao autor ou à sua família. Tal polêmica se justificava em razão do caráter conservador de alguns doutrinadores em não perceberem, no dispositivo acima, qualquer base para a doutrina do dano moral.” (CARVALHO, Tomás Lima de. *Quantificação do Dano Moral*. Disponível em http://www.elcioreis.com.br/publicacoes/dano_moral.pdf. Acesso em 10 maio 2014)

aceitar a reparabilidade do dano moral na égide do Código Civil de 1916, Clóvis Beviláqua, seu mentor intelectual, ao comentar o mencionado dispositivo acenou positivamente no sentido de reconhecer a reparação por dano moral. O registro é de Tomás Lima de Carvalho:

Todavia, ao interpretar o referido dispositivo, Clóvis Beviláqua, citado por Américo Luís Martins da Silva, esclareceu que “*se o interesse moral justifica a ação para defendê-lo ou restaurá-lo, é claro que tal interesse é indenizável, ainda que o bem moral não se exprima em dinheiro*”. E completou, acrescentando que o Código Civil em vigor “*não deu grande latitude ao poder de reação jurídica suscitado pelo dano moral; restringiu-o, subjetivamente, neste artigo, e fixou-o objetivamente ao tratar da liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos*”.¹⁸⁴

Afirmou Rui Barbosa que “o mais completo dos juízes”, qual seja, o Ministro Pedro Lessa, defendia que “não é necessário que a lei contenha declaração explícita acerca da indenização do dano moral, para que esta seja devida. Na expressão dano, está incluído o dano moral”¹⁸⁵.

Discutia-se ainda na doutrina da época a natureza jurídica das indenizações previstas nos artigos 1537,¹⁸⁶ 1538,¹⁸⁷ 1539,¹⁸⁸ e 1541,¹⁸⁹ afirmando alguns autores que se tratava de verdadeiras espécies de compensação por dano moral¹⁹⁰:

¹⁸⁴ CARVALHO, Tomás Lima de. *Quantificação do Dano Moral*. Disponível em http://www.elcioreis.com.br/publicacoes/dano_moral.pdf. Acesso em 10 maio 2014.

¹⁸⁵ MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros. *Indenização por dano moral: evolução da jurisprudência*. Disponível em: http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001089/Indeniza%C3%A7%C3%A3o%20por%20Dano%20Moral%20-%20Evolu%C3%A7%C3%A3o%20da%20Jurisprud%C3%Aancia.doc – Acesso em 10 maio 2014.

¹⁸⁶ Art. 1.537 do Código Civil de 1916. A indenização, no caso de homicídio, consiste: I. No pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família. II. Na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia. (BRASIL. Código Civil. 01 jun. 1916. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em 10 jul. 2014)

¹⁸⁷ Art. 1.538 do Código Civil de 1916. No caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, indenizará o ofensor ao ofendido as despesas do tratamento e os lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa no grão médio da pena criminal correspondente. § 1º Esta soma será duplicada, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade. § 2º Se o ofendido, aleijão ou deformado, for mulher solteira ou viuvam ainda capaz de casar, a indenização consistirá em dotá-la, segundo as posses do ofensor, as circunstâncias do ofendido e a gravidade do defeito. (BRASIL. Código Civil. 01 jun. 1916. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em 10 jul. 2014)

¹⁸⁸ Art. 1.539 do Código Civil de 1916: Se da ofensa resultar defeito, pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua o valor do trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu. (BRASIL. Código Civil. 01 jun. 1916. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em 10 jul. 2014)

¹⁸⁹ Art. 1.541 do Código Civil de 1916: Havendo usurpação ou esbulho do alheio, a indenização consistirá em se restituir a coisa, mais o valor das suas deteriorações, ou, faltando ela, em se embolsar o seu equivalente ao prejudicado (art. 1.543). (BRASIL. Código Civil. 01 jun. 1916. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em 10 jul. 2014)

¹⁹⁰ Neste sentido, Tomás Lima de Carvalho diz: “Importante observar também que, no Capítulo II do Título VIII, que trata acerca da liquidação das obrigações resultantes de ato ilícito, previu o legislador de 1916 uma série de modalidades de reparação decorrente de morte (art. 1.537), ferimento ou outra ofensa à saúde (art. 1.538 e 1.539)

Não é vero, igualmente, o argumento no sentido de inexistir amparo legal para a reparação do dano moral. O art. 159 do Código Civil de 1916, ao cogitar do dano como elemento da responsabilidade civil, não fazia qualquer distinção sobre a espécie do dano causado. Falava-se, ali, em “violiar direito ou causar prejuízo”, de sorte que, ainda que se apegasse ao entendimento de que o termo prejuízo era restrito ao dano material, a expressão violiar direito estendia a tutela legal aos bens personalíssimos, como a honra, a imagem, o bom nome. Acresce que o art. 76 do mesmo Código e seu parágrafo dispunham que para propor ou contestar uma ação era suficiente o interesse moral, resultando daí a indenizabilidade de tal interesse. Mais adiante, o Código de 1916 cuidava da indenização por injúria ou calúnia (art. 1.547), bem como da mulher agravada em sua honra (art. 1548) etc. – hipóteses nitidamente de dano moral.¹⁹¹

Além dos exemplos acima, a doutrina¹⁹² cita como hipóteses de reparação por dano moral os artigos 1545¹⁹³, 1547¹⁹⁴, 1548¹⁹⁵, 1549¹⁹⁶, 1552¹⁹⁷ e 1553¹⁹⁸ do Código Civil de 1916.

Apesar de todos os argumentos favoráveis à existência do dano moral no diploma de 1916, a doutrina é a jurisprudência viam tal assunto com ressalvas, sendo que o próprio STF afirmava que não havendo redução do patrimônio econômico, não há dano a ser indenizado, como por exemplo, no caso de morte de filho menor que não contribuía em nada para o

usurpação ou esbulho (art. 1.541), havendo discussões, inclusive, acerca da natureza de algumas delas, como sendo indenização por danos morais”. (CARVALHO, Tomás Lima de. *Quantificação do Dano Moral*. Disponível em http://www.elcioreis.com.br/publicacoes/dano_moral.pdf. Acesso em 10 maio 2014)

¹⁹¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 81-82.

¹⁹² CARVALHO, Tomás Lima de. *Quantificação do Dano Moral*. Disponível em http://www.elcioreis.com.br/publicacoes/dano_moral.pdf. Acesso em 10 maio 2014.

¹⁹³ Art. 1.545 do Código Civil de 1916: Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento. (BRASIL. Código Civil. 01 jun. 1916. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em 10 jul. 2014)

¹⁹⁴ Art. 1547 do Código Civil de 1916: “A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.” (BRASIL. Código Civil. 01 jun. 1916. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em 10 jul. 2014)

¹⁹⁵ Art. 1.548 do Código Civil de 1916: A mulher agravada em sua honra tem direito a exigir do ofensor, se este não puder ou não quiser reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente à condição e estado da ofendida: I. Se, virgem e menor, for deflorada. II. Se, mulher honesta, for violentada, ou aterrada por ameaças. III. Se for seduzida com promessas de casamento. IV. Se for raptada. (BRASIL. Código Civil. 01 jun. 1916. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em 10 jul. 2014)

¹⁹⁶ Art. 1.549 do Código Civil de 1916: Nos demais crimes de violência sexual, ou ultraje ao pudor, arbitrar-se-á judicialmente a indenização. (BRASIL. Código Civil. 01 jun. 1916. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em 10 jul. 2014)

¹⁹⁷ Art. 1.552 do Código Civil de 1916: No caso do artigo antecedente, nº III, só a autoridade, que ordenou a prisão, é obrigada a ressarcir o dano. (BRASIL. Código Civil. 01 jun. 1916. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em 10 jul. 2014)

¹⁹⁸ Art. 1.553 do Código Civil de 1916: Nos casos não previstos neste capítulo, se fixará por arbitramento a indenização. (BRASIL. Código Civil. 01 jun. 1916. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em 10 jul. 2014)

sustento da família¹⁹⁹.

Foi a Constituição Federal de 1988 que colocou ponto final na discussão, erigindo como direito fundamental a compensação por dano moral. Neste sentido, estabelece a CF/1988, no seu art. 5º, incisos V e X:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.²⁰⁰

Tomás Lima de Carvalho estabelece “que foi com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, dado o reflexo da elevação da pessoa humana ao vértice do ordenamento jurídico nacional, que a reparação dos danos morais foi consagrada como sendo direito fundamental, caindo por terra toda e qualquer discussão travada anteriormente, acerca da inexecução de preceituação genérica, ou ainda, tarifação do dano”²⁰¹.

Em consonância com a norma constitucional, o Superior Tribunal de Justiça, editou a súmula 37²⁰² dizendo que são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. Posteriormente criou também a súmula 227²⁰³ reconhecendo que a compensação por dano moral é aplicável para as pessoas jurídicas.

Já no novo Código Civil (Lei 10.406/02) os fundamentos principais da responsabilidade civil estão consolidados nos artigos 186, 187 e 927, estabelecendo o dever de indenizar no caso de culpa, mesmo que o dano seja exclusivamente extrapatrimonial:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que

¹⁹⁹ O Supremo Tribunal Federal no RE n°. 12.039 – 2ª Turma, Rel. Min. Lafayette de Andrade, datado de 06/08/1948, decidiu que: “Nem sempre dano moral é ressarcível, não somente por se não poder dar-lhe valor econômico, por se não poder apreciá-lo em dinheiro, como ainda porque essa insuficiência dos nossos recursos abre a porta a especulações desonestas pelo manto nobilíssimo de sentimentos afetivos; no entanto, no caso de ferimentos que provoquem aleijões, no caso de valor afetivo coexistir com o moral, no caso de ofensa à honra, à dignidade e à liberdade, se indeniza o valor moral pela forma estabelecida pelo Código Civil. No caso de morte de filho menor não se indeniza o dano moral se ele não contribuía em nada para o sustento da casa.” (CARVALHO, Tomás Lima de. *Quantificação do Dano Moral*. Disponível em http://www.elcioreis.com.br/publicacoes/dano_moral.pdf. Acesso em 10 maio 2014)

²⁰⁰ BRASIL. Constituição Federal. 05 out. 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 jul. 2014.

²⁰¹ CARVALHO, Tomás Lima de. *Quantificação do Dano Moral*. Disponível em http://www.elcioreis.com.br/publicacoes/dano_moral.pdf. Acesso em 10 maio 2014.

²⁰² Súmula 37 do STJ: São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

²⁰³ Súmula 227 do STJ: A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

exclusivamente moral, comete ato ilícito. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.²⁰⁴

Finalizada a discussão acerca do dano moral individual, com a ratificação do Estado Democrático de Direito e a busca constante de efetividade dos direitos fundamentais daí decorrentes, ressurgiu na doutrina e na jurisprudência divergência sobre a existência e a possibilidade de reparação civil por violação dos direitos fundamentais coletivos.

Conforme amplamente demonstrado acima, os direitos coletivos firmaram-se no contexto do Estado Democrático de Direito como direitos de natureza fundamental. Contudo, em razão de serem direitos que passaram a ter importância científica a partir de poucas décadas, não está muito claro na doutrina e jurisprudência a possibilidade de reparação por danos de natureza extrapatrimonial, sendo que alguns autores defendem até a mesma ausência de aplicação do instituto aos direitos coletivos.

A Constituição Federal de 1988 além de reconhecer expressamente a proteção aos direitos fundamentais coletivos no seu Título II, Capítulo I, ao lado de outros direitos fundamentais de natureza individual, reconheceu também nos incisos V e X, do artigo 5º, a reparação civil por danos extrapatrimoniais como direito fundamental.

Em termos infraconstitucionais, não obstante alguns autores²⁰⁵ defenderem a reparação civil por danos morais coletivos *lato sensu*, desde a lei 4.717/1965 (Lei de Ação Popular) interpretada conjuntamente com o Código Civil de 1916. Certo é que o reconhecimento expresso da possibilidade de ressarcimento por danos morais coletivos só ocorreu com o texto constitucional, citado acima, bem como com a aprovação do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, e alteração da Lei de Ação Civil Pública, em 1994, pela Lei 8.884/94.

O Código Consumerista estabelece como direito básico do consumidor, em seu artigo 6º, inciso VI, “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”. No mesmo artigo, o inciso VII diz que: “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

²⁰⁴ BRASIL. Código Civil. 10 jan. 2002. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 10 jul. 2014.

²⁰⁵ Neste sentido, Tiago Xisto Medeiro Neto diz: “Ao perfilhar-se o entendimento de que mesmo anteriormente à Constituição Federal de 1988, poder-se-ia vislumbrar a possibilidade ampla reparação do dano moral – à vista das disposições dos artigos 76, 159 e 1553 do Código Civil de 1916 – há de se conceber, em tese, que, diante da ação popular (Lei 4.717/65) já se poderia contar com um instrumento legal, no ordenamento jurídico brasileiro, para a tutela do dano moral coletivo (*lato sensu*)”. (MEDEIRO NETO, Tiago Xisto. *Dano Moral Coletivo: Fundamentos e Características*. Brasília: Editora LTR, 2002, p. 89)

necessitados”.

Já a Lei de Ação Popular em sua redação originária, aprovada em 24 de julho de 1985, previa reparação por *danos causados* a diversos direitos de natureza transindividual elencados no seu artigo 1º. A expressão danos causados não era expressa no tocante à reparação por danos morais coletivos. Com o advento a Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, alterou-se a redação do dispositivo afirmando a responsabilidade por danos morais ou patrimoniais decorrentes da violação dos direitos elencados no artigo 1º da Lei de Ação Civil Pública, vejamos:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011). 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. (Incluído pela Lei nº 8.078 de 1990) V - por infração da ordem econômica; (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011). VI - à ordem urbanística. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001); VII - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos.²⁰⁶

Nesta linha Leonardo Roscoe Bessa²⁰⁷, afirma que além da condenação por danos materiais causados ao meio ambiente, consumidor ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, destacou-se, a nova redação do art.1º, a responsabilidade por dano moral em decorrência da violação de tais direitos, tudo com o propósito de conferir-lhes proteção diferenciada.

3.3 A Irreparabilidade do Dano Moral Coletivo

Apesar de parecer clara a noção de reparação civil extrapatrimonial por danos decorrentes de direitos coletivos, alguns autores e o próprio Superior Tribunal de Justiça são vacilantes acerca da matéria.

Os defensores da irreparabilidade moral dos direitos coletivos entendem que a vítima do dano moral é, essencialmente, pessoa humana determinada. Restando, pois, impossibilitada a configuração do respectivo dano às questões envolvendo transindividualidade. Para eles é indispensável, para a caracterização do dano moral, a violação aos direitos da personalidade (honra, imagem, nome etc.), inerentes à pessoa

²⁰⁶ BRASIL. Lei Federal 7.347. 24 jul. 1985. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347compilada.htm. Acesso em 10 jul. 2014.

²⁰⁷ BESSA, Leonardo Roscoe. *Dano Moral Coletivo*. Revista da Direito e Liberdade. Mossoró – v.7, n.3, p237-274 – jul/dez 2007, p. 247.

humana. Como a coletividade não tem tais atributos, não há que se falar em danos morais coletivos.

Balizado na doutrina, Zavascki em seu voto, no julgamento do REsp 598.281/MG, assevera que:

No que pertine ao tema central do estudo, o primeiro reparo que se impõe é no sentido de que não existe ‘dano moral ao meio ambiente’. Muito menos ofensa moral aos mares, rios, à Mata Atlântica ou mesmo agressão moral a uma coletividade ou a um grupo de pessoas não identificadas. A ofensa moral sempre se dirige à pessoa enquanto portadora de individualidade própria; de um *vultus* singular e único. Os danos morais são ofensas aos direitos da personalidade, assim como o direito à imagem constitui um direito de personalidade, ou seja, àqueles direitos da pessoa sobre ela mesma.²⁰⁸

De forma taxativa, Rui Stoco, também citado por Zavascki, diz que a reparação civil por dano moral é figura presente apenas para as pessoas naturais que possuem sentimentos e atributos da personalidade. Portanto, é incompatível a ideia de dano moral a noção de transindividualidade, pois no plano fático e lógico-jurídico é impossível o dano moral a um número individualizado de pessoas:

A Constituição Federal, ao consagrar o direito de reparação por dano moral, não deixou margem à dúvida, mostrando-se escorreita sob o aspecto técnico-jurídico, ao deixar evidente que esse dever de reparar surge quando descumprido o preceito que assegura o direito de resposta nos casos de calúnia, injúria ou difamação ou quando o sujeito viola a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, incisos V e X), todos estes atributos da personalidade. Ressuma claro que o dano moral é personalíssimo e somente visualiza a pessoa, enquanto detentora de características e atributos próprios e invioláveis. *Os danos morais dizem respeito ao foro íntimo do lesado, pois os bens morais são inerentes à pessoa, incapazes, por isso, de subsistir sozinhos. Seu patrimônio ideal é marcadamente individual, e seu campo de incidência, o mundo interior de cada um de nós, de modo que desaparece com o próprio indivíduo.(...)* Dúvida, portanto, não pode resumir de que a natureza e o meio ambiente podem ser degradados e danificados. Esse dano é único e não se confunde com seus efeitos, pois a *meta optata* é o resguardo e a preservação, ou seja, a reparação com o retorno da natureza ao *statu quo ante*, e não a indenização com uma certa quantia em dinheiro ou a compensação com determinado valor. Convém lembrar que a Magna Carta busca objetivo maior ao estabelecer 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’ (art. 225). De modo que, não sendo possível a recomposição imediata do dano causado ao meio

²⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 598.281/MG, Relator: Ministro Luiz Fux, 2006. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200301786299&dt_publicacao=01/06/2006. Acesso em 02 jun. 2014.

ambiente, a condenação ao pagamento de multa e de um valor que seja suficiente para aquela futura restauração não exsurge como objetivo principal, mas apenas meio para alcançar a meta estabelecida pela Constituição da República. (...) *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 recompor o dano moral hipoteticamente suportado por um número indeterminado de pessoas.*²⁰⁹ (destacamos)

De acordo com o julgado a noção de dor, sofrimento é incompatível com a ideia de transindividualidade, na medida em que a indeterminabilidade dos indivíduos tornaria impossível o ressarcimento. E foi exatamente essa noção que fechou a ementa do julgado:

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.²¹⁰

Nesse julgamento, o dano ambiental, em sua generalidade, não admite responsabilizar o ofensor a título de dano moral coletivo, pois, para que isso ocorra, é indispensável à comprovação de que o dano alcançou a esfera subjetiva de terceiros, afetando *uti singuli* a pessoa, de maneira a lhe causar aflição de caráter individual.

O julgamento ocorreu em decorrência de recurso especial interposto contra decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que dava provimento a recurso para decotar R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) de danos morais coletivos fixados em primeira instância, com o objetivo de ressarcir prejuízos morais coletivos causados ao meio ambiente, por imobiliária de Uberlândia.

A decisão do TJMG entendeu não ser ressarcível o dano moral coletivo, pois em sede de reexame necessário, determinou a exclusão da indenização por danos morais fixados pela sentença em R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada réu, à consideração de que dano moral é todo sofrimento causado ao indivíduo em decorrência de qualquer agressão aos atributos da personalidade ou a seus valores pessoais, portanto de caráter individual, inexistindo qualquer previsão de que a coletividade possa ser sujeito passivo do dano moral.

²⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 598.281/MG, Relator: Ministro Luiz Fux, 2006. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200301786299&dt_publicacao=01/06/2006. Acesso em 02 jun. 2014.

²¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 598.281/MG, Relator: Ministro Luiz Fux, 2006. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200301786299&dt_publicacao=01/06/2006. Acesso em 02 jun. 2014.

Afirmou o TJMG que não se pode inverter a lógica da interpretação do artigo 1º, incisos I ao V, da LACP, tentando dizer que todos os danos morais coletivos são indenizáveis. Para o tribunal, na verdade, o objetivo da lei foi estabelecer a possibilidade indenização por danos morais, desde que possível a sua individualização. Confira-se o trecho da citação realizada por Zavascki:

O TJMG, em reexame necessário, determinou a exclusão da indenização por danos morais fixada pela sentença em R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada réu, à consideração de que "dano moral é todo sofrimento causado ao indivíduo em decorrência de qualquer agressão aos atributos da personalidade ou a seus valores pessoais, portanto de caráter individual, inexistindo qualquer previsão de que a coletividade passa ser sujeito passivo do dano moral. O art. 1º da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) apenas determina que nos casos de ocorrência de dano moral ou patrimonial causados nas hipóteses relacionadas a ação rege-se-á pelos dispositivos da LACP, não cabendo a interpretação inversa, com o fim de tornar o dano moral indenizável em todas as hipóteses descritas nos incisos I a V do art. 1º da referida lei. Por certo, quando o dano apurado em ação civil pública for causado a um indivíduo, que comprove ter sido lesado em seus valores pessoais, não há dúvida de que possível será a indenização por danos morais" (fl. 462). Foram rejeitados os embargos de declaração opostos pelo ora recorrente, em que afirmava a reparabilidade do dano moral coletivo causado pela lesão ao meio ambiente (fls. 476-478).²¹¹

O resultado da análise dos fundamentos do REsp 598.281/MG demonstrou que, a não aceitação da responsabilidade por dano moral coletivo se deu pela impossibilidade de utilização do conceito habitual de dano moral, dotado, como se sabe, de caráter essencialmente subjetivo e individual.

Em abril de 2008, a mesma 1ª turma do STJ, embora não tenha conhecido o recurso firmou que seu entendimento é no sentido de ser incompatível a noção de dano moral com a ideia de coletividade nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FRAUDE EM LICITAÇÃO REALIZADA PELA MUNICIPALIDADE. ANULAÇÃO DO CERTAME. APLICAÇÃO DA PENALIDADE CONSTANTE DO ART. 87 DA LEI 8.666/93. DANO MORAL COLETIVO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO NÃO DEBATIDO NA INSTÂNCIA "A QUO". 1. A simples indicação dos dispositivos tidos por violados (art. 1º,IV, da Lei 7347/85 e arts. 186 e 927 do Código Civil de 1916), sem referência com o disposto no acórdão confrontado, obsta o conhecimento do recurso especial. Incidência dos verbetes das Súmula 282 e 356 do STF. 2. Ad argumentandum tantum, ainda

²¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 598.281/MG, Relator: Ministro Luiz Fux, 2006. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200301786299&dt_publicacao=01/06/2006. Acesso em 02 jun. 2014.

que ultrapassado o óbice erigido pelas Súmulas 282 e 356 do STF, 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. **3.** Sob esse enfoque decidiu a 1ª Turma desta Corte, no julgamento de hipótese análoga, verbis: "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." (REsp 598.281/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02.05.2006, DJ 01.06.2006) **4.** 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, consoante assentado pelo acórdão recorrido: "...Entretanto, como já dito, por não se tratar de situação típica da existência de dano moral puro, não há como simplesmente presumi-la. Seria necessária prova no sentido de que a Municipalidade, de alguma forma, tenha perdido a consideração e a respeitabilidade e que a sociedade uruguaiese efetivamente tenha se sentido lesada e abalada moralmente, em decorrência do ilícito praticado, razão pela qual vai indeferido o pedido de indenização por dano moral". **5.** Recurso especial não conhecido.²¹²

No final de 2008, REsp Nº 636.021/RJ, da 2ª turma STJ, embora não tenha decidido o mérito da questão, por maioria deixou parecer que a noção de indenização por danos morais é incompatível com a noção de coletividade, nos termos do voto-vista divergente do ministro Humberto Gomes de Barros:

A impossibilidade lógica de conceber-se dano moral difuso já foi proclamada pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Isso aconteceu no acórdão que deslindou o REsp 598.281. Data vênua da eminente relatora, considero correto esse argumento. Para mim, a pretensão do Ministério Público neste processo nada tem de indenização. Substancialmente, ela mais se aproxima de uma multa sancionadora de atentado à moralidade. Ora, no Estado de Direito não há sanção sem prévia cominação legal ou contratual. Por essas razões, peço vênua à eminente relatora para prover o recurso.²¹³

²¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 821.891 / RS, Relator: Ministro Luiz Fux, 2008. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200600380062&dt_publicacao=12/05/2008. Acesso em 02 jun. 2014.

²¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp Nº 636.021/RJ, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 2008. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200400194947&dt_publicacao=06/03/2009. Acesso em 02 jun. 2014.

Já em 2010, a 1ª turma do STJ, ainda na mesma linha decidiu ser impossível o ressarcimento por dano moral coletivo, utilizando os precedentes da mesma corte, vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIÇO DE TELEFONIA. POSTOS DE ATENDIMENTO. REABERTURA. DANOS MORAIS COLETIVOS. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTE. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A Egrégia Primeira Turma firmou tem entendimento de que, em hipóteses como tais, ou seja, ação civil pública objetivando a reabertura de postos de atendimento de serviço de telefonia, não há falar em dano moral coletivo, uma vez que 'Não parece ser compatível com o dano moral a ideia da 'transindividualidade' (= da indeterminabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa e da reparação) da lesão" (REsp nº 971.844/RS, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, in DJe 12.02.2010). 2. No mesmo sentido: REsp nº 598.281/MG, Relator p/ acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, in DJ 1º.6.2006 e REsp nº 821.891/RS, Relator Ministro Luiz Fux, in DJe 12.05.2008. 3. Agravo regimental improvido.²¹⁴

Em 2012, a 1ª turma do STJ, em decisão monocrática proferida pelo ministro Francisco Falcão afastou a condenação de 200 mil por danos morais coletivos, em decorrência de degradação ambiental que teria causado danos à coletividade, argumentando que a noção de dano moral não é compatível com a ideia de metaindividualidade.

De fato, a Primeira Seção desta Corte possui entendimento no sentido de que a natureza do dano moral não se coaduna com a noção transindividualidade, de modo que se tem rechaçado a condenação em danos morais quando não individualizado o sujeito passivo, de modo a se poder mensurar o sofrimento psíquico que possibilita a fixação de indenização.(...) Sendo assim, merece acolhida a pretensão recursal, de ver afastada a condenação de R\$ 200.000,00 por danos morais coletivos. Isto posto, com fulcro no art. 557, § 1-A do Código de Processo Civil, DOU PROVIMENTO ao recurso especial.²¹⁵

Proposto recurso de Agravo Regimental contra a decisão monocrática do ministro Falcão, o recurso foi desprovido, afirmando o relator ministro Ari Pargendler que decisão agravada julgou a causa de acordo com o entendimento da 1ª Turma do STJ no sentido de que é inviável a condenação por danos morais coletivos no âmbito de ação civil pública²¹⁶.

²¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1.109.905/PR, Relator: Ministro Hamilton Carvalhido, 2010.. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200802833921&dt_publicacao=03/08/2010. Acesso em 02 jun. 2014.

²¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1.305.977 - MG, Relator: Ministro Francisco Falcão, 2012. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201102973961&dt_publicacao=16/04/2013. Acesso em 03 jun. 2014.

²¹⁶ “PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS MORAIS COLETIVOS. É inviável, em sede de ação civil pública, a condenação por danos morais coletivos. Agravo regimental desprovido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1.305.977 / MG - Agravo Regimental no Recurso Especial

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em 2014, da mesma forma que o STJ, entendeu que noção de dano moral não é compatível com noção de transindividualidade da seguinte forma:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL - DIREITO AMBIENTAL - REEXAME NECESSÁRIO - REALIZAÇÃO DE OFÍCIO - APELAÇÃO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONSTRUÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - VIOLAÇÃO DE NORMA PROTETIVA DO MEIO AMBIENTE - OBRIGAÇÃO DE REMOÇÃO DE TODAS AS EDIFICAÇÕES E DE RECUPERAÇÃO DA ÁREA - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO - NÃO CABIMENTO - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA - RECURSO PREJUDICADO. - O Código Florestal antigo (art. 4º. da lei 4.771/65) e o atual (art. 7º. da lei 12.651/12) vedam a supressão de vegetação em área de preservação permanente, em razão das diversas funções ambientais desta área, sendo a medida autorizada apenas nos casos ressalvados por lei, como em determinadas hipóteses de utilidade pública ou de interesse social. A proibição é expressa, e a infração, que justifica as ordens de imediata remoção e de recomposição, se configura com a "simples" construção na área de preservação permanente, sendo descabida a discussão sobre os efeitos que tal edificação causará no local. - No caso, como a conduta do réu - construir em área de preservação permanente - ofendeu uma norma de proteção do meio ambiente, ou seja, um direito transindividual, qualificado pela indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa objeto de reparação, não há como falar em dano moral, pois este é personalíssimo e somente visualiza a pessoa, enquanto possuidora de atributos próprios e invioláveis.²¹⁷

Desta feita, seguindo o raciocínio acima exposto, não há que se falar em ressarcimento civil por danos morais sofridos pela coletividade na sua forma indivisível. É possível no máximo, através de uma leitura mais aprofundada da jurisprudência, falar na possibilidade da reparação civil por danos morais, desde seja possível individualizar a pessoa e a respectiva violação aos direitos da personalidade de forma particularizada, como ocorre nos direitos individuais homogêneos.

2011/0297396-1- MG, Relator: Ministro Ari Pargendler, 2013. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201102973961&dt_publicacao=16/04/2013. Acesso em 03 jun. 2014).

²¹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n.º 5919735-85.2009.8.13.0702, Relator: Desembargador Moreira Diniz, 2014. Disponível em http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado.jsp?tipoPesquisa=1&comrCodigo=702&txtProcesso=59197358520098130702&listaProcessos=59197358520098130702&nomePessoa=Nome+da+Pessoa&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&numero=1&select=1. Acesso em 04 jun. 2014.

4 DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO E SUA FIXAÇÃO NO CONTEXTO DO PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO

Ressai do título acima que a partir de uma leitura individualista não há que se falar em reparação civil por dano extrapatrimonial coletivo. Entretanto, de outro lado, a doutrina e a jurisprudência moderna evoluem para valorizar os direitos coletivos como direitos fundamentais e atribuir-lhes máxima efetividade ao possibilitar o ressarcimento por danos morais de natureza coletiva.

Assim, no capítulo próximo será analisada a possibilidade de fixação de danos extrapatrimoniais coletivos relacionados à violação de direitos ambientais e aos direitos do consumidor, bem como quais critérios serão utilizados pelo magistrado, no seio do Processo Coletivo para fixação de tal indenização.

4.1 A Afirmação da Reparação do Dano Extrapatrimonial no Contexto dos Direitos Fundamentais Coletivos

O tema ligado aos direitos coletivos e sua respectiva tutela é um tema que não é novo no direito, não obstante somente nas últimas décadas tenha recebido maior ênfase. As disciplinas Direito e Processo Coletivo ganharam tanta relevância no contexto do Estado Democrático de Direito, que alguns autores até trabalham as disciplinas com um viés de disciplinas jurídicas autônomas,²¹⁸ conforme já mencionado nos capítulos anteriores.

A abordagem metodológica aplicada às disciplinas nem sempre recebeu incursão constitucional e fundamental como a desenvolvida nas últimas décadas. Ademais, nunca houve uma preocupação doutrinária em delimitar a características e formas de reparação do dano extrapatrimonial decorrente da violação dos direitos fundamentais coletivos, no seio do Direito Processual Coletivo.

Como já abordado, a compensação civil por danos extrapatrimoniais individuais sofreu uma evolução histórica, em que num primeiro momento não se aceitava de forma pacífica sua reparação. Posteriormente, no contexto da Constituição Federal de 1988 finalizou-se toda a divergência em relação ao dano individual, considerando que a Constituição estabeleceu a reparação civil por dano moral, como direito fundamental,

²¹⁸ Neste sentido são as obras de Gregório Assagra de Almeida: *Direito Material Coletivo: Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008 e *Direito Processual Coletivo Brasileiro: Um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

estampado no artigo 5º, incisos V e X.

Já no contexto de plenificação dos Direitos Fundamentais Coletivos surge o instituto da compensação por danos extrapatrimoniais²¹⁹ coletivos que precisa ser melhor estudado com o objetivo de concretizar a promessa constitucional de proteção aos direitos transindividuais.

A interpretação da 1ª turma do STJ sobre o dano moral coletivo representa visão individualista que se baseia nos ideais liberais burgueses, materializados na 1ª dimensão de direitos fundamentais. Isso porque naquela época o objeto de preocupação do Estado Liberal era a proteção das liberdades e a garantia da igualdade formal entre os indivíduos. Neste contexto histórico, a reparação civil decorria da quebra de uma relação pessoal entre a vítima e o ofensor, e, além disso, a reparação era vista como instituto de direito privado que objetivava estabelecer o *status quo ante*, entre partes formalmente iguais. Em crítica ao sistema liberal-individualista afirma Anderson Schreiber que:

No modelo liberal-individualista da responsabilidade civil, a reparação do dano era fruto de uma relação pessoal estabelecida entre a vítima e o ofensor. A dualidade deste vínculo vinha quebrada tão somente nas raras hipóteses de responsabilidade solidária previstas nas codificações da Idade Moderna.²²⁰

A noção de reparação civil por danos morais decorreria da violação dos valores subjetivos, íntimos e morais da pessoa humana, que recordando as palavras de Cahali²²¹, “seria aquele dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.); dano moral que prova direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante etc.) e dano moral puro (dor, tristeza etc.)”.

Nesta perspectiva, identificar-se-ia, “o dano moral com a dor, em seu sentido mais amplo, englobando não apenas a dor física, mas também os sentimentos negativos, como a

²¹⁹ Embora a doutrina fale em danos extrapatrimoniais coletivos, é importante refletir se a terminologia mais correta não seria danos “ultrapatrimoniais” coletivos, tendo em vista que a palavra “extra” significa algo que está fora do patrimônio e estando fora não seria possível falar em reparação/compensação. Enquanto “ultra” designaria a ideia de algo que está além, mas não necessariamente fora do patrimônio. Neste sentido, Aurélio Buarque que “extra” é: “Extra-, [Do lat. *Extra*.] **Pref.** = ‘posição exterior’, ‘fora de’: *extramural*, *extra-uterino*.” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. Curitiba: Positivo, 2004, p. 860). De outro lado, a palavra “ultra” significa: “Ultra-, [Do lat. *Ultra*.] **Pref.** = ‘além de’, ‘em excesso, extremamente’: *ultra-humano*, *ultramar*, *ultra-revolucionário*, *ultra-sensível*.” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. Curitiba: Positivo, 2004, p. 2014).

²²⁰ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 226.

²²¹ CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 22.

tristeza, a angústia, a amargura, a vergonha, a humilhação”²²². No mesmo sentido é a definição de Jorge Bustamante Alsina que define o dano moral através de alterações de natureza subjetiva:

Pode-se definir o dano moral como a lesão aos sentimentos que determina dor ou sofrimentos físicos, inquietação espiritual, ou agravo às afeições legítimas e, em geral, a toda classe de padecimentos insuscetíveis de apreciação pecuniária.²²³

Contudo, na conjuntura do Estado Democrático Direito, é preciso atualizar o conceito de dano moral no contexto dos direitos fundamentais coletivos. Isso porque aquela visão subjetivista de que o dano moral decorre da violação de valores individuais que geram sofrimento, dor e outros caracteres de foro íntimo deve ser modernizada no sentido de se atribuir um viés objetivo a tutela moral dos valores coletivos, conforme registra Leonardo Roscoe Bessa:

A indefinição doutrinária e jurisprudencial concernente à matéria decorre da absoluta impropriedade da denominação dano moral coletivo, a qual traz consigo – indevidamente – discussões relativas à própria concepção do dano moral no seu aspecto individual. Outro motivo ensejador de equívocos é a inexistência, no campo material, de uma teoria própria e sedimentada dos direitos metaindividuais, o que obriga o intérprete e aplicador da lei a recorrer a institutos e conceitos impróprios, para tentar solucionar complexos problemas inerentes à sociedade massificada, que exige uma outra racionalidade.²²⁴

A consequência lógica da materialização e consolidação dos direitos fundamentais coletivos na sociedade complexa e multifacetada²²⁵ é a sua tutela integral, inclusive com a reparação dos danos extrapatrimoniais coletivos *lato sensu*,²²⁶ resultantes da violação de tais direitos metaindividuais.

²²² ANDRADE, André Gustavo C. de. *A Evolução do Conceito de Dano Moral*. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/>. Acesso em 10 jun. 2014.

²²³ ALSINA, Jorge Bustamante, apud, ANDRADE, André Gustavo C. de. *A Evolução do Conceito de Dano Moral*. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/>. Acesso em 10 jun. 2014.

²²⁴ BESSA, Leonardo Roscoe. *Dano Moral Coletivo*. Revista da Direito e Liberdade. Mossoró – v.7, n.3, p. 237-274 – jul/dez 2007, p. 238.

²²⁵ Neste sentido, Tiago Xisto diz que: “A vida em uma sociedade complexa, abrangente e multifacetada, como a atual, torna imprescindível o desenvolvimento de um regime de responsabilidade civil que tenha aptidão para prevenir e reparar, amplamente, as variadas modalidades de danos decorrentes de condutas antijurídicas, que atingem os campos de interesse patrimonial e moral dos indivíduos e dos grupos. Observa-se, nesse passo, que o reconhecimento de novas esferas de projeção à dignidade humana, principalmente à luz da sua consideração social, ampliou sensivelmente as áreas de interesses protegidos pela ordem jurídica, daí emergindo novas categorias de direitos fundamentais, passíveis de tutela, caracterizados pela sua natureza coletiva.” (MEDEIRO NETO, Tiago Xisto. *Dano Moral Coletivo: Fundamentos e Características*. Brasília: Editora LTR, 2002, p.77)

²²⁶ Tiago Xisto, baseado na doutrina de José Antônio Remédio, José Fernando Seifarth de Freitas e José Júlio Lozano Júnior diz que “tanto o dano moral coletivo indivisível (gerado por ofensa aos interesses difusos e

Gabriel Stiglitz, citado por Luís Gustavo Grandinetti, afirma que os “novos” direitos coletivos criaram uma nova dimensão social de sentimentos, onde há uma preocupação em tutelar a si e ao mesmo tempo os interesses do demais, numa perspectiva transindividual.

Gabriel Stiglitz percebeu a transformação do dano individual ao dano coletivo, afirmando que o fundamento deste último está na ideia da moral dos grupos humanos e na assunção de “*una nueva dimensión social de los sentimientos y afecciones de los hombres en un mundo de convivencia, de necesidades y expectativas compartidas en comunidad*”, Justifica esse contexto também com a noção do interesse coletivo em que “*cada membro del grupo, de la categoría o clase, cuenta para sí con un derecho o interés tutelable...Cada uno de los miembros de una categoría, clase, grupo o medio, según fuere la naturaleza del bien al tutelar, se protege a sí mismo y al mismo tiempo en su área de significación protege a todos los demás.*”²²⁷

Com intenção de conceder uma ampla proteção aos direitos metaindividuais, a doutrina moderna busca uma função preventiva em relação aos danos decorrentes de tais direitos, afirmando ainda, a possibilidade de reparação civil por danos extrapatrimoniais coletivos, conforme ensinado pelo jurista argentino Gabriel Stiglitz:

*a) la nueva vigencia de los factores objetivos de atribución de responsabilidad (teoría del riesgo, deber de garantía etc.); b) la función preventiva del Derecho de Daños; c) la total resarcibilidad del daño moral; d) la extensión del derecho a reparación, en favor de los llamados intereses simples, incluidos los supraindividuales.*²²⁸

No cenário nacional, inúmeros outros autores, com bons argumentos, defendem o desenvolvimento do conceito de dano moral coletivo e a sua consequente reparabilidade, pois diante da evolução da sociedade e o surgimento de novos direitos fundamentais, obviamente que a reparação deve se estender a tais direitos coletivos.

Conforme já mencionamos anteriormente, em termos legais a previsão da reparação civil por danos extrapatrimoniais coletivos foi prevista expressamente no CDC e na LACP, com alterações da Lei 8.884/1994. Sendo que na concepção de Hugo Nigro Mazzilli tais normas surgiram com o propósito de acabar com a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a reparabilidade ou não dos danos morais metaindividuais:

coletivos de uma comunidade) como o divisível (gerado por ofensas aos interesses individuais homogêneos) ensejam a reparação”. (MEDEIRO NETO, Tiago Xisto. *Dano Moral Coletivo: Fundamentos e Características*. Brasília: Editora LTR, 2002, p. 87-88)

²²⁷ STIGLITZ, Gabriel Alejandro, apud, CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Responsabilidade por Dano Não-Patrimonial a Interesse Difuso (Dano Moral Coletivo)*. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, v.3, n. 9, 2000, p.31.

²²⁸ STIGLITZ, Gabriel Alejandro, apud, MEDEIRO NETO, Tiago Xisto. *Dano Moral Coletivo: Fundamentos e Características*. Brasília: Editora LTR, 2002, p. 81.

Diante, porém, das inevitáveis discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre se a ação civil pública também alcançaria os danos morais, o legislador resolveu posicionar-se expressamente. Primeiro, a Lei n.º 8.078/90 (CDC) reconheceu, como direito básico do consumidor, a prevenção, a proteção e a reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos. A seguir, a Lei 8.429/92 (LIA) não sancionou apenas os atos de enriquecimento ilícito dos agentes públicos ou os atos que causem prejuízo ao erário; sancionou também danos morais à coletividade, como aqueles que atentem contra os princípios da Administração Pública, ou seja, qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade ou lealdade às instituições. Por sua vez, a Lei 8.884/94 conferiu à coletividade a titularidade dos direitos de liberdade de iniciativa, à livre concorrência, à função social da propriedade, à defesa dos consumidores e a repressão ao abuso de poder econômico (art.1º). De maneira coerente, portanto, essa lei introduziu uma alteração na LACP, segundo a qual a ação civil pública passou a objetivar, de maneira expressa, a responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a quaisquer dos valores transindividuais de que cuida essa mesma lei.²²⁹

Carlos Alberto Bittar Filho, em plena consonância com tal tendência, definiu o dano moral coletivo como “a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos”,²³⁰ afirmando ainda que:

Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico; quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*).²³¹

André de Carvalho Ramos também reconhece a reparabilidade do dano moral coletivo, desde que haja uma ampliação e uma objetivação do conceito de dano moral:

Destarte, com a aceitação da reparabilidade do dano moral em face de entes diversos das pessoas físicas, verifica-se a possibilidade de sua extensão ao campo dos chamados interesses difusos e coletivos. As lesões aos interesses difusos e coletivos não somente geram danos materiais, mas também podem gerar danos morais. O ponto-chave para a aceitação do chamado dano moral coletivo está na ampliação de seu conceito, deixando de ser o dano moral um equivalente da dor psíquica, que seria exclusividade de pessoas físicas.²³²

²²⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 150/151.

²³⁰ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *O Dano Moral Coletivo no atual Contexto Jurídico Brasileiro*. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30881-33349-1-PB.pdf>. Acesso em 10 jun. 2014.

²³¹ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *O Dano Moral Coletivo no atual Contexto Jurídico Brasileiro*. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30881-33349-1-PB.pdf>. Acesso em 10 jun. 2014.

²³² RAMOS, André de Carvalho. *A Ação Civil Pública e o Dano Moral Coletivo*. Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/6772-6771-1-PB.htm>. Acesso em 29/06/2014.

Sobre a reparabilidade do dano moral coletivo, em sede doutrinária, cabe ainda traduzir a noção de Luís Gustavo Grandinetti, que defende o abandono da noção individualista de moralidade para pregar uma nova moral socializada, nos seguintes termos:

Surge o recém denominado dano moral coletivo. O dano moral, portanto, deixa a concepção individualista caracterizadora da responsabilidade civil para assumir uma outra mais *socializada*, preocupada com valores de uma determinada comunidade e não apenas com o valor da pessoa individualizada.²³³

Desta forma, a reparação civil por danos morais coletivos é instituto que objetiva reparar a violação aos direitos fundamentais coletivos quando houver violação aos valores morais objetivos de uma determinada coletividade.

Não obstante aos bons argumentos da doutrina, a jurisprudência oscila sobre a matéria. O STJ no julgamento do REsp 598.281/MG, em 2006, conforme já demonstrando, por maioria de votos entendeu não ser possível a reparação decorrente de danos morais coletivos. Contudo, na época do julgamento os ministros Luiz Fux e José Delgado votaram no sentido de reconhecer a reparação por danos morais coletivos nos limites da ementa vencida, redigida por Fux da seguinte maneira:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AO MEIO AMBIENTE. DANO MATERIAL E MORAL. ART. 1º DA LEI 7347/85. 1. O art. 1º da Lei 7347/85 dispõe: "*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.*" 2. O meio ambiente ostenta na modernidade valor inestimável para a humanidade, tendo por isso alcançado a eminência de garantia constitucional. 3. O advento do novel ordenamento constitucional - no que concerne à proteção ao dano moral - possibilitou ultrapassar a barreira do indivíduo para abranger o dano extrapatrimonial à pessoa jurídica e à coletividade. 4. No que pertine a possibilidade de reparação por dano moral a interesses difusos como sói ser o meio ambiente amparam-na o art. 1º da Lei da Ação Civil Pública e o art. 6º, VI, do CDC. 5. Com efeito, o meio ambiente integra inegavelmente a categoria de interesse difuso, posto inapropriável *uti singuli*. Consectariamente, a sua lesão, caracterizada pela diminuição da qualidade de vida da população, pelo desequilíbrio ecológico, pela lesão a um determinado espaço protegido, acarreta incômodos físicos ou lesões à saúde da coletividade, revelando atuar ilícito contra o patrimônio ambiental, constitucionalmente protegido. 6. Deveras, os fenômenos, analisados sob o aspecto da repercussão física ao ser humano e aos demais elementos do meio ambiente constituem dano patrimonial ambiental. 7. O

²³³ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Responsabilidade por Dano Não-Patrimonial a Interesse Difuso (Dano Moral Coletivo)*. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, v.3, n. 9, 2000, p. 31.

dano moral ambiental caracterizar-se 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. 8. 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. 9. Destarte, não se pode olvidar que o meio ambiente pertence a todos, porquanto a Carta Magna de 1988 universalizou este direito, erigindo-o como um bem de uso comum do povo. Desta sorte, em se tratando de proteção ao meio ambiente, podem co-existir [siq] o dano patrimonial e o dano moral, interpretação que prestigia a real exegese da Constituição em favor de um ambiente sadio e equilibrado. 10. Sob o enfoque infraconstitucional a Lei n. 8.884/94 introduziu alteração na LACP, segundo a qual passou restou expresso que a ação civil pública objetiva a responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a quaisquer dos valores transindividuais de que cuida a lei. 11. Outrossim, a partir da Constituição de 1988, há duas esferas de reparação: a patrimonial e a moral, gerando a possibilidade de o cidadão responder pelo dano patrimonial causado e também, cumulativamente, pelo dano moral, um independente do outro. 12. Recurso especial provido para condenar os recorridos ao pagamento de dano moral, decorrente da ilicitude perpetrada contra o meio ambiente, nos termos em que fixado na sentença (fls. 381/382).²³⁴

Ressai do julgado acima que a responsabilidade por dano moral coletivo advém do mandamento constitucional contido no artigo 5º, inciso V e X, bem como das LACP e do CDC, nos termos já citados. Além dos elementos formais, a possibilidade de reparação no caso em tela, decorreria da historicidade do direito coletivo ao meio ambiente, pois com a evolução e a massificação da sociedade, o meio ambiente sadio é um direito de valor incalculável e de natureza fundamental.

No final de 2008, na 2ª turma do STJ, o voto vencido, proferido pela ministra Nancy Andrighi, deixou claro que é possível a reparação civil por danos morais coletivos. A ação dizia respeito a cenas de sexo e violência exibidas na novela “A Próxima Vítima”, reprisada no horário vespertino, na TV Globo Ltda. No voto, a ministra, deixou claro que noção de dano moral coletivo não se confunde com a de vários danos morais individuais, como argumentava a defesa com o objetivo de decotar o dano moral de R\$5.000.000,00 (cinco milhões) em favor da coletividade. Isso ocorre porque, segundo a ministra, a coletividade teria uma moral coletiva que deve ser tutelada:

²³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 598.281/MG, Relator: Ministro Luiz Fux, 2006. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200301786299&dt_publicacao=01/06/2006. Acesso em 02 jun. 2014.

O dano difuso é sofrido pela coletividade sem ser suportado por seus membros senão nessa condição de integrantes do grupo social. Porque a multiplicidade de danos morais individuais não se confunde com o dano moral coletivo, deve-se concluir que o problema trazido pela recorrente é falso. A constatação de inúmeros danos morais individuais significa apenas que muitos bens pessoais foram violados. Ora, se o ato praticado pela recorrente trouxe transtornos para a integridade físico-psíquica de um ou mais indivíduos, cada um destes teria direito a reparação de tais danos. Assim, é irrelevante avaliar se a programação em questão não passou de mera situação corriqueira para alguns, pois isso, no máximo, diminuiria o número de indenização individuais devidas. O que importa é o pedido formulado pelo Ministério Público. Este se fundamenta na existência de uma integridade moral coletiva que merece ser tutelada. Por isso, o problema refoge à experiência individual. O litígio não se resume à uma pesquisa de opinião e tampouco a uma questão estatística. Com efeito, mesmo que um grande número de famílias houvesse consentido na exposição de seus filhos à programação imprópria, ainda assim poderia ser digno de tutela um bem difuso, extra-patrimonial, e, por isso, de natureza indisponível.²³⁵

A mesma 2ª turma do Superior Tribunal de Justiça, em 2009, no julgamento do REsp 1.057.274/RS, embora não tenha fixado danos morais de natureza coletiva, reconheceu expressamente a possibilidade de fazê-lo, vejamos a ementa:

ADMINISTRATIVO - TRANSPORTE - PASSE LIVRE - IDOSOS - DANO MORAL COLETIVO - DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA DOR E DE SOFRIMENTO - APLICAÇÃO EXCLUSIVA AO DANO MORAL INDIVIDUAL - CADASTRAMENTO DE IDOSOS PARA USUFRUTO DE DIREITO - ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA PELA EMPRESA DE TRANSPORTE - ART. 39, § 1º DO ESTATUTO DO IDOSO – LEI 10741/2003 VIAÇÃO NÃO PREQUESTIONADO. 1. O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base. 2. O dano extrapatrimonial coletivo 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. 3. Na espécie, o dano coletivo apontado foi a submissão dos idosos a procedimento de cadastramento para o gozo do benefício do passe livre, cujo deslocamento foi custeado pelos interessados, quando o Estatuto do Idoso, art. 39, § 1º exige apenas a apresentação de documento de identidade. 4. Conduta da empresa de viação injurídica se considerado o sistema normativo. 5. Afastada a sanção pecuniária pelo Tribunal que considerou as circunstâncias fáticas e probatórias e restando sem prequestionamento o Estatuto do Idoso, mantém-se a decisão. 5. Recurso especial parcialmente provido.²³⁶

²³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp Nº 636.021/RJ, Relatora: Ministra Nancy Andrichi, 2008. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200400194947&dt_publicacao=06/03/2009. Acesso em 02 jun. 2014.

²³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.057.274/RS, Relatora: Ministra Eliana Calmon, 2009. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200801044981&dt_publicacao=26/02/2010. Acesso em 05 jun. 2014.

O recurso discutia danos morais coletivos aos idosos em razão da exigência de prévio cadastro para que os idosos usufríssem do transporte coletivo urbano. Diante da impossibilidade de analisar circunstâncias fáticas e da ausência de prequestionamento a Ministra não fixou danos morais coletivos, mas afirmou taxativamente a possibilidade de reparação.

Segundo a ministra Eliana Calmon o não reconhecimento da reparação por danos morais coletivos geraria a alta conflituosidade social e a decadência do direito, por não tutelar direitos tão relevantes e fundamentais à sociedade.

E não poderia ser diferente porque as relações jurídicas caminham para uma massificação e a lesão aos interesses de massa não podem ficar sem reparação, sob pena de criar-se litigiosidade contida que levará ao fracasso do Direito como forma de prevenir e reparar os conflitos sociais. A reparação civil segue em seu processo de evolução iniciado com a negação do direito à reparação do dano moral puro para a previsão de reparação de dano a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ao lado do já consagrado direito à reparação pelo dano moral sofrido pelo indivíduo e pela pessoa jurídica (cf. Súmula 227/STJ).²³⁷

O entendimento da ministra está em plena consonância com a moderna doutrina, no sentido de atribuir sentido mais objetivo e particularizado ao conceito de dano moral diante da violação de direitos coletivos. Para ela, isso não significa que da violação dos direitos coletivos não possa resultar dor, aflição, repulsa, mas, sim, que tais sentimentos não são indispensáveis para a configuração do dano moral coletivo.

O dano moral extrapatrimonial atinge direitos de personalidade do grupo ou coletividade enquanto realidade massificada, que a cada dia mais reclama soluções jurídicas para sua proteção. É evidente que uma coletividade de índios pode sofrer ofensa à honra, à sua dignidade, à sua boa reputação, à sua história, costumes e tradições. Isso não importa exigir que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação tal qual fosse um indivíduo isolado. Estas decorrem do sentimento coletivo de participar de determinado grupo ou coletividade, relacionando a própria individualidade à idéia do coletivo.²³⁸

No ano de 2011, a 2ª turma, mais uma vez, deixa claro que é possível a reparação cível por danos morais coletivos nos seguintes termos:

²³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.057.274/RS, Relatora: Ministra Eliana Calmon, 2009. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200801044981&dt_publicacao=26/02/2010. Acesso em 05 jun. 2014.

²³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.057.274/RS, Relatora: Ministra Eliana Calmon, 2009. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200801044981&dt_publicacao=26/02/2010. Acesso em 05 jun. 2014.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL COLETIVA. INTERRUÇÃO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NEXO DE CAUSALIDADE. SÚMULA 7/STJ. DANO MORAL COLETIVO. DEVER DE INDENIZAR. 1. Cuida-se de Recursos Especiais que debatem, no essencial, a legitimação para agir do Ministério Público na hipótese de interesse individual homogêneo e a caracterização de danos patrimoniais e morais coletivos, decorrentes de frequentes interrupções no fornecimento de energia no Município de Senador Firmino, culminando com a falta de eletricidade nos dias 31 de maio, 1º e 2 de junho de 2002. Esse evento causou, entre outros prejuízos materiais e morais, perecimento de gêneros alimentícios nos estabelecimentos comerciais e nas residências; danificação de equipamentos elétricos; suspensão do atendimento no hospital municipal; cancelamento de festa junina; risco de fuga dos presos da cadeia local; e sentimento de impotência diante de fornecedor que presta com exclusividade serviço considerado essencial. 2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 3. O Ministério Público tem legitimidade ativa para atuar em defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores. Precedentes do STJ. 4. A apuração da responsabilidade da empresa foi definida com base na prova dos autos. Incide, *in casu*, o óbice da Súmula 7/STJ. 5. *O dano moral coletivo atinge interesse não patrimonial de classe específica ou não de pessoas, uma afronta ao sentimento geral dos titulares da relação jurídica-base*. 6. O acórdão estabeleceu, à luz da prova dos autos, que a interrupção no fornecimento de energia elétrica, em virtude da precária qualidade da prestação do serviço, tem o condão de afetar o patrimônio moral da comunidade. Fixado o cabimento do dano moral coletivo, a revisão da prova da sua efetivação no caso concreto e da quantificação esbarra na Súmula 7/STJ. 7. O cotejo do conteúdo do acórdão com as disposições do CDC remete à sistemática padrão de condenação genérica e liquidação dos danos de todos os munícipes que se habilitarem para tanto, sem limitação àqueles que apresentaram elementos de prova nesta demanda (Boletim de Ocorrência). Não há, pois, omissão a sanar. 8. Recursos Especiais não providos.²³⁹ (destacamos)

No caso em comento, o recurso não foi acolhido por ter que discutir matéria fático-probatória. Contudo, no relatório do ministro Herman Benjamin, ficou consignado que os danos morais coletivos existem e decorrem da violação de direitos coletivos de classe específica ou não de pessoas, desde que haja ofensa aos sentimentos dos titulares da relação jurídica base.

Em síntese, o dano moral coletivo atinge interesse não patrimonial de classe específica ou não de pessoas, sendo passível de comprovação pela presença de ofensa ao sentimento geral dos titulares da relação jurídica-base. Fixado o

²³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.197.654 / MG, Relator: Ministro Herman Benjamin, 2011. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201001051042&dt_publicacao=08/03/2012. Acesso em 08 jun. 2014.

cabimento do dano moral coletivo, a revisão da prova da sua efetivação no caso concreto e da quantificação esbarra na Súmula 7/STJ.²⁴⁰

Em fevereiro de 2012, a 3ª turma do STJ negou provimento ao recurso especial proposto pelo Banco Itaú para manter a condenação de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) por danos morais coletivos em razão da violação ao direito de acessibilidade, pois no Banco existia um lance de escada com 23 degraus que dificultava a acessibilidade de idosos, gestantes, deficientes, entre outros.

RECURSO ESPECIAL - DANO MORAL COLETIVO - CABIMENTO - ARTIGO 6º, VI, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - REQUISITOS - RAZOÁVEL SIGNIFICÂNCIA E REPULSA SOCIAL - OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE - CONSUMIDORES COM DIFICULDADE DE LOCOMOÇÃO - EXIGÊNCIA DE SUBIR LANCES DE ESCADAS PARA ATENDIMENTO - MEDIDA DESPROPORCIONAL E DESGASTANTE - INDENIZAÇÃO - FIXAÇÃO PROPORCIONAL - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. I - *A dicção do artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor é clara ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletivamente.* II - *Todavia, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. 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, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. Ocorrência, na espécie.* III - *Não é razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção, seja pela idade, seja por deficiência física, ou por causa transitória, à situação desgastante de subir lances de escadas, exatos 23 degraus, em agência bancária que possui plena capacidade e condições de propiciar melhor forma de atendimento a tais consumidores.* IV - *Indenização moral coletiva fixada de forma proporcional e razoável ao dano, no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).* V - *Impõe-se reconhecer que não se admite recurso especial pela alínea "c" quando ausente a demonstração, pelo recorrente, das circunstâncias que identifiquem os casos confrontados.* VI - *Recurso especial improvido.*²⁴¹ (destacamos)

Para o ministro relator, Massami Uyeda, a possibilidade de fixação de dano moral coletivo é incontestada, diante da redação do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, não é qualquer violação aos direitos coletivos que geram dever de indenizar por prejuízos morais, pois é necessário que a violação supere os limites de tolerabilidade e que seja grave suficientemente para ocasionar sofrimentos e intranquilidade social:

²⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.197.654 / MG, Relator: Ministro Herman Benjamin, 2011. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201001051042&dt_publicacao=08/03/2012. Acesso em 08 jun. 2014.

²⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.221.756 / RJ, Relator: Ministro Massami Uyeda, 2012. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201001970766&dt_publicacao=10/02/2012. Acesso em 08 jun. 2014.

Inicialmente, registra-se que a dicção do artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor é clara ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletivamente. (...) Todavia, é importante deixar assente que não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso, que dê ensanchas 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, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva.²⁴²

Em agosto de 2012, a mesma 3ª turma do Egrégio STJ, no REsp 1.291.213/SC, também manteve-se a condenação por danos morais coletivos no valor de R\$200.000,00 (duzentos mil reais) em decorrência da violação aos direitos de informação dos consumidores, realizada pela operadora de telefonia Brasil Telecom.

O ministro responsável pela lavratura do acórdão, Sidnei Beneti, da mesma forma que no julgado anterior, entendeu que a previsão por danos morais coletivos está no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor e decorre da ofensa à dignidade dos consumidores, diante da inexistência de informação acerca do plano que não permitia realizar ligações interurbanas e nem receber ligações a cobrar. Na concepção do ministro tal violação ao direito de informação dos consumidores ultrapassou os limites da tolerabilidade social, gerando graves sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. A ementa tem os seguintes termos:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EMPRESA DE TELEFONIA - PLANO DE ADESÃO - LIG MIX - OMISSÃO DE INFORMAÇÕES RELEVANTES AOS CONSUMIDORES - DANO MORAL COLETIVO - RECONHECIMENTO - ARTIGO 6º, VI, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - PRECEDENTE DA TERCEIRA TURMA DESTA CORTE - OFENSA AOS DIREITOS ECONÔMICOS E MORAIS DOS CONSUMIDORES CONFIGURADA - DETERMINAÇÃO DE CUMPRIMENTO DO JULGADO NO TOCANTE AOS DANOS MATERIAIS E MORAIS INDIVIDUAIS MEDIANTE REPOSIÇÃO DIRETA NAS CONTAS TELEFÔNICAS FUTURAS - DESNECESSÁRIOS PROCESSOS JUDICIAIS DE EXECUÇÃO INDIVIDUAL - CONDENAÇÃO POR DANOS MORAIS DIFUSOS, IGUALMENTE CONFIGURADOS, MEDIANTE DEPÓSITO NO FUNDO ESTADUAL ADEQUADO. 1.- *A indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletiva e difusa, tem seu fundamento no artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor.* 2.- *Já realmente firmado que, não é qualquer tentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser*

²⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.221.756 / RJ, Relator: Ministro Massami Uyeda, 2012. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201001970766&dt_publicacao=10/02/2012. Acesso em 08 jun. 2014.

grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, inquietude social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. Ocorrência, na espécie. (REsp 1221756/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 10/02/2012).

3.- No presente caso, contudo restou exaustivamente comprovado nos autos que a condenação à composição dos danos morais teve relevância social, de modo que, o julgamento repara a lesão causada pela conduta abusiva da ora Recorrente, ao oferecer plano de telefonia sem, entretanto, alertar os consumidores acerca das limitações ao uso na referida adesão. O Tribunal de origem bem delineou o abalo à integridade psico-física da coletividade na medida em que foram lesados valores fundamentais compartilhados pela sociedade. 4.- *Configurada ofensa à dignidade dos consumidores e aos interesses econômicos diante da inexistência de informação acerca do plano com redução de custo da assinatura básica, ao lado da condenação por danos materiais de rigor moral ou levados a condenação à indenização por danos morais coletivos e difusos.* 5.- Determinação de cumprimento da sentença da ação civil pública, no tocante à lesão aos participantes do "LIG-MIX", pelo período de duração dos acréscimos indevidos: a) por danos materiais, individuais por intermédio da devolução dos valores efetivamente cobrados em telefonemas interurbanos e a telefones celulares; b) por danos morais, individuais mediante o desconto de 5% em cada conta, já abatido o valor da devolução dos participantes de aludido plano, por período igual ao da duração da cobrança indevida em cada caso; c) por dano moral difuso mediante prestação ao Fundo de Reconstituição de Bens Lesados do Estado de Santa Catarina; d) realização de levantamento técnico dos consumidores e valores e à operacionalização dos descontos de ambas as naturezas; e) informação dos descontos, a título de indenização por danos materiais e morais, nas contas telefônicas. 6.- Recurso Especial improvido, com determinação (n. 5 supra).²⁴³ (destacamos)

Já em 2013, no mês de agosto, a 2ª turma do STJ, novamente teve oportunidade de apreciar outro recurso especial em que se discutia a possibilidade de fixar dano moral coletivo ambiental em decorrência de armazenamento inadequado de produtos que geram alto risco de contaminação à sociedade:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. CONDENAÇÃO A DANO EXTRAPATRIMONIAL OU DANO MORAL COLETIVO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO NATURA. 1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso. 2. *A Segunda Turma recentemente pronunciou-se no sentido de que, ainda que de forma reflexa, a degradação ao meio ambiente dá ensejo ao dano moral coletivo.* 3. *Haveria contra sensu jurídico na admissão de ressarcimento por lesão a dano moral individual sem que se pudesse dar à coletividade o mesmo tratamento, afinal, se a honra de cada um dos indivíduos deste mesmo grupo*

²⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.291.213/SC, Relator: Ministro Sidnei Beneti, 2012. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201102695090&dt_publicacao=25/09/2012. Acesso em 09 jun. 2014.

é afetada, os danos são passíveis de indenização. 4. As normas ambientais devem atender aos fins sociais a que se destinam, ou seja, necessária a interpretação e a integração de acordo com o princípio hermenêutico *in dubio pro natura*. Recurso especial improvido.²⁴⁴ (destacamos)

O ministro relator do acórdão, Humberto Martins, manteve a condenação de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais) proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, utilizando os mesmos fundamentos dos julgados anteriores favoráveis. Ressai do julgado do Tribunal Carioca que o dano moral coletivo decorreria do incômodo pelo inadequado armazenamento de produtos perigosos à coletividade. Neste sentido, vale a pena registrar a ementa que fala em dano moral coletivo por incomodamento:

Apelações tempestivas, preparadas (as da parte ré) e dentro da regularidade formal. Industrialização e depósito de produto a partir do amianto (fibrocimento). Meio ambiente. Lei n 7.347/85. Ação Civil Pública precedida do competente Inquérito civil Público. Antecipação da tutela cumprida. Armazenamento Inadequado de produtos de fibrocimento (amianto). Graves riscos de contaminação. Perigo à saúde pública. Condenação solidária. *Ub emolumentum, ibi et onus esse debet*. Possibilidade de reparação por dano moral detrimetoso do sentimento difuso ou coletivo. *Caracterização do o chamado dano por incomodamento. Patrimônio imaterial da sociedade.* PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO O MINISTÉRIO PÚBLICO E IMPROVIMENTO AS APELAÇÕES DA PARTE RÉ, PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA. REFORMA PARCIAL DO JULGADO DE PRIMEIRO GRAU."²⁴⁵ (destacamos)

Ainda em 2013, no mês de setembro, a mesma 2ª turma do STJ, agora com relatoria da ministra Eliana Calmon, decidiu novamente, sobre a possibilidade de reparação civil por danos morais coletivos.

AMBIENTAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO E PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. COMPLEXO PARQUE DO SABIÁ. OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC NÃO CONFIGURADA. CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÕES DE FAZER COM INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA. ART. 3º DA LEI 7.347/1985. POSSIBILIDADE. DANOS MORAIS COLETIVOS. CABIMENTO. 1. Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide. 2. Segundo a jurisprudência do STJ, a logicidade hermenêutica do art. 3º da Lei 7.347/1985 permite a cumulação das condenações em obrigações de fazer ou não fazer e indenização pecuniária em sede de ação civil pública, a fim de possibilitar a

²⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.367.923 / RJ, Relator: Ministro Humberto Martins, 2013. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1367923+&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>. Acesso em 09 jun. 2014.

²⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.367.923 / RJ, Relator: Ministro Humberto Martins, 2013. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1367923+&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>. Acesso em 09 jun. 2014.

concreta e cabal reparação do dano ambiental pretérito, já consumado. Microsistema de tutela coletiva. 3. O dano ao meio ambiente, por ser bem público, gera repercussão geral, impondo conscientização coletiva à sua reparação, a fim de resguardar o direito das futuras gerações a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. 4. *O dano moral coletivo ambiental atinge direitos de personalidade do grupo massificado, sendo desnecessária a demonstração de que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação, tal qual fosse um indivíduo isolado.* 5. Recurso especial provido, para reconhecer, em tese, a possibilidade de cumulação de indenização pecuniária com as obrigações de fazer, bem como a condenação em danos morais coletivos, com a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que verifique se, no caso, há dano indenizável e fixação do eventual quantum debeat. ²⁴⁶ (destacamos)

Além dos argumentos favoráveis a fixação de dano moral coletivo, levantados pela doutrina e jurisprudência, cumpre salientar que a reparação civil por danos morais coletivos é o entendimento que mais se coaduna com a concepção solidária, fraterna e democrática do atual Estado Democrático de Direito.

Ficou demonstrado nos tópicos acima que os direitos fundamentais evoluíram de uma concepção individualista até uma coletiva, sendo que tanto os direitos individuais, quanto os direitos coletivos são direitos de natureza fundamental. Os direitos fundamentais coletivos, da mesma forma que os de natureza individual, também podem sofrer violações, materializados no dizer de Bittar Filho “na injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos”²⁴⁷.

Ocorrendo violação aos direitos fundamentais coletivos obviamente que a reparação civil por danos extrapatrimoniais à coletividade surge como um instituto que visa tentar reestabelecer o direito fundamental ao seu *status que ante e* prevenir para evitar a ocorrência de novas violações. Em se tratando de instituto que não existe sem a existência dos direitos fundamentais coletivos, pode-se dizer que é um acessório que tem a mesma natureza jurídica do principal. Desta forma, a reparação por danos morais coletivos deve ser tratada como um direito fundamental de natureza coletiva.

Como se não bastasse, do ponto de vista formal, é perfeitamente possível conceber a reparação civil por danos morais coletivos como direito fundamental, tendo em vista que a reparação por danos morais está localizada no rol dos direitos fundamentais, individuais e **coletivos**, previstos no artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal.

²⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.269.494 / MG, Relatora: Ministra Eliana Calmon, 2013. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201101240119&dt_publicacao=01/10/2013. Acesso em 09 jun. 2014.

²⁴⁷ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *O Dano Moral Coletivo no atual Contexto Jurídico Brasileiro*. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30881-33349-1-PB.pdf>. Acesso em 10 jun. 2014.

Não há nenhuma proibição em se interpretar extensivamente as normas dos incisos V e X da CF, pois elas localizadas no título II, capítulo I, onde se reconhece expressamente os direitos fundamentais, inclusive os coletivos. Ademais, o artigo 5º, § 2º, da CF, permite outras normas de natureza fundamental, independentemente de constarem no texto constitucional.

Neste sentido, Carlos Roberto Gonçalves, afirma que as hipóteses de reparação civil por dano extrapatrimonial são um rol exemplificativo que admitem interpretação extensiva para englobar a tutela de outros direitos como os direitos coletivos:

Destarte, o argumento baseado na ausência de um princípio geral desaparece. E, assim, a reparação do dano moral integra-se definitivamente em nosso direito. *É de se acrescentar que a enumeração é meramente exemplificativa, sendo lícito à jurisprudência e à lei ordinária editar outros casos. Com efeito, aludindo a determinados direitos, a Constituição estabeleceu o mínimo. Não se trata, obviamente de ‘numerus clausus’, ou enumeração taxativa. Esses, mencionados nas alíneas constitucionais, não são os únicos direitos cuja violação sujeita o agente a reparar. Não podem ser reduzidos, por via legislativa, porque inscritos na Constituição. Podem, contudo, ser ampliados pela legislatura ordinária, como podem ainda receber extensão por via de interpretação, que neste teor recebe, na técnica do Direito Norte-Americano, a designação de ‘construction’.* Com as duas disposições contidas na Constituição de 1988 o princípio da reparação do dano moral encontrou o batismo que a inseriu em a canonicidade de nosso direito positivo. Agora, pela palavra mais firme e mais alta da norma constitucional, tornou-se princípio de natureza cogente o que estabelece a reparação por dano moral em o nosso direito. Obrigatório para o legislador e para o juiz.²⁴⁸ (destacamos)

Ainda na mesma linha, tratando de reparação por danos imateriais Daniela Lutzky, em tese de doutorado, defende a reparação civil por danos imateriais como um direito fundamental nesses termos:

O certo é que, para a inclusão da reparação de danos imateriais como um direito fundamental, é necessário defender a existência de direitos materialmente fundamentais, pois ainda não estão expressos na Carta Maior; todavia, não se pode descartar a possibilidade da inserção de uma cláusula geral no art.5º da CF/88, incluindo o direito à reparação de danos como sendo um dos direitos formalmente fundamentais, porque conteúdo e importância para tanto não faltam ao tema em questão. Também se ressalta que um direito fundamental pode advir tanto de textos legais nacionais – aqui, especificamente, tem-se, por exemplo, o Código Civil de 2002, mais precisamente o artigo 186, combinado com o artigo 927 – bem como pode decorrer de textos internacionais, aprofundamento que não cabe no momento. Desta forma consegue-se identificar, claramente, quais são os direitos que podem ser considerados fundamentais, seja pelo seu conteúdo, seja pela sua fonte.²⁴⁹

²⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 578.

²⁴⁹ LUTZKY, Daniela Courtes. *A Reparação de Danos Imateriais como Direito Fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 64.

A fundamentalidade da reparação civil por danos morais coletivos está em plena consonância com a ideia de *summa divisio* constitucionalizada, pois não se apega a superada noção de que os danos decorrem da violação de valores privados e subjetivos ligados à determinada pessoa. Isso porque, na conjuntura de sociedade solidária e coletiva, a sociedade surge como figura que merece tutela independentemente de dor e sofrimento, pois são direitos que transpassam a esfera individual, e, conseqüentemente, têm natureza jurídica diferente dos individuais.

É preciso girar o foco hermenêutico para tutela ampla dos direitos transindividuais, inclusive com reparação para danos morais coletivos, pois de nada adianta o devido processo legal, contraditório, liberdade contratual, propriedade, etc., se não existir meio ambiente que possibilite a sobrevivência, por exemplo.

Desta forma, concluímos que é possível a reparação civil por danos extrapatrimoniais coletivos no contexto do Estado Democrático de Direito. Sendo que além da compatibilidade do instituto com o Direito atual, pode-se afirmar que a reparação por danos extrapatrimoniais coletivos tem natureza de direito fundamental, seja porque é acessório que visa reparar os direitos fundamentais coletivos, seja porque decorre do princípio da não taxatividade dos direitos fundamentais previstos no § 2º, do artigo 5º da Constituição.

4.2 Da Reparação Civil por Danos Extrapatrimoniais Coletivos sem a Comprovação de Sentimentos Subjetivos no bojo do Processo Coletivo

Trazendo o foco da questão para a máxima proteção e reparação dos direitos fundamentais coletivos através da reparação civil por dano extrapatrimonial, surge na jurisprudência outro problema acerca do dano moral coletivo. Com efeito, considerando que os danos morais coletivos são passíveis de reparação, como deve ser feita a prova do dano no contexto do Direito Processual Coletivo? É necessária uma perícia para comprovação da ocorrência danosa, bem como qual foi a extensão desse dano ou, em razão da interpretação constitucionalizada e baseada na nova *summa divisio*, o dano moral coletivo já é presumido, havendo uma inversão do ônus da prova ou mesmo uma responsabilização objetiva.

A resposta deve começar a ser respondida à luz da moderna conceituação do dano moral coletivo, pois a análise da ocorrência de dano moral coletivo não pode ocorrer a partir dos princípios aplicados ao “direito privado”, pois são direitos novos que têm natureza jurídica diversa dos clássicos “direitos privados”.

Conforme registrado por Bessa²⁵⁰ “os direitos coletivos não se enquadram em modelos teóricos dos ramos tradicionais do ordenamento jurídico. São uma nova categoria cuja compreensão exige análise funcional”.

A noção de dano moral coletivo deve se afastar da *summa divisio* Direito Público X Direito Privado, pois diante da existência de novos direitos coletivos fundamentais, é imperiosa a necessidade de moldar a teoria da responsabilidade a estes direitos. Em outras palavras, significa que não podemos aplicar a teoria da responsabilidade civil tradicional e individualista, de maneira pura, para tutelar os direitos coletivos.

A tradicional teoria da responsabilidade civil, lastreada numa acepção individualista, encontra fundamento na culpa como elemento basilar de sustentação²⁵¹. Contudo, conforme já mencionado em momentos pretéritos, a sociedade evoluiu e com o surgimento da sociedade de massas e dos direitos coletivos, a teoria da responsabilidade deve mudar seu foco de preocupação.

A tsunami chamada “constitucionalização do Direito” também tem alcançado as praias da responsabilidade civil, a ponto de proporcionar profundas e irreversíveis reformulações em sua paisagem. Deveras, já de início podemos mencionar que se a responsabilidade civil tradicional estava basicamente centrada na tutela do direito de propriedade, agora a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a justiça distributiva modificaram decisivamente a sistemática do dever de ressarcir.²⁵²

²⁵⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. *Dano Moral Coletivo*. Revista da Direito e Liberdade. Mossoró – v.7, n.3, p. 237-274 – jul/dez 2007, p. 253.

²⁵¹ Neste sentido, Ney Stany Morais Maranhão ensina que: “É cediço que a ideologia liberal foi erigida em torno da ideia de liberdade. Como corolário, no afã de garantir um amplo espaço de atuação aos particulares, a teoria da responsabilidade civil foi construída tendo como elemento fundante da reparação o mau uso dessa valiosa liberdade individual. A culpa, nessa ocasião, é o fundamento nuclear – senão único – da responsabilidade civil. Então, na esteira do artigo 1.382 do Código Civil francês, seguiram-se inúmeros outros diplomas civis de países ocidentais, tal como consta dos artigos 159 do Código Civil brasileiro de 1916, 1.902 do Código Civil espanhol, 1.319 do Código Civil uruguaio e 483 do Código Civil português, todos corroborando a ideia de que a responsabilidade civil de um agente causador de danos, em regra, só se concretizaria se presente o elemento subjetivo da culpa (em um sentido genérico, que abrange, pois, dolo e culpa em sentido estrito). Ou seja: a vítima só será indenizada se houver prova de que o agente tenha incorrido em culpa (*latu sensu*). Ocorre que, se, de um lado, essa concepção psicológica da culpa serviu para conferir uma razoável justificativa filosófica ao dever de ressarcir, certo é, por outro, que também serviu para, no aspecto jurídico, atrair os holofotes quase que exclusivamente para o ofensor – e seu ato praticado –, em detrimento da vítima – e seu dano sofrido”. (MARANHÃO, Ney Stany Morais. *Responsabilidade civil contemporânea: influência constitucional e novos paradigmas*. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/responsabilidade-civil-contempor%C3%A2nea-influ%C3%A2ncia-constitucional-e-novos-paradigmas>. Acesso em 30 jun. 2014)

²⁵² MARANHÃO, Ney Stany Morais. *Responsabilidade civil contemporânea: influência constitucional e novos paradigmas*. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/responsabilidade-civil-contempor%C3%A2nea-influ%C3%A2ncia-constitucional-e-novos-paradigmas>. Acesso em 30 jun. 2014.

A solidariedade, justiça distributiva e normatividade dos direitos fundamentais,²⁵³ influenciaram na teoria da responsabilidade, mudando seu foco de interpretação,²⁵⁴ fazendo com que ela se preocupe mais com a reparação integral do dano, do que propriamente com a culpa e com quem foi o causador do dano.

Para se chegar a essa noção solidária de reparação civil por danos morais coletivos, a primeira correção a ser feita é na terminologia utilizada, pois segundo a doutrina tradicional somente a pessoa humana individualizada poderia sofrer danos morais. Isso porque a moralidade é um atributo afeto a pessoa humana, que não se estenderia a entes despersonalizados como a sociedade, pois ela não teria tais sentimentos subjetivos e nem seria capaz de sentir dor e sofrimento, conforme decidido pelo STJ no REsp 598.281/MG, antes aqui referenciado.

Como diz Lucas Abreu Barroso,²⁵⁵ precisamos nos libertar das matrizes individualistas de reparação civil para um pensamento baseado na justiça social que prima pelos valores coletivos.

Diante da necessidade de atualização do sentido do dano moral, a nomenclatura mais correta seria dano extrapatrimonial,²⁵⁶ pois tem o significado de quaisquer danos de natureza não patrimonial,²⁵⁷ não se restringindo apenas aos aspectos subjetivos e morais de um sujeito.

²⁵³ Sobre a Constitucionalização do Direito ver: BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito> e BARROSO, Luís Roberto. *A constitucionalização do Direito e o Direito Civil*. Direito Civil Contemporâneo – Novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro / Gustavo Tepedino, organizador. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

²⁵⁴ Sobre o assunto, Arthur Quaresma da Costa: “O princípio da solidariedade, aplicado à responsabilidade civil, transformou o instituto. A responsabilidade subjetiva, que anteriormente tinha o efeito moralizador como elemento marcante, agora perdeu espaço nas hipóteses de aplicação e mudou seu foco do comportamento do autor do dano para o prejuízo experimentado pela vítima.” (COSTA, Arthur Quaresma da. *Dano Social nas Relações de Consumo*. Dissertação. Rio de Janeiro. Universidade Gama Filho. 2007, p. 82)

²⁵⁵ “Isso implica dizer que todo o Direito está comprometido com os ditames da cidadania e justiça social, atinentes aos Estado de Direito democráticos, abandonando definitivamente as matrizes individualistas que permearam nos últimos séculos, proveito dos valores coletivos”. (BARROSO, Lucas de Abreu. *A Obrigação de Indenizar e a Determinação da Responsabilidade Civil por Dano Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 133).

²⁵⁶ Sobre o tema importante a observação de Sérgio Severo: “O dano pode ser patrimonial ou extrapatrimonial. A designação utilizada, v.g. danos patrimonial e extrapatrimonial, é superior àquela tradicionalmente adotada, que divide os danos material ou moral, uma vez que está designação não encontra amparo científico. Os danos patrimonial e extrapatrimonial devem ser aferidos a partir dos seus efeitos e não de acordo com um fenômeno que lhes deu causa. Assim, uma ofensa moral pode corresponder a um dano patrimonial, p. ex., uma notícia injuriosa que afasta a freguesia de um restaurante corresponde a um dano patrimonial como aquele que atinge o patrimônio da vítima e o dano extrapatrimonial – que só comporta um conceito negativo – como aquele que não atinge interesses de natureza econômica.” (SEVERO, Sérgio Viana. *Os Danos Extrapatrimoniais*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p. 225)

²⁵⁷ Fernando Noronha, inclusive defende uma nova classificação de danos em: danos pessoais, quando são afetados valores ligados à própria pessoa do lesado, nos aspectos físico, psíquico ou moral, mesmo quando não

Maria Celina Bodin Moraes,²⁵⁸ em harmonia com o princípio da não taxatividade da reparação civil como direito fundamental, defende que o dano extrapatrimonial seria uma expressão aberta que comporta uma interpretação extensiva para acobertar a tutela de outros valores, ainda que não reconhecidos expressamente no ordenamento jurídico como categorias jurídicas autônomas.

Tal leitura permite a defesa e respeito aos direitos fundamentais coletivos na sua forma mais ampla e irrestrita possível. Isso ocorre porque mesmo nas hipóteses em que o legislador não tenha pensado na forma de tutela específica, o magistrado, com o objetivo de concretizar a proteção ao espírito objetivo coletivo poderá, desde que haja violação intolerável aos direitos fundamentais coletivos, fixar danos não patrimoniais.

Limongi França,²⁵⁹ neste sentido, acentua que o dano moral pode não ter como pressuposto indispensável qualquer espécie de dor, uma vez que, sendo uma lesão extrapatrimonial, pode referir-se a qualquer bem jurídico dessa natureza, como são exemplos os de natureza cultural ou ecológica. Sobre a natureza do dano extrapatrimonial coletivo, precisa é a lição da ministra Nancy Andrighi, no REsp Nº 636.021/RJ:

Ora, se por um lado, a coletividade não goza de personalidade jurídica e se, por outro, há bens de sua titularidade que são insuscetíveis de valoração econômica, como, por exemplo, o ar, o equilíbrio ambiental e a sobrevivência de uma espécie animal, não há que se falar, em regra, de patrimônio – no sentido tradicional – difuso ou coletivo. A consequência que se extrai dessa conclusão é que a lesão a um bem difuso ou coletivo corresponde a um dano não-patrimonial e, por isso, deve encontrar uma compensação, permitindo-se que os difusamente lesados gozem de um outro bem jurídico. Não se trata, portanto, de indenizar, porque não se indeniza o que não está no comércio e que, portanto, não tem preço estabelecido pelo mercado. A degradação ambiental, por exemplo, deve ser compensada, pois a perda do equilíbrio ecológico, ainda que temporária, não pode ser reduzida a um valor econômico. Mesmo que possa se identificar o custo da despoluição de um rio, não se precifica a perda imposta à população ribeirinha que se vê impossibilitada, durante meses, de nadar em suas águas outrora límpidas. Por tudo isso, deve-se reconhecer que nosso ordenamento jurídico não exclui a possibilidade de que um grupo de pessoas venha a ter um interesse difuso ou coletivo de natureza não patrimonial lesado, nascendo

seja caracterizável um direito de personalidade e, de outro lado, danos a coisas “quando se atingirem objetos do mundo externo (objetos materiais ou coisas incorpóreas). (NORONHA, Fernando, apud, BESSA, Leonardo Roscoe. *Dano Moral Coletivo*. Revista da Direito e Liberdade. Mossoró – v.7, n.3, p237-274 – jul/dez 2007, p. 265)

²⁵⁸ MORAES, Maria Celina Bodin, apud, BESSA, Leonardo Roscoe. *Dano Moral Coletivo*. Revista da Direito e Liberdade. Mossoró – v.7, n.3, p237-274 – jul/dez 2007, p.266: “Tratar-se-á sempre de violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana, seja causando-lhe um prejuízo material, seja violando direito (extrapatrimonial) seu, seja, enfim, praticando em relação à sua dignidade, qualquer ‘mal evidente’ ou ‘perturbação’, mesmo se ainda não reconhecido como parte de alguma categoria jurídica”.

²⁵⁹ FRANÇA, Limongi, apud, MEDEIRO NETO, Tiago Xisto. *Dano Moral Coletivo: Fundamentos e Características*. Brasília: Editora LTR, 2002, p. 100.

aí a pretensão de ver tal dano reparado. Nosso sistema jurídico admite, em poucas palavras, a existência de danos extrapatrimoniais coletivos, ou, na denominação mais corriqueira, de danos morais coletivos.²⁶⁰

A expressão dano extrapatrimonial possibilita atribuir um viés mais objetivo²⁶¹ ao conceito de dano moral, pois não exige os sentimentos subjetivos para a demonstração e comprovação do dano na seara processual, uma vez que em se tratando de danos que não exigem os sentimentos negativos, a simples violação intolerável dos direitos fundamentais coletivos ocasiona o dano extrapatrimonial coletivo.

Nesta toada Bessa afirma que o dano extrapatrimonial coletivo decorreria da simples violação intolerável dos direitos fundamentais coletivos, como se fosse, no direito penal, um crime formal que se consuma apenas com a prática do comportamento ilícito por parte do autor da infração, independentemente da alteração mundo naturalístico:

O dano extrapatrimonial, na área de direitos metaindividuais, decorre da lesão, em si, a tais interesses, independentemente de afetação paralela de patrimônio ou de higidez psicofísica. A noção se aproxima da ofensa ao bem jurídico do direito penal que, invariavelmente, dispensa resultado naturalístico, daí a distinção de crimes material, formal e de mera conduta, bem como se falar em crime de perigo.²⁶²

Havendo violação a um determinado círculo de valores objetivos coletivos, de maneira intolerável,²⁶³ a reparação decorre automaticamente do simples descumprimento da norma jurídica, não tendo que se cogitar a culpa do agressor e nem a comprovação de sentimentos subjetivos. Assim também é o entendimento de Bittar Filho:

Com supedâneo, assim, em todos os argumentos levantados, chega-se à conclusão de que o dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa

²⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp Nº 636.021/RJ, Relatora: Ministra Nancy Andriahi, 2008. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400194947&dt_publicacao=06/03/2009. Acesso em 02 jun. 2014.

²⁶¹ Neste sentido Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald dizem: “Configura-se o dano moral pela simples e objetiva violação a direito da personalidade. (...) Todo dano moral é decorrência de violação a direitos da personalidade, caracterizado o prejuízo pelo simples atentado aos interesses jurídicos personalíssimos, independente da dor e sofrimento causados ao titular”. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil – Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 161)

²⁶² BESSA, Leonardo Roscoe. *Dano Moral Coletivo*. Revista da Direito e Liberdade. Mossoró – v.7, n.3, p237-274 – jul/dez 2007, p. 266.

²⁶³ Neste sentido, Tiago Xisto afirma que: “Mas, é preciso reiterar-se que a caracterização do dano moral coletivo exige que os efeitos (prejudiciais à coletividade) da conduta antijurídica atribuída ao ofensor apresente razoável significância, desbordando das fronteiras da tolerabilidade, situação que será verificada em cada caso específico de pleito reparatório.” (MEDEIRO NETO, Tiago Xisto. *Dano Moral Coletivo: Fundamentos e Características*. Brasília: Editora LTR, 2002, p. 97)

comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico; quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial. *Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (damnum in re ipsa).*²⁶⁴ (destacamos)

Grandinetti, corroborando todos os argumentos, diz que a melhor expressão é dano extrapatrimonial que comporta a superação da necessidade de dor para a configuração de dano extrapatrimonial de natureza coletiva:

Por tais razões, a doutrina e a jurisprudência não têm como deixar de reconhecer a tutela do dano moral coletivo ou, como preferimos denominar no título, dano extrapatrimonial a interesse difuso ou coletivo. Extrapatrimonial porque o dano moral é mais restrito do que a noção de dano extrapatrimonial e, com isso, supera-se a exigência tradicional da dor e do sofrimento que lhe é característica.²⁶⁵

A utilização do critério objetivo para a aferição do dano extrapatrimonial coletivo não significa que a violação dos valores da sociedade não cause sentimentos negativos²⁶⁶ de dor, tristeza, mágoa, sofrimento, etc., significa, na verdade, que a demonstração de tais elementos, na seara processual, é dispensável na situação concreta.

A objetivação da noção de dano extrapatrimonial coletivo é a que traça a base para a construção de uma teoria solidária, democrática e transformadora da realidade social, na medida em que tal mecanismo propicia o reconhecimento dos direitos fundamentais coletivos como categoria autônoma e diferenciada de direitos. Importando, igualmente, na consolidação da *summa divisio* constitucionalizada, pois tal reconhecimento da reparação civil por dano extrapatrimonial coletivo, supera a noção clássica de responsabilidade civil individual no “Direito Privado”, na medida em que tira o foco de interpretação da culpa do causador do dano para uma reparação integral solidária.

²⁶⁴ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *O Dano Moral Coletivo no atual Contexto Jurídico Brasileiro*. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30881-33349-1-PB.pdf>. Acesso em 10 jun. 2014.

²⁶⁵ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Responsabilidade por Dano Não-Patrimonial a Interesse Difuso (Dano Moral Coletivo)*. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, v.3, n. 9, 2000, p. 33.

²⁶⁶ Neste sentido é a lição de José Rubens Morato e Patryck de Araújo: “Deve-se registrar também que o dano extrapatrimonial ambiental não tem mais como elemento indispensável a dor em seu sentido moral de mágoa, pesar, aflição, sofrido pela pessoa física. A dor, na qual se formulou a teoria do dano moral individual, conforme esboçado anteriormente, acabou abrindo espaço a outros valores que afetam negativamente a coletividade, como é o caso da lesão imaterial ambiental. Assim, deve-se destacar que a dor, em sua acepção coletiva, é ligada a um valor equiparado ao sentimento moral individual, mas não propriamente este, uma vez que concerne a um bem ambiental, indivisível, de interesse comum, solidário e relativo a um direito fundamental de toda coletividade.” (LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano Ambiental - Do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 290)

Neste sentido, Grandinetti defendendo uma teoria objetiva ou inversão do ônus da prova no processo coletivo em relação aos danos extrapatrimoniais coletivos, diz que a noção clássica de responsabilidade civil, baseada na culpa não atende aos anseios transindividuais, pois o bem jurídico tutelado, coletividade, deve ser valorizado, diante de um conflito com um interesse individual:

Uma vez adotada a responsabilidade objetiva ou mesmo a responsabilidade presumida em algumas relações intersubjetivas, a evolução do direito apresentou outra sintomática particularidade: as recentes legislações que envolvem relações coletivas ou difusas, por sua vez, também acabaram por abandonar a concepção de culpa como fundamento da responsabilidade civil, para acolherem ou a responsabilidade objetiva, como no direito ambiental, ou as duas - presumida e objetiva - em muitíssimos casos previstos no direito do consumidor. E por que isso acontece? Porque justamente nessas relações jurídicas situam-se alguns casos de interesses difusos ou coletivos, a que o legislador atribuiu proeminência, reconhecendo sua acentuada importância na vida social. Inegável que tais interesses, por suas características próprias, por serem titularizados por um número indeterminável de pessoas, pela extensão do dano ao interesse de toda a coletividade, pela importância do bem jurídico, enfim, por uma série de fatores, exigem uma proteção mais ampla e eficaz da lei, restando de todo inaplicável, por insuficiente e ineficaz, o critério baseado na culpa.²⁶⁷

Arremata o autor que a valorização da coletividade em contraposição ao sujeito individual ocorre porque a violação aos direitos fundamentais coletivos afeta toda a coletividade e, assim sendo, não pode receber o mesmo tratamento dado aos interesses “privados”:

O critério da culpa, na responsabilidade civil, foi concebido para relações jurídicas intersubjetivas, quando aos juristas ainda não se havia revelado o fenômeno da *socialização* ou *coletivização* do direito. Evidente que tal sistema não pode ser estendido a um direito coletivo, em que o dano não atinge apenas um único personagem, mas potencialmente todos os integrantes da coletividade. É esse fundamento que justifica o abandono regra geral da responsabilidade subjetiva pelo critério objetivo nas relações jurídicas massivas.²⁶⁸

No mesmo sentido, criticando o regime jurídico da teoria clássica da responsabilidade civil, Rodolfo Camargo Mancuso entende que na tutela dos direitos metaindividuais deve-se adotar a teoria objetiva da responsabilidade civil com o objetivo de se garantir a máxima efetividade dos direitos fundamentais coletivos:

²⁶⁷ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Responsabilidade por Dano Não-Patrimonial a Interesse Difuso (Dano Moral Coletivo)*. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, v.3, n. 9, 2000, p. 41-42.

²⁶⁸ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Responsabilidade por Dano Não-Patrimonial a Interesse Difuso (Dano Moral Coletivo)*. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, v.3, n. 9, 2000, p. 41-42.

Mas esse regime jurídico não se adapta à responsabilidade por danos causados a bens e interesses coletivos e difusos, onde a óptica é deslocada antes para a efetiva reparação do dano causado à sociedade ou à “categoria”, do que para a aferição da culpabilidade na conduta do agente. Daí por que, de maneira geral, tem-se admitido que a responsabilidade, em matéria de interesses metaindividuais, deve ser *objetiva*, ou do *risco integral*, as únicas que podem assegurar uma proteção eficaz a esses interesses.²⁶⁹

Obviamente que opção pode ser impugnada sob o argumento de que tal inversão do ônus da prova ou responsabilização objetiva carece de previsão legal para que possa acobertar todos os direitos coletivos, conforme argumentação de Grandinetti:

É certo que a responsabilidade objetiva, para ter aplicabilidade, carece de previsão legal. Mas a responsabilidade presumida pode ser invocada a partir da aplicação analógica do artigo 38 do Código do Consumidor, para as hipóteses de direito difuso e coletivo, uma vez que o artigo 159 do Código Civil, definitivamente, não pode ser imposto às relações de massa.²⁷⁰

Na jurisprudência também é possível encontrar posicionamentos adeptos deste pensamento, onde se sustenta que não há que se falar em dano extrapatrimonial coletivo, caso não haja sua comprovação no seio do processo coletivo.

No REsp 821.891/RS, de 2008, o relator ministro Luiz Fux, sabendo que a maioria da 1ª turma era contrário ao dano extrapatrimonial coletivo, firmou no seu voto, seguido por unanimidade, que diante da não comprovação fática de danos extrapatrimoniais coletivos não há que se falar em ressarcimento dos mesmos.

(...) **2.** *Ad argumentandum tantum*, ainda que ultrapassado o óbice erigido pelas Súmulas 282 e 356 do STF, 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.*(...) **4.** 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, consoante assentado pelo acórdão recorrido: "... *Entretanto, como já dito, por não se tratar de situação típica da existência de dano moral puro, não há como simplesmente presumi-la.* Seria necessária prova no sentido de que a Municipalidade, de alguma forma, tenha perdido a consideração e a respeitabilidade e que a sociedade uruguaiese efetivamente tenha se sentido lesada e abalada moralmente, em decorrência do ilícito praticado, razão pela

²⁶⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública : Em defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores : (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 304-305.

²⁷⁰ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Responsabilidade por Dano Não-Patrimonial a Interesse Difuso (Dano Moral Coletivo)*. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, v.3, n. 9, 2000, p. 42.

qual vai indeferido o pedido de indenização por dano moral". 5. Recurso especial não conhecido.²⁷¹ (destacamos)

A mesma argumentação de impossibilidade de se presumir o dano extrapatrimonial coletivo está materializada nos seguintes julgados: Apelação Cível n.º 0000712-50.2004.4.01.3600, Relator: Desembargador Daniel Paes, TRF da 1ª região, 2009; Apelação Cível n.º 0006026-70.2001.4.01.3700, Relator: Desembargadora Maria Isabel Gallotti, TRF da 1ª região, 2007; Apelação Cível 6162723-40.2009.8.13.0702, Relator: Desembargador Elias Camilo, TJMG, 2013.

Contudo, sob nosso ponto de vista, a discussão não é uma discussão do campo processual, mas sim de direito material, no sentido de se atualizar o conceito de dano extrapatrimonial como a violação objetiva e intolerável dos direitos fundamentais coletivos, independentemente da comprovação da violação de sentimentos subjetivos coletivos. No campo pragmático, obviamente que tal remodulação do conceito pode ocasionar a responsabilização objetiva ou a inversão do ônus da prova.

É claro que o magistrado na situação concreta é quem vai fazer o juízo de valor, com base na proporcionalidade e razoabilidade, se a violação ao direito fundamental coletivo é tolerável ou não. Mas pensar em dizer que o dano à coletividade depende de prova é uma regressão ao conceito individualista da responsabilidade civil, baseada na superada *summa divisio* Direito Público X Direito Privado, onde prevalecia a igualdade formal entre as partes. Ademais, tal prova é extremamente perversa, na medida em que é difícil ou mesmo impossível de ser produzida no campo do processo coletivo.

Na jurisprudência o entendimento que tendencia a prevalecer é o atrelado ao conceito objetivo de dano extrapatrimonial, conforme demonstrado pelos julgados colacionados acima em que se afirma a reparação por danos extrapatrimoniais coletivos.

Não obstante tenha sido voto vencido, no REsp 636.021 – RJ, em 2008, o voto da ministra Nancy Andrighi representa verdadeira lição sobre o conceito objetivo de dano extrapatrimonial coletivo e sua reparabilidade no seio do processo coletivo, nos seguintes termos:

(...)A violação desse interesse deve naturalmente encontrar compensação diversa daquela que venha a ser eventualmente dirigida aos menores que propriamente tiveram sua moral ofendida. Não podem ser aceitos, portanto, os argumentos da recorrente no sentido de serem incompatíveis os conceitos

²⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 821.891 / RS, Relator: Ministro Luiz Fux, 2008. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600380062&dt_publicacao=12/05/2008. Acesso em 02 jun. 2014.

de danos morais e interesses difusos. Ainda que o conceito de dano moral esteja tradicionalmente ligado à violação de honra, nome, a integridade físico-psíquica e outros direitos de personalidade, esses não são os únicos bens extrapatrimoniais reconhecidos por nosso ordenamento, como demonstrado acima, e diante da violação de bens extrapatrimoniais difusos, torna-se necessária a aplicação da regra constitucional de responsabilidade civil insculpida no art. 5º, V, CF, bem como no art. 159, CC/1916, impondo-se à recorrente o dever de compensar os danos causados. *Assim, estando claro que a radiodifusão pode desvirtuar valores culturais caros à sociedade, tanto que assegurados por lei, basta que o Tribunal de origem tenha reconhecido que foram exibidas cenas “aterrorizantes e banhadas em sangue”, “que obviamente não são próprias para as pequenas crianças que compõem o público vespertino dos canais de televisão aberta” e que envolvem até mesmo cenas de suicídio, para que o STJ possa chegar à conclusão de que a compensação dos danos morais coletivos é efetivamente devida(...).*²⁷²(destacamos)

No mesmo sentido é o recente acórdão lavrado pela ministra Eliana Calmon, em 2013:

(...) O dano moral coletivo ambiental atinge direitos de personalidade do grupo massificado, *sendo desnecessária a demonstração de que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação, tal qual fosse um indivíduo isolado.* 5. Recurso especial provido, para reconhecer, em tese, a possibilidade de cumulação de indenização pecuniária com as obrigações de fazer, bem como a condenação em danos morais coletivos, com a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que verifique se, no caso, há dano indenizável e fixação do eventual quantum debeatur.²⁷³ (destacamos)

É possível perceber que a mesma lógica de desnecessidade de se provar o dano moral individual²⁷⁴ é aplicável ao dano extrapatrimonial coletivo, bastando apenas a demonstração do fato danoso para que haja o dever de indenizar.

²⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp Nº 636.021/RJ, Relatora: Ministra Nancy Andriighi, 2008. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400194947&dt_publicacao=06/03/2009. Acesso em 02 jun. 2014.

²⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.269.494 / MG, Relatora: Ministra Eliana Calmon, 2013. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201101240119&dt_publicacao=01/10/2013. Acesso em 09 jun. 2014.

²⁷⁴ No voto a ministra Nancy Andriighi, citando precedentes, afirmou que o entendimento do STJ é de que o dano moral resultada tão somente da comprovação da ocorrência do fato, dispensando a comprovação dos sentimentos subjetivos, nos seguintes termos: “Como se não bastasse, vale lembrar que a jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que é dispensável a prova do dano moral. Confira-se: “Não há falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. Provado assim o fato, impõe-se a condenação, sob pena de violação ao art. 334 do Código de Processo Civil” (REsp 86.271/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Menezes Direito, DJ 09.12.1997). “Provado o fato, não há necessidade da prova do dano moral, nos termos de persistente jurisprudência da Corte” (REsp 261.028/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Menezes Direito, DJ 20.08.2001) (E no mesmo sentido, vide AgRg no Ag 701.915/SP, Quarta Turma, Min. Jorge Scartezzini, DJ 21.11.2005; REsp 702.872/MS, Min. Jorge Scartezzini, DJ 01.07.2005) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp Nº 636.021/RJ, Relatora: Ministra Nancy Andriighi, 2008. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400194947&dt_publicacao=06/03/2009. Acesso em 02 jun. 2014)

Não obstante, entendimentos em sentido contrário à objetivação do conceito de dano extrapatrimonial coletivo, a melhor interpretação a ser atribuída a reparação civil por danos extrapatrimonial é a de que o dano decorre da violação objetiva e intolerável dos direitos coletivos, independentemente da demonstração de qualquer sentimento subjetivo coletivo. Isso porque, conforme amplamente demonstrado a noção individualista pregada pelo Estado Liberal não se coaduna com noção solidária do Estado Democrático de Direito e nem tampouco com a noção de *summa divisio* constitucionalizada.

4.3 Dano Extrapatrimonial Coletivo e a sua Função Punitiva

Além da objetivação do conceito de dano extrapatrimonial, outro tema relacionado ao assunto ora dissertado é a função do dano extrapatrimonial coletivo. Na conjuntura, do Estado Democrático e da *summa divisio* constitucionalizada, o magistrado ao fixar o dano extrapatrimonial coletivo deve levar em consideração a finalidade punitiva para fixação do dano extrapatrimonial. Ou será que o objetivo da reparação extrapatrimonial é pura e simplesmente tentar recompor a situação ao *status quo ante*?

Para Sérgio Severo²⁷⁵ o princípio maior da responsabilidade civil é o princípio da restituição integral (*restitutio in integrum*), ou seja, a reparação civil deve, na medida do possível, reestabelecer ao lesado o seu estado anterior. Em consonância com tal princípio o artigo 944 do Código Civil estabelece que “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

Tal princípio da restituição integral soa com perfeita harmonia na fixação de danos de natureza patrimonial, pois sem dúvidas é possível o retorno ao estado anterior, eis que se trata de bens de valor patrimonial de fácil aferição econômica, conforme explicado por Araújo:

O ressarcimento ou indenização significa reparar o prejuízo suportado pela vítima, procurando, de todas as maneiras possíveis, recolocá-la na situação em que se encontrava antes deste ter sido produzido. Assim, a reparação consistirá na reconstituição natural da situação na qual a vítima estaria se o episódio danoso não tivesse ocorrido.²⁷⁶

Já em torno da fixação dos danos extrapatrimoniais coletivos, é impossível reestabelecer a moral coletiva ao seu *status quo ante*, tendo em vista que o dano não possui

²⁷⁵ SEVERO, Sérgio Viana. *Os Danos Extrapatrimoniais*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p. 200.

²⁷⁶ ARAÚJO, Vaneska Donato de. *Generalidades sobre o dano*. In: Responsabilidade Civil. Orientação de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 74.

natureza patrimonial direta. Afirma a doutrina²⁷⁷ que quando se tratar de dano extrapatrimonial, não sendo possível restaurar o prejuízo sofrido, diz-se que a função é precipuamente compensatória, recebendo a vítima uma quantia em dinheiro ou outra forma de satisfação em razão do dano sofrido.

Com certeza a indenização por dos danos extrapatrimoniais não pode receber o mesmo tratamento dos patrimoniais, pois impossível, num primeiro momento, de avaliação econômica, conforme bem asseverado por Tomás Carvalho:

Assim sendo, em primeira linha, verifica-se a natureza jurídica compensatória da indenização por danos morais, diferentemente do escopo de equivalência adotado pela reparação dos danos materiais. Visa-se, portanto, não a restituição do *status quo ante* da vítima – posto que impossível mensurar a dor moral – mas sim, uma compensação como forma de amenizar os danos sofridos.²⁷⁸

Não há como reestabelecer a vítima do dano extrapatrimonial ao seu estado anterior, mas o magistrado, por meio de arbitramento, deve fixar um valor a fim de atenuar seu sofrimento.

Não há, realmente, outro meio mais eficiente para se fixar o dano moral a não ser pelo arbitramento judicial. Cabe ao juiz, de acordo com o seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral.²⁷⁹

Para a fixação do dano extrapatrimonial, o magistrado deve, primeiramente, levar em consideração a finalidade para qual o dano extrapatrimonial foi criado. Seguramente, a função compensatória é indiscutível na doutrina,²⁸⁰ tendo em vista que se trata de um lenitivo que objetiva reduzir o sofrimento suportado pela vítima ou lhe proporcionar uma alegria compensatória.

Há muita divergência sobre uma possível função punitiva na fixação do dano

²⁷⁷ COSTA, Judith Martins, apud, VILANDE, Fernanda Carravetta. *A Ampliação das Funções da Responsabilidade Civil Sob a Perspectiva das Relações de Consumo*. Monografia (Especialização). Porto Alegre. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2011. p. 37.

²⁷⁸ CARVALHO, Tomás Lima de. *Quantificação do Dano Moral*. Disponível em http://www.elcioreis.com.br/publicacoes/dano_moral.pdf. Acesso em 10 maio 2014.

²⁷⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 93.

²⁸⁰ Sobre a função compensatória, Nehemias Domingos de Melo diz: “Para a vítima, este caráter compensatório nada mais seria do que lhe ofertar uma quantia capaz de lhe proporcionar alegrias que, trazendo satisfações pudesse compensar a dor sofrida”. (MELO, Nehemias Domingos de. *Por uma nova teoria para reparação por danos morais*. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1860/por-uma-nova-teoria-para-reparacao-por-danos-morais>. Acesso em 30 jun. 2014)

extrapatrimonial coletivo. Teria ele uma função compensatória, punitiva e desestimuladora,²⁸¹ ou, tão-somente, compensatória²⁸²?

Para falar de função punitiva do dano extrapatrimonial é preciso verificar um pouco da experiência *common law* em relação ao instituto dos *punitive damages* e em que medida tal instituto pode ser utilizado no ordenamento jurídico nacional, a fim de se fixar o dano extrapatrimonial coletivo, numa leitura a partir dos princípios da solidariedade, da justiça social e a da nova *summa divisio* constitucionalizada.

Pois bem, no sistema da *common law* a expressão “*damages*” assume várias facetas, podendo significar prejuízos e remédios²⁸³. Nesta mesma toada, diante da ampla possibilidade de significados que a palavra pode assumir a doutrina utiliza as expressões *punitive damages* e o *compensatory damages*²⁸⁴. Sendo que este (*compensatory damages*) objetiva fazer uma compensação em dinheiro a favor do lesado em face do dano por ele absorvido, visando amenizar o dano. Tal conceito se aproxima da norma do artigo 944 do Código Civil, na medida em que tenta recompor a situação na forma originária. Já o objetivo daqueles (*punitive damages*), porém, é punir financeiramente o agente causador do dano, punição destinada ao ofendido. Ressalta-se ainda que os *punitive damages* podem ser cumulados com a indenização compensatória – *compensatory damages*.

Distinguem-se, basicamente, pelo fato de os *punitive damages* (*exemplary damages*)²⁸⁵

²⁸¹ Nehemias Domingos de Melo prega que: “A definição da verba indenizatória, a título de danos morais, deveria ser fixada tendo em vista três parâmetros: o caráter compensatório para a vítima; o caráter punitivo para o causador do dano e, o caráter exemplar para a sociedade como o todo”. (MELO, Nehemias Domingos de. *Por uma nova teoria para reparação por danos morais*. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1860/por-uma-nova-teoria-para-reparacao-por-danos-morais>. Acesso em 30 jun. 2014)

²⁸² Nelson Rosenthal defende que o dano moral coletivo não é dano de natureza extrapatrimonial, nos seguintes termos: “O modelo jurídico de dano moral coletivo, seja em sua delimitação conferida pelo CDC (art.6º, inciso VI, Lei n.º8.078/1990) ou na forma mais ampla do inc.IV do artigo 1º, da Lei 7.347/1985 – pois passível de estipulação diante da lesão a qualquer interesse difuso ou coletivo, não passa de peculiar espécie de pena civil criativamente desenhada no ordenamento jurídico, em nada se assemelhando com a natureza do dano extrapatrimonial”. (ROSENVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 200)

²⁸³ Sobre o tema, Nelson Rosenthal diz: “Prefacialmente, releva a crítica à ambivalência do termo *damages*, que ao mesmo tempo serve pra designar os prejuízos e os remédios. E é justamente sobre um remédio, qual seja, de uma sanção civil, que se discute quando fazemos menção aos danos punitivos do direito norte-americano, que não se qualificam como prejuízos sofridos pela vítima do ilícito, mas que revelam posto endereçados ao agente com o escopo de punir sua conduta reprovável.” (ROSENVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 141)

²⁸⁴ Neste sentido, as lições de SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva*. Dissertação de Mestrado. São Paulo. Universidade de São Paulo. 2011. p. 24-25.

²⁸⁵ Embora a doutrina não tenha muita cautela ao tratar os institutos Nelson Rosenthal afirma que as expressões não são sinônimas nos seguintes termos: “Enquanto as cortes estadunidenses e canadenses adotam a expressão *punitive damages*, outras jurisdições – como a britânica e australiana -, optam por *exemplary damages*. Não se pode afirmar que sejam termos de significado idêntico, pois a adoção de uma por outra produz reflexos sobre o perfil sistemático. O termo *punitive* enfatiza a preferência por um objetivo de punição, caso contrário, a adoção da locução *exemplary* indica que o fim primário é de constituir um desestímulo que afaste o espectro da

visar punir e desestimular o agente causador do dano a repeti-lo e o *compensatory damages* a compensar aquele que sofreu o dano pelo fato de tê-lo suportado. Esta também é a leitura de Costa e Pargendler:

Consiste na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição (*punishment*) e prevenção pela exemplaridade da punição (*deterrence*) opondo-se – nesse aspecto funcional – aos *compensatory damages*, que consistem no montante indenizatório compatível ou equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de ressarcir o prejuízo.²⁸⁶

E é justamente na acepção de remédio que a expressão assume relevo jurídico na nossa pesquisa, objetivando punir comportamentos lesivos à coletividade, em razão da reprovabilidade de uma conduta,²⁸⁷ pois aqui, significa justamente a função punitiva do dano, ou, melhor dizendo, *punitive damages*, na tradição *common law*.

Jorge Pinheiro Castelo, em interpretação totalmente favorável aos direitos fundamentais coletivos, buscando conceituar o instituto, defende que os *punitive damages* seriam quantia fixada que vai além do dano suportado pelo ofendido com o objetivo de coibir a reiteração da conduta pelo agressor:

Há o necessário acréscimo na fixação da extensão e valor do dano cujo objetivo e interesse da sociedade é no sentido de que o agressor não volte a repetir o ato contra qualquer pessoa e não apenas contra a vítima. Essa é a real extensão do dano. Entendimento contrário, afora contrariar a teleologia e a axiologia que envolve a finalidade da norma, propiciaria um inconstitucional retrocesso social, posto que estimularia a violação dos direitos humanos que fundamenta a própria convivência em sociedade.²⁸⁸

Alguns autores²⁸⁹ defendem que a origem dos *punitive damages* remonta aos romanos afirmando constar na Lei das XII Tábuas previsões punitivas. Naquela época determinadas

reiteração da mesma conduta.” (ROSENVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 144)

²⁸⁶ COSTA, Judith Martins; PARGENDLER, Mariana Souza. *Usos e abusos da função punitiva*. Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal, Brasília. V. 9, n. 28, p.15-32, jan/mar. 2005, p. 16.

²⁸⁷ ROSENVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 141.

²⁸⁸ CASTELO, Jorge Pinheiro. *Teoria geral da responsabilidade civil e obrigações contratuais do empregador perante o novo Código Civil*. Disponível em: <http://www.trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev22Art4.pdf>. Acesso em 02 jun. 2014.

²⁸⁹ UILAN, Eduardo, apud, SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva*. Dissertação de Mestrado. São Paulo. Universidade de São Paulo. 2011. p. 27.

condutas eram apenas com pagamento de valores múltiplos da lesão suportada pelo ofendido (dobro, triplo, quádruplo, etc)²⁹⁰.

Na tradição *common law* os primeiros precedentes do instituto dos *punitive damages* se deram somente no final do século XVIII,²⁹¹ primeiramente na Inglaterra e, posteriormente, nos Estados Unidos da América. A responsabilidade civil era utilizada como uma sanção punitiva. A punição daquele que causou o dano em virtude da indiscutível gravidade da conduta por ele desempenhada era sua principal destinação, que ainda tinha como objetivo, compensar os prejuízos suportados pelo agente passivo²⁹².

Os *punitive damages* além de almejar punir e, ao mesmo tempo, desestimular condutas consideradas danosas, pode ser considerada uma resposta do ordenamento jurídico do sistema da *common law* direcionada ao causador do dano. Isso porque direcionou parte do enfoque reparatório para o ofensor que de maneira maliciosa e indiferente atua contra o sistema jurídico. O ponto de partida para a fixação deste dano é o comportamento do ofensor e não somente o dano sofrido pela vítima, conforme Costa e Pargendler ensinam:

Como consequência, a função originalmente compensatória dos *exemplary damages* foi transferida aos *actual damages*, e as cortes foram levadas a falar do *exemplary damages* exclusivamente em termos de *punishment e deterrence*. Na medida em que as suas finalidades precípuas passaram a ser a punição e a prevenção, o foco passou a incidir não sobre a espécie do dano, mas sobre a conduta do seu causador.²⁹³

Nas palavras de Nelson Rosenthal²⁹⁴ os *punitive damages* são deferidos com duas finalidades: retributiva (*punishment*) e desestímulo (*deterrence*). Para ele “a retribuição reclama que a conduta revele extrema reprovação social – uma malícia, evidenciada pelo dolo ou grave negligência do agente -, cumulada ao desestímulo, no sentido de direcionar a pena a afligir o transgressor, induzindo-o a não reiterar comportamentos antissociais e ultrajantes análogos”.

Vista a finalidade e o foco dos *punitive damages*, cumpre salientar que na Inglaterra, tais danos se limitam a três categorias: (a) quando há disposição legal que os autorize, como

²⁹⁰ ALVES, José Carlos Moreira, apud, SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva*. Dissertação de Mestrado. São Paulo. Universidade de São Paulo. 2011. p. 27.

²⁹¹ SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva*. Dissertação de Mestrado. São Paulo. Universidade de São Paulo. 2011. p. 31.

²⁹² Neste sentido, as lições de SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva*. Dissertação de Mestrado. São Paulo. Universidade de São Paulo. 2011. p. 32.

²⁹³ COSTA, Judith Martins; PARGENDLER, Mariana Souza. *Usos e abusos da função punitiva*. Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal, Brasília. V. 9, n. 28, p.15-32, jan/mar. 2005, p. 18-19.

²⁹⁴ ROSENVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 144.

na proteção de direitos do autor; (b) quando se trata de sancionar um conduta vexatória, opressiva, arbitrária ou inconstitucional de um funcionário público que vulnera um direito fundamental do cidadão; (c) quando o autor do ilícito atua com a perspectiva de que a utilidade da conduta danosa será superior à indenização a ser paga à vítima²⁹⁵.

Já nos Estados Unidos, explica Costa e Pangendler²⁹⁶, que a Suprema Corte Americana, com o objetivo de evitar abusos por parte do júri, estabeleceu que na fixação dos *punitive damages* deve-se observar: o grau de reprovabilidade da conduta do réu; a disparidade entre o dano efetivo ou o potencial sofrido pelo autor e os *punitive damages*; a diferença entre os *punitive damages* concedidos pelo júri e as multas civis autorizadas ou impostas em casos semelhantes. Em relação à reprovabilidade da conduta do ofensor, esclarece ainda as autoras que para se aferir quão repreensível é a conduta deve-se atentar para os seguintes fatores:

(1) se o prejuízo causado foi físico ou meramente econômico; (2) se o ato ilícito foi praticado com indiferença ou total desconsideração com a saúde ou a segurança dos outros (the tortious to or a reckless disregard of the health or safety of others); (3) se o alvo da conduta é uma pessoa com vulnerabilidade financeira; (4) se a conduta envolveu ações repetidas ou foi um incidente isolado; (5) se o prejuízo foi o resultado de uma ação intencional ou fraudulenta, ou foi um mero acidente.²⁹⁷

Sobre a possibilidade de se utilizar o instituto no Direito Nacional, vacilante é a doutrina. Alguns autores defendem a impossibilidade de utilização, tendo em vista que além de violar a disposição prevista no artigo 944 do Código Civil, desvirtuaria a finalidade da reparação por danos extrapatrimoniais, eis que o objetivo de tal instituto é compensar e não punir, conforme afirmado por Francisco Vieira Lima Neto:

A nosso ver, a tese se confronta com o texto legal (art.944 do Código Civil) dado que o direito brasileiro limita as indenizações aos danos sofridos (dano emergente) ou ao que a vítima deixou de ganhar (lucros cessantes), não se podendo falar em indenização por um prejuízo que não ocorreu, ainda que estejamos no campo do ano moral, pois seria uma compensação financeira por algo que não ocorreu; estar-se-ia punindo por um delito que não se pode assegurar que será praticado.²⁹⁸

²⁹⁵ DIEZ-PICAZO, Luis, apud, ROSENVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 142.

²⁹⁶ COSTA, Judith Martins; PARGENDLER, Mariana Souza. *Usos e abusos da função punitiva*. Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal, Brasília. V. 9, n. 28, p.15-32, jan/mar. 2005. p. 19.

²⁹⁷ COSTA, Judith Martins; PARGENDLER, Mariana Souza. *Usos e abusos da função punitiva*. Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal, Brasília. V. 9, n. 28, p.15-32, jan/mar. 2005. p. 19.

²⁹⁸ LIMA NETO, Francisco Vieira. *Ato Antijurídico e Responsabilidade Civil Aquiliana – Crítica à Luz do Novo Código Civil*. In: BARROSO, Lucas Abreu. (organizador). *Introdução Crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 249.

As objeções não param por aí, pois a aplicação do instituto no ordenamento brasileiro violaria também os princípios da legalidade, anterioridade e reserva legal, tendo em vista que passaria a ter um viés penalístico, sem lei anterior que preveja tal punição. Como em decisão da Suprema Corte Italiana, resenhada por Nelson Rosenvald:

Neste sentido, a célebre decisão da Suprema Corte italiana que considerou os *punitive damages* como instituto contrário à ordem pública italiana, não exclui definitivamente a possibilidade de inserção de sanções punitivas civis no direito interno daquele país, mas recusou o seu enquadramento na categoria dos remédios ressarcitórios. Segundo os juízes, a previsão de mecanismos de desestímulo devem encontrar fundamento em normas de direito positivo, pois “*o instituto dos punitive damages apresenta clara conotação penalística e o poder punitivo compete apenas ao Estado. Como corolário indefectível, os danos punitivos só podem ser irrogados por expressa previsão legislativa, em atenção aos princípios da tipicidade da pena*”.²⁹⁹

Alguns autores dizem ainda que a sentença cível não pode cumular a função punitiva. Caso isso ocorresse, haveria um verdadeiro *bis in idem*, já que o causador do dano estaria sendo condenado a pagar duas vezes por um mesmo fato³⁰⁰. Além de violar o art. 884 do Código Civil³⁰¹ que veda o enriquecimento sem causa do lesado.

Não obstante às críticas firmadas, do outro lado da doutrina, a nosso sentir, melhor sorte tem o entendimento que sustenta a possibilidade da função punitiva no dano extrapatrimonial coletivo. Enoque Ribeiro dos Santos sustenta a adoção de tal teoria nos seguintes moldes:

Com fulcro nesses fundamentos, recomendamos fortemente a aplicação dos *Exemplary Damages* ou *Punitive Damages*, que se amolda à Teoria Sancionatória, nos casos concretos que tramitam em grande quantidade em nossos Pretórios, de forma a aumentar o sentimento de prevenção e de maior cuidado quando se trata de manejos de direitos extrapatrimoniais.³⁰²

Carlos Alberto Bittar, afirma que os danos punitivos figuram há muito tempo no direito de tradição *common law* e deve ser utilizado no sistema brasileiro como desestímulo ao causador do dano.

²⁹⁹ ROSENVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 208.

³⁰⁰ SOUZA, Adriano Stanley Rocha. *O Fundamento Jurídico do Dano Moral*. In: FIUZA, César et al. (Coordenador). *Direito Civil: Atualidades III – Princípios Jurídicos no Direito Privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 260.

³⁰¹ Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. (BRASIL. Código Civil. 10 jan. 2002. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 10 jul. 2014)

³⁰² SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Contribuição à fixação da indenização do dano moral trabalhista – A tese da aplicação dos exemplary ou punitive damages*. São Paulo: Editora LTR, 2004, vol. 40, nº 90, p. 397-402, p. 400.

Adotada a reparação pecuniária – que, aliás, é a regra na prática, diante dos antecedentes expostos –, vem-se cristalizando a orientação na jurisprudência nacional que, já de longo tempo, domina o cenário indenizatório nos direitos norte-americano e inglês. É a da fixação de valor que serve como desestímulo a novas agressões, coerente com o espírito dos referidos *punitive damages* ou *exemplary damages* da jurisprudência daqueles países. Em consonância com essa diretriz, a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se de modo expressivo no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão da potencialidade do patrimônio do lesante.³⁰³

A despeito da função punitiva não estar prevista expressamente no nosso ordenamento, em plena contradição ao princípio da legalidade, Osny Claro de Oliveira Júnior, fazendo uma interpretação extensiva e conforme os direitos fundamentais, diz que a Constituição Federal ao determinar a reparabilidade dos danos morais não limitou seu âmbito de incidência a extensão do dano. Portanto, em respeito à máxima efetivação dos direitos fundamentais não podemos fazer interpretação restritiva para limitar a efetividade dos direitos fundamentais coletivos, no sentido de limitar a função da reparação civil por danos extrapatrimoniais coletivos.

Depois, porque o artigo 944 do novel Código Civil manda medir a indenização pela extensão do dano, daí se abstraindo limite também para a indenização por danos morais. Ora, a Constituição não impõe qualquer limite ao valor das indenizações, sejam elas por dano moral ou material. Não é dado ao intérprete restringir onde texto da lei não restringe expressamente. Assim, se a Constituição garante a indenização por danos morais, e não impõe qualquer limite expresso, é porque a indenização deve ser ampla, segundo a extensão do dano e aferida a sua amplitude por arbitramento do juiz. O artigo 5º, X, da CF assegura o direito à indenização por decorrência da violação dos direitos ali mencionados, mas não prevê ou impõe correspondência com a extensão do dano. Trata o texto constitucional apenas da valoração abstrata dos fatos hábeis a ensejar um dano moral, mas nunca se referindo à *extensão* do dano e muito menos dispendo sobre a quantificação da indenização ou sobre critérios para a sua aferição. A CF, portanto, não restringe a indenização à mera compensação pelos danos morais sofridos, e menos ainda cuida ou sob qualquer ângulo delimita a quantificação das indenizações, mas apenas trata da qualificação de certos fatos que, abstratamente, são tidos como aptos a ensejar a obrigação de indenizar. O termo extensão, ademais, não significa limite. O universo sideral tem extensão. Mas não tem necessariamente limite. O artigo 944 do diploma citado, ao contrário de limitar, conferiu amplitude ilimitada ao valor

³⁰³ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *O Dano Moral Coletivo no atual Contexto Jurídico Brasileiro*. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30881-33349-1-PB.pdf>. Acesso em 10 jun. 2014.

das indenizações por danos morais, certo que sujeitando-o ao crivo do arbitramento equânime, equitativo e fundamentado do magistrado.³⁰⁴

Ademais, a indenização punitiva encontra sua base lógico-jurídica no princípio constitucional da dignidade humana, estabelecido no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal. Além disso, a aplicação dessa forma especial de sanção constitui, também, consectário lógico do reconhecimento constitucional dos direitos da personalidade e do direito à indenização do dano moral, encartados no art. 5º, incisos V e X, da Constituição³⁰⁵.

Em relação à violação do artigo 884 do Código Civil que veda o enriquecimento sem causa, fazendo uma interpretação conforme a Constituição e baseada no princípio da eticidade argumenta a doutrina que deve ser aceita a indenização punitiva com objetivo de impedir o lucro ilícito do ofensor.

Já sobre o fato de poder haver um enriquecimento sem causa da vítima, Antônio Jeová dos Santos lembra que, guardada a razoabilidade e proporcionalidade, deve ser aceita a indenização punitiva para impedir que o ofensor lucre com o ato ilícito, sem se preocupar em cumprir a lei: “Ante o dilema entre danos lucrativos e culpas lucrativas, nos inclinamos contra estas últimas, que são mais negativas, porque estão cimentadas na causação de um prejuízo que não foi merecido e que é rentável para o ofensor”³⁰⁶.

Para autores mais apegados aos textos normativos, a função punitiva no dano extrapatrimonial pode ser defendida a partir de uma interpretação extensiva reversa do artigo 928, parágrafo único do Código Civil³⁰⁷ que permite a redução do *quantum* indenizatório quando a indenização privar do necessário o causador do dano ou seus familiares, conforme aponta Sampaio Júnior:

Todavia, do mesmo modo que esse princípio comporta exceções justificáveis, como se observa no art.928, parágrafo único do Código Civil, que preserva o patrimônio dos incapazes em nome de sua justa subsistência e, por conseguinte, aceita a redução do *quantum* devido, não se verifica óbice em aceitar que a indenização também seja majorada em certas situações. Realmente, se se admite que o juiz pode reduzir o valor da

³⁰⁴ OLIVEIRA JUNIOR, Osny Claro de. *O caráter punitivo das indenizações por danos morais: adequação e impositividade no direito brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3547>>. Acesso em 07 jul. 2014.

³⁰⁵ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de, apud, ZANON, André Ricardo Moncaio. *Aplicação da Função Punitiva e da Indenização Punitiva aos Danos Morais*. Monografia. Brasília. Centro Universitário de Brasília. 2010, p. 43.

³⁰⁶ ZANON, André Ricardo Moncaio. *Aplicação da Função Punitiva e da Indenização Punitiva aos Danos Morais*. Monografia. Brasília. Centro Universitário de Brasília. 2010. p. 44.

³⁰⁷ Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem. (CC, 2002)

indenização em virtude dos efeitos que, no caso concreto, a observância ao princípio do pleno ressarcimento poderia causar, então pode-se admitir que essa exceção seja compreendida como uma via de mão dupla: tal como se pode diminuir a condenação, pode-se, também, ampliá-la.³⁰⁸

Além disso, pensamos que o artigo 884 do Código Civil pode ser interpretado a favor da coletividade, na medida em que havendo violação aos direitos coletivos, o ofensor auferiu lucros ilícitos e deve ser condenado a restituí-los, em nome dos princípios da eticidade, solidariedade e boa-fé.

A doutrina especializada em dano extrapatrimonial coletivo, também entende a possibilidade de aplicação da função punitiva nos danos de natureza metaindividual. Para isso, além dos sólidos argumentos apresentados acima, cumpre lembrar que a função da responsabilidade por danos extrapatrimoniais coletivos está sendo construída a partir de uma nova categoria de direitos que se afasta da noção individualista enraizada na *summa divisio* Direito Público X Direito Privado³⁰⁹.

Na nova *summa divisio* constitucionalizada Direito Coletivo X Direito Individual não pode prosperar a noção clássica da função tão somente compensatória do dano extrapatrimonial, pois como já abordado, estamos diante de uma concepção fraterna, solidária e democrática de responsabilidade civil, que tem como foco interpretativo a proteção concreta dos interesses coletivos.

Nesta esteira, aquela clássica divisão em que se estabelecia ao Direito Público a função punitiva não pode ser sustentada diante da nova categoria de direitos, pois existem normas cíveis e penais que tutelam direitos coletivos e também direitos individuais. Não há que se falar em interesse público e privado, mas sim em interesse coletivo e individual, conforme defendido por Gregório Assagra de Almeida.

³⁰⁸ SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. *O Princípio do Pleno Ressarcimento e a Indenização Punitiva*. In: FIUZA, César et al. (Coordenador). *Direito Civil: Atualidades III – Princípios Jurídicos no Direito Privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 251/252.

³⁰⁹ Na clássica *summa divisio* Direito Público X Direito Privado, responsabilidade civil seria instituto de Direito Privado (relação de coordenação entre particulares) que objetivava recompor a situação das partes ao seu estado originário. Já a responsabilidade penal, mecanismo de Direito Público (relação de subordinação entre Estado e Particular), tinha por objetivo último a proteção do Interesse Público, visando punir penalmente o infrator da lei penal, conforme ensina Venosa: “As normas de direito penal são de direito público, interessam mais diretamente à sociedade do que exclusivamente ao indivíduo lesado, ao ofendido. No direito privado, o que se tem em mira é a reparação de dano em prol da vítima; no direito penal, como regra, busca-se a punição e a melhor adequação social em prol da sociedade. Quando coincidem as duas ações, haverá duas persecuções, uma em favor da sociedade e outra em favor dos direitos da vítima.” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Responsabilidade Civil: v. IV*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 18-19)

Pela superação da clássica *summa divisio*, corroborando nosso entendimento, Grandinetti fala em concepção socializada da responsabilidade civil em contraposição à responsabilidade individualizada.

Com essa conformação e preocupação, surge o recém denominado dano moral coletivo. O dano moral, portanto, deixa a concepção individualista caracterizadora da responsabilidade civil para assumir uma outra mais *socializada*, preocupada com valores de uma determinada comunidade e não apenas com o valor da pessoa individualizada.³¹⁰

Continua o autor afirmando que a partir da superação da aceção interesse público-pena e interesse privado-reparação civil é perfeitamente possível a imposição da função punitiva nos danos extrapatrimoniais coletivos:

De tudo resulta a plena compatibilidade entre a sanção penal e a responsabilidade civil com caráter sancionatório em um mesmo ordenamento jurídico, não tendo mais pertinência a distinção que se fazia entre interesse público-pena e interesse privado-reparação civil. Na falta de previsão de sanção penal - porque inexistente o tipo penal - mas havendo dano a interesse público ou difuso, perfeitamente possível a imposição de reparação civil com caráter marcadamente sancionatório sob a forma de dano punitivo.³¹¹

Diante do abandono da noção individualizada de dano extrapatrimonial e da objetivação do conceito de dano, devido à importância dos direitos tutelados, alguns autores³¹² sustentam até mesmo uma função exclusivamente punitiva e desestimuladora para o dano extrapatrimonial coletivo.

Tal construção só é possível a partir da valorização do conceito objetivo de dano extrapatrimonial coletivo, pois se considerar a existência de uma moral coletiva e necessidade de comprovação dos danos morais no plano fático, certamente, jamais o magistrado poderá condenar alguém a pagar dano extrapatrimonial. Isso porque, encontraremos um problema

³¹⁰ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Responsabilidade por Dano Não-Patrimonial a Interesse Difuso (Dano Moral Coletivo)*. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, v.3, n. 9, 2000, p. 31.

³¹¹ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Responsabilidade por Dano Não-Patrimonial a Interesse Difuso (Dano Moral Coletivo)*. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, v.3, n. 9, 2000, p. 37.

³¹² Defendendo um viés mais punitivo no caso de direitos difusos, Maria Celina Bodin de Moraes diz: “E 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”. (MORAES, Maria Celina Bodin de, apud, BESSA, Leonardo Roscoe. *Dano Moral Coletivo*. Revista de Direito e Liberdade. Mossoró – v.7, n.3, p. 237-274 – jul/dez 2007, p. 269). Imprimindo função punitiva ao dano extrapatrimonial coletivo, Leonardo Roscoe Bessa afirma: “O denominado dano moral coletivo não se confunde com a indenização decorrente de tutela de direitos individuais homogêneos. Constitui-se, em hipótese de condenação judicial, valor pecuniário com função punitiva em face de ofensa a direitos difusos e coletivos.” (BESSA, Leonardo Roscoe. *Dano Moral Coletivo*. Revista de Direito e Liberdade. Mossoró – v.7, n.3, p. 237-274 – jul/dez 2007, p. 269)

processual de ordem probatória, pois a prova da dor, sofrimento e outros sentimentos subjetivos, nos direitos coletivos seria muito difícil se não for impossível.

Além disso, outro vetor que faz com que o dano extrapatrimonial coletivo tenha caráter exclusivamente punitivo e desestimulador é a destinação do valor pecuniário que será revertido ao Fundo³¹³ criado pelo artigo 13³¹⁴ Lei 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública), regulamentado em nível nacional pela Lei 9.008/95.

Portanto, diante de tais considerações e do giro hermenêutico ocorrido no Estado Democrático de Direito a interpretação da reparação civil por danos extrapatrimoniais coletivos deve ser feita à luz do artigo 13 da Lei 7.347/85 e não com base na teoria individualista enraizada no Código Civil, pois lá regulamenta relações “privadas” e de pessoas individualmente consideradas.

O citado dispositivo da LACP deixa claro que não há qualquer enriquecimento sem causa do ofendido, pois diferentemente do que ocorre na ação individual, os valores arrecadados em sede de condenação por danos extrapatrimoniais coletivos serão revertidos em favor da própria coletividade.

O Poder Judiciário tem demonstrado no campo pragmático que a função punitiva em relação aos danos de natureza coletiva é uma medida que em *ultima ratio* contribui para a efetividade dos direitos fundamentais e pacificação social. Pois, objetivando inibir condutas que causem violação aos direitos fundamentais coletivos, tem fixado indenizações com a finalidade de punir ofensores de direitos dessa natureza.

³¹³ Sobre o tema Mazzili afirma que: “Uma das razões que mais procrastinou o surgimento do processo coletivo no Direito brasileiro foi a dificuldade de saber o que fazer com o produto das indenizações. Como vimos, nem todos os interesses transindividuais versam objeto divisível: enquanto as indenizações decorrentes de lesões a interesses individuais homogêneos podem ser quantificadas e o proveito patrimonial acaso obtido pode ser partilhado entre os integrantes do grupo, já os danos decorrentes de lesões a interesses difusos e coletivos versam objeto indivisível. Assim, havia notórias dificuldades práticas em dar destino ao produto da indenização, em se tratando de condenações por violação a direitos transindividuais indivisíveis. Para solucionar esse problema, a LACP (art. 13) e o CDC (arts. 97-100) estabeleceram que, tratando-se de lesão a interesses individuais homogêneos, o produto da indenização será dividido entre os lesados ou sucessores; mas, tratando-se de lesão a interesses indivisíveis (difusos ou coletivos), o produto da indenização irá para um fundo fluido, a ser aplicado em consonância com as decisões de um Conselho gestor, de maneira flexível, mas voltado primordialmente à reparação de danos que lhe deram origem”. (MAZZILLI, Hugo Nigro. Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública. Disponível em <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/aspectosacp.pdf>. Acesso em 29 ago. 2014).

³¹⁴ Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados. § 1º. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária. § 2º Havendo acordo ou condenação com fundamento em dano causado por ato de discriminação étnica nos termos do disposto no art. 1º desta Lei, a prestação em dinheiro reverterá diretamente ao fundo de que trata o caput e será utilizada para ações de promoção da igualdade étnica, conforme definição do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, na hipótese de extensão nacional, ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais, nas hipóteses de danos com extensão regional ou local, respectivamente. (BRASIL, 1985)

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em julho de 2013, na Apelação Cível n.º 0027158-41.2010.8.26.0564, numa ação de natureza individual de violação aos direitos do consumidor, condenou a seguradora Amil Assistência Médica Internacional ao pagamento de dano social³¹⁵ no valor de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) em favor do Hospital das Clínicas de São Paulo.

No mencionado caso, a seguradora negou assistência ao consumidor que estava em situação de emergência por ter sofrido infarto de miocárdio, argumentando que ele não tinha cumprido o período de 24 meses carência previsto no contrato. Contudo, segundo o tribunal a abusividade de tal cláusula é latente, tendo em vista a proibição de se negar atendimento aos segurados em situação de emergência. Condenou a seguradora ao pagamento de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) de danos morais individuais em favor do segurado e separadamente, com intenção de punir a prestadora de serviços, em danos sociais no valor de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais).

PLANO DE SAÚDE. Pedido de cobertura para internação. Sentença que julgou procedente pedido feito pelo segurado, determinado que, por se tratar de situação de emergência, fosse dada a devida cobertura, ainda que dentro do prazo de carência, mantida. DANO MORAL. Caracterização em razão da peculiaridade de se cuidar de paciente acometido por infarto, com a recusa de atendimento e, conseqüentemente, procura de outro hospital em situação nitidamente aflitiva. DANO SOCIAL. Caracterização. Necessidade de se coibir prática de reiteradas recusas a cumprimento de contratos de seguro saúde, a propósito de hipóteses reiteradamente analisadas e decididas.

³¹⁵ “Antônio Junqueira de Azevedo defende uma nova categoria de danos, os danos sociais, que segundo ele visam coibir condutas que rebaixam, sobremaneira, a qualidade de vida de toda a população. Segundo o autor a possibilidade da reparação dos danos sociais não encontraria óbice no artigo 944 do CC, pois “o artigo 944 do Código Civil, ao limitar a indenização à extensão do dano, não impede que o juiz fixe, além das indenizações pelo dano patrimonial e pelo dano moral, também – esse é o ponto - uma indenização pelo dano social”. A ‘pena’ – agora, entre aspas, porque no fundo, é reparação à sociedade-, visa restaurar o nível social de tranqüilidade diminuída pelo ato ilícito.” (AZEVEDO, Antônio Junqueira, apud, TREVISAN, Thaita Campos; SILVA, Vitor Borges da. *O Dano Social como Reflexo das Novas Tendências da Responsabilidade Civil*. Disponível em www.faculdade.pioxii-es.com.br/anexos/.../RC_N6_Pio_XII_artigo_2.pdf. Acesso em 05 jul. 2014). De outro lado Tartuce esclarece: “Cumprir salientar que embora no caso em tela o dano social possa ser utilizado como sinônimo de dano extrapatrimonial coletivo, tais danos nem sempre se confundem, pois os danos sociais são danos contra a sociedade (que podem ser de natureza patrimonial ou extrapatrimonial), enquanto os extrapatrimoniais coletivos tem natureza não patrimonial e dizem respeito aos direitos coletivos em sentido estrito, difusos e individuais homogêneos, conforme ensina Flávio Tartuce: “De imediato, surge a indagação: o dano moral coletivo é sinônimo do dano social? A resposta é negativa. Ora, o dano social também pode ser material, ou seja, também pode repercutir patrimonialmente no âmbito da sociedade. Isso não ocorre no dano moral coletivo, que repercute extrapatrimonialmente. A título de exemplo, uma conduta socialmente reprovável pode trazer danos patrimoniais a determinadas pessoas, ao mesmo tempo em que diminui o nível de desenvolvimento da sociedade, caso do posto que explode por um cigarro. Da primeira resposta, então, emerge uma outra dúvida. O dano social, se imaterial, confunde-se com o dano moral coletivo? Em certos pontos pode-se dizer que sim. Mas é interessante perceber que, enquanto no dano social a vítima é a sociedade; o dano moral coletivo tem como vítimas titulares de direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos. Se na prática a diferença é tênue, do ponto de vista da categorização jurídica, há diferenças entre as construções.” (SILVA, Flávio Murilo Tartuce. *Reflexões sobre o dano social*. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3537. Acesso em 10 jul. 2014)

Indenização com caráter expressamente punitivo, no valor de um milhão de reais que não se confunde com a destinada ao segurado, revertida ao Hospital das Clínicas de São Paulo. LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ. Configuração pelo caráter protelatório do recurso. Aplicação de multa. Recurso da seguradora desprovido e do segurado provido em parte.³¹⁶ (destacamos)

É importante notar que a indenização em favor da coletividade é de caráter eminentemente punitivo, pois a imposição de danos individuais no caso não foi suficiente para coibir violação dos direitos massificados dos consumidores,³¹⁷ tendo em vista que é lucrativo para os ofensores as violações, uma vez que apenas algumas pessoas propõem ações contra os abusos.

Por outro lado, é válido destacar que a condenação do valor de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais), foi direcionada ao Hospital das Clínicas e não ao lesado individualmente. Portanto, mais uma vez resta claro que o valor não causa o enriquecimento sem causa do ofendido.

Diante do fortalecimento de novos direitos de natureza coletiva, a forma de reparação deve receber um viés punitivo a fim de permitir a restituição do lucro ilícito obtido pelo ofensor dos direitos massificados,³¹⁸ sob pena de gerar, como já afirmamos outrora, o enriquecimento ilícito do causador do dano.

Outra decisão importante ocorreu na comarca de Jales - SP (Processo n.º1507/2013), em outubro de 2013, momento em que o juiz Fernando Antônio de Lima, numa ação de natureza individual de violação aos direitos do consumidor, condenou a prestadora de serviços

³¹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n.º 0027158-41.2010.8.26.0564, Relator: Desembargador Teixeira Leite, 2013. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI001J5SW0000>. Acesso em 04 jul. 2014.

³¹⁷ Neste sentido o relator Teixeira Leite diz: “Então, se não há como remediar a desafiadora atitude da seguradora, que, a despeito de minguadas indenizações individuais, continua a praticar os mesmos e reconhecidos ilícitos, agravando a noção de insegurança e propagando danos que nem sempre são reclamados em Juízo, cabe impor método diverso de reparação para tentar por cobro ao desmando. A indenização punitiva é uma ideia que nasceu e cresceu pela obrigatoriedade de fazer com que a responsabilidade civil chegue ao objetivo da pacificação e, no caso da seguradora, está provado que o método tradicional é falível e foi vulnerado pelas práticas seguintes e iguais”. (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n.º 0027158-41.2010.8.26.0564, Relator: Desembargador Teixeira Leite, 2013. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI001J5SW0000>. Acesso em 04 jul. 2014)

³¹⁸ Neste sentido o relator Teixeira Leite diz: “É dizer, “A função punitiva da responsabilidade civil permite a restituição do lucro obtido pelo agente, constituindo uma forma de o punir.” Nesse vértice, uma acentuada importância em dinheiro pode soar como alta a uma primeira vista, mas, isso logo se dissipa em se comparada ao lucro exagerado que a seguradora obtém negando coberturas e obrigando que seus contratados, enquanto pacientes, a buscar na Justiça o que o próprio contrato lhes garante”. (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n.º 0027158-41.2010.8.26.0564, Relator: Desembargador Teixeira Leite, 2013. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI001J5SW0000>. Acesso em 04 jul. 2014)

de telefonia celular Tim Celular ao pagamento de dano social no valor de R\$5.000.000,00 (cinco milhões de reais).

RESPONSABILIDADE CIVIL – PLANO PRÉ-PAGO DA TIM – INFINITY PRÉ – CONSTANTES INTERRUPÇÕES – CONSUMIDOR FORÇADO A FAZER OUTRAS LIGAÇÕES, E PAGAR MAIS – PROPAGANDA ENGANOSA – CUSTO DE R\$ 0.25 POR CADA LIGAÇÃO – INTERRUPÇÕES QUE FORÇAM O CLIENTE A REALIZAR OUTRAS LIGAÇÕES E, ASSIM, PAGAR MAIS PELO PLANO CONTRATADO – DANO MORAL CARACTERIZADO – FALTA DE TRANSPARÊNCIA DA TIM CELULAR – OFENSA AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA, QUE EXIGE AOS CONTRATANTES NAVEGAREM NAS ÁGUAS DA LEALDADE E PROIBIDADE – REPULSA, PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, DA UTILIZAÇÃO DE MÉTODOS DESLEAIS – PROPAGANDA ENGANOSA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – APLICAÇÃO DA TEORIA DA REPARAÇÃO DO DANO SOCIAL – REPARAÇÃO DESTINADA À COLETIVIDADE, VIOLADA REPETIDAMENTE NOS SEUS DIREITOS PELA REPETIÇÃO DE CONDUTAS SEMELHANTES PRATICADAS PELA REQUERIDA. 1. Consumidora contrata o PLANO INFINITY PRÉ. A oferta é de que, para cada ligação coberta pelo plano de celular, paga-se R\$0,25; as ligações não cobertas pelo plano, a tarifa é a praticada no mercado. 2. Não obstante, para as ligações cobertas pelo plano, há seguidas interrupções – tanto que a consumidora comprova que algumas ligações duraram apenas 5, 8, 10 ou segundos. Logo, a cliente é forçada a realizar novas ligações, despender o pagamento de novas tarifas – o que não ocorre para as ligações não cobertas pelo plano, as quais em geral são mais caras. Comprovação dessa prática constante adotada pela TIM, segundo Relatório de Fiscalização da ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações). (...)50. Assim, fica a requerida condenada na indenização por danos morais, no valor de R\$6.000,00, em relação à parte-autora. Além disso, deverá a ré suportar uma condenação de R\$5 milhões, referente ao dano social que vem ocasionando à coletividade. A reparação pelo dano social será entregue segundo seguinte distribuição: R\$ 3,5 milhões à Santa Casa de Jales-SP e R\$1,5 milhão ao Hospital do Câncer de Jales-SP. Justifica-se o valor maior à Santa Casa de Jales-SP, porquanto a fonte de recursos que a abastece é menor. O Hospital do Câncer conta com campanhas na região toda, logo, tem maior facilidade na obtenção de recursos financeiros. 50. Pedido, de indenização por danos morais, julgado procedente, com a aplicação da teoria da reparação do dano social.³¹⁹

No julgado o magistrado condenou a Tim Celular por dano moral individual decorrente de propaganda enganosa da Tim Celular, que prometia uma tarifa de R\$0,25 por ligação e interrompia a ligação com menos de 10 segundos, obrigando a consumidora a efetuar nova ligação, gastando outra tarifa. Além disso, com o objetivo de coibir novas violações aos direitos fundamentais coletivos, o magistrado deve fixar danos sociais de natureza punitiva³²⁰.

³¹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo n.º 1507/2013. Juiz Fernando Antônio de Lima, 2013. Disponível em http://www.tjsp.jus.br/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=53862. Acesso em 04 jul. 2014.

³²⁰ “A teoria do dano social num processo que veicula uma lide individual não significa que o juiz está decidindo mais do que o pedido. O juiz, sim, está efetivando sua decisão no plano da realidade social, forçando a concretização dos direitos fundamentais, evitando a repetição de lides individuais que abarrotam a máquina judiciária.” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo n.º 1507/2013. Juiz Fernando Antônio de

A decisão demonstra novamente que a função punitiva no dano social não gera enriquecimento sem causa do ofendido, pois é possível observar a destinação coletiva que foi dada aos valores da condenação, vez que se destinou o valor R\$ 3,5 milhões à Santa Casa de Jales-SP e R\$1,5 milhão ao Hospital do Câncer de Jales-SP.

No mesmo ano de 2013, a 3ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal acolheu os argumentos da AGU e condenou a Claro telefonia em R\$ 30 milhões de reais por danos morais coletivos, devido à má prestação de serviços aos usuários³²¹.

Não restam dúvidas que indenização de tal monta tem o caráter eminentemente punitivo, pois restou demonstrando no processo o desrespeito aos direitos dos consumidores, diante das 566 reclamações registradas pelos consumidores contra a operadora no prazo de 06 meses.

Assim, diante da nova *summa divisio* constitucionalizada, concluímos que houve um giro hermenêutico em relação à função do dano extrapatrimonial coletivo. Ele não deve utilizar como parâmetros o Código Civil e o “Direito Privado”, mas sim, a noção de Direitos Fundamentais Coletivos como categoria autônoma. Nesta seara, reparação civil por dano extrapatrimonial coletivo é um instituto que deve ser interpretado a partir do artigo 13 da LACP, podendo receber um viés punitivo, com o objetivo de desestimular agressões aos direitos fundamentais coletivos. Tal comportamento, em *ultima ratio*, com certeza contribuirá para a efetivação dos direitos fundamentais, pois além de inibir o causador do dano, terá os valores revertidos em favor do fundo coletivo de proteção aos direitos metaindividuais.

Lima, 2013. Disponível em http://www.tjsp.jus.br/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=53862. Acesso em 04 jul. 2014)

³²¹ BRASIL. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/sociedade/tecnologia/justica-multa-claro-em-30-milhoes-por-ma-prestacao-de-servicos-10013181#ixzz37OtDhH6M>. Acesso em 22 jun. 2014.

CONCLUSÃO

Com a presente dissertação investigou-se a possibilidade da reparação civil por danos morais coletivos no contexto do Estado Democrático de Direito, da *summa divisio* constitucionalizada Direito Coletivo X Direito Individual e dos princípios da solidariedade e fraternidade.

Num primeiro momento foi possível constatar que o conceito de dano moral, como desenvolvido na teoria clássica não pode ser aplicado aos danos não patrimoniais decorrentes de violação aos Direitos Fundamentais Coletivos.

Tal conclusão é possível porque os Direitos Fundamentais Coletivos são direitos que surgem numa ideologia transcendental e solidária, que não se coaduna com o individualismo, subjetivismo e formalismo da clássica teoria da responsabilidade civil.

Com base nos valores individuais e a partir de uma ótica superada, a teoria clássica, prega a impossibilidade de reparação civil dos danos morais coletivos, pois os sentimentos subjetivos materializadores dos danos morais não se coadunam com a noção de transindividualidade. Por isso, alguns teóricos, entendem que não há dano moral coletivo, ao passo que outros autores também limitados ao individualismo liberal-burguês entendem ser possível a reparação por danos morais coletivos, desde que haja, no plano prático-processual, a comprovação cabal de agressões concretas ao círculo de valores coletivos, conforme outrora firmado no REsp 821.891/RS.

De outro lado, ainda sob a ótica liberal-burguesa e à luz da *summa divisio* Direito Público X Direito Privado, diz a doutrina que a função da reparação civil (Direito Privado) é restabelecer o lesado ao *status quo ante* ou lhe oferecer um lenitivo a fim de compensar seu prejuízo imaterial. Por tal motivo, a reparação por dano moral coletivo não poderia ter um viés punitivo, com o objetivo de punir o transgressor e evitar a reiteração de novas agressões à coletividade.

Entretanto, sob o prisma do marco teórico da *summa divisio* constitucionalizada Direito Individual X Direito Coletivo, dos princípios da solidariedade e fraternidade, todos materializados no Estado Democrático de Direito, o instituto da reparação civil por danos morais coletivos recebeu nova formatação que nos possibilitou concluir que os Direitos Fundamentais Coletivos são reparáveis. Melhor dizendo, mais do que reparáveis, eles devem receber proteção especial e leitura objetiva com a finalidade de garantir a sua máxima efetividade.

Neste contexto, os Direitos Fundamentais Coletivos consolidados na nova *summa divisio* constitucionalizada têm como premissa nuclear o princípio da solidariedade para a construção de uma sociedade livre, justa e fraterna. Tais princípios têm fundamentação totalmente diversa da concepção individualista e ocasionaram giro hermenêutico em relação à interpretação e a reparação dos Direitos Fundamentais Coletivos. Assim, a reparação civil deixa de se preocupar com a culpa e com finalidade compensatória pura, para se preocupar com a reparação do dano e a prevenção, proibindo a ocorrência de novos danos à coletividade.

Desta feita, a reparação civil por danos morais coletivos não só é plenamente possível, como passa a ser lida como direito fundamental e materializador do princípio da solidariedade, pois além de ter por objetivo a tutela dos Direitos Fundamentais Coletivos, sua fundamentalidade pode ser deduzida da leitura do artigo 5º, incisos V e X, da CF, interpretado em arrimo com o § 2º, do mesmo artigo 5º, da CF/1988.

Tratando a reparação por danos morais coletivos como direito fundamental, outra conclusão possível é quanto à terminologia utilizada, pois a expressão “danos extrapatrimoniais coletivos” está em melhor consonância com o objetivo de possibilitar interpretação mais abrangente que defende os direitos coletivos em todas as suas facetas, não se restringindo apenas aos sentimentos subjetivos da coletividade.

A nova leitura dos danos extrapatrimoniais exigiu também uma objetivação do conceito, no sentido de considerar dano a violação intolerável dos Direitos Fundamentais Coletivos, independentemente de necessidade de demonstração de concreto prejuízo na esfera prático-processual. Tal necessidade ocorre porque verificar no plano concreto se houve violação aos sentimentos subjetivos de uma coletividade tornaria inviável e ineficaz o objetivo de proteção ampla aos Direitos Fundamentais Coletivos, na medida em que seria extremamente difícil ou mesmo impossível demonstrar tais prejuízos, conforme amplamente demonstrado no tópico 4.2.

Por outro lado, diante da análise dos elementos de pesquisa e com base no marco teórico é possível concluir também que a função do dano extrapatrimonial coletivo recebeu um viés punitivo. Isso porque no contexto do Estado Democrático de Direito e da *summa divisio* constitucionalizada a reparação civil por danos extrapatrimoniais coletivos se fortalece como disciplina autônoma em relação ao antigo Direito Privado, pois têm natureza jurídica agora de Direito Coletivo, que merece tutela específica.

Em outras palavras, significa que a partir da nova *summa divisio* constitucionalizada, a finalidade punitiva ganha relevo, pois superada a noção de Direito Público (função punitiva) e Direito Privado (função reparatória), tanto no Direito Individual, quanto no Direito Coletivo

pode existir a função punitiva e desestimuladora. Ademais, não se pode deixar de considerar que os Direitos Fundamentais Coletivos merecem proteção diferenciada, tendo em vista que são transcendentais.

Além da transcendência dos direitos coletivos é válido registrar que o ponto de partida para a interpretação da finalidade dos danos extrapatrimoniais coletivos é o artigo 13 da LACP e não o artigo 884 do Código Civil que veda o enriquecimento sem causa. Isso permite verificar que não há que se falar enriquecimento ilícito do lesado, pois a reparação pelos danos é revertida em favor da sociedade como um todo e não a favor de pessoa individualizada.

Não sendo permitida a função punitiva para o dano extrapatrimonial coletivo, poderia ocorrer o enriquecimento ilícito do ofensor, pois dependendo das circunstâncias seria viável financeiramente causar a ofensa e indenizar num valor infinitas vezes menor do que o dano causado, como nas situações de dano social aqui abordadas.

Diante de tais considerações, finalmente conclui-se que a leitura objetiva e a finalidade punitiva do dano extrapatrimonial coletivo é realidade que se coaduna com os pilares utilizados em nossa pesquisa, pois não podemos ler o instituto como se estivéssemos tratando de direitos de natureza individual. A nova visão com toda certeza permitirá a melhor e maior efetividade dos Direitos Fundamentais Coletivos.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo: Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.
- _____. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: Um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de; ALMEIDA, Flávia Vigatti Coelho de. *Os Direitos ou Interesses Coletivos no Estado Democrático de Direito Brasileiro*. In: SALIBA, Aziz Tuffi et al. (organizador). *Direitos Fundamentais e sua Proteção nos Planos Interno e Internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010.
- ALMEIDA, João Batista. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.
- ALVIM, Eduardo Arruda. *Noções Gerais sobre o Processo das Ações Coletivas*. Disponível em <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero4/artigo4.htm>. Acesso em 29 maio 2014.
- ANDRADE, André Gustavo C. de. *A Evolução do Conceito de Dano Moral*. Disponível em http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=74bfc8dc-8125-476a-88ab-93ab3cebd298. Acesso em 10 jun. 2014.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ARAÚJO, Vaneska Donato de. *Generalidades sobre o dano*. In: *Responsabilidade Civil*. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, organizadora. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- BARROSO, Lucas de Abreu. *A Obrigação de Indenizar e a Determinação da Responsabilidade Civil por Dano Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *A constitucionalização do Direito e o Direito Civil*. *Direito Civil Contemporâneo – Novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro* / Gustavo Tepedino, organizador. São Paulo: Editora Atlas, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção de Novo Modelo*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>. Acesso em 30 jun. 2014.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Dano Moral Coletivo*. Revista da Direito e Liberdade. Mossoró – v.7, n.3, p237-274 – jul/dez 2007, p.247. Disponível em www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e.../77. Acesso em 10 jun. 2014.

BETIOLI, Antônio Bento. *Introdução ao Direito*. São Paulo: Saraiva, 2008.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *O Dano Moral Coletivo no atual Contexto Jurídico Brasileiro*. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30881-33349-1-PB.pdf>. Acesso em 10 jun. 2014.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BOSON, Gérson de Britto Mello. *Direitos Humanos*. Disponível em <http://docs16.minhateca.com.br/30367938,BR,0,0,18--Direitos-humanos---Boson.pdf>. Acesso em 22 jul. 2014.

BRASIL. Código Civil (Lei 3.071). 01 jun. 1916. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em 10 jul. 2014.

BRASIL. Código Civil (Lei 10.406). 10 jan. 2002. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 10 jul. 2014.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. 11 set. 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em 10 jul. 2014.

BRASIL. Constituição Federal. 05 out. 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 jul. 2014.

BRASIL. Disponível em <http://oglobo.globo.com/sociedade/tecnologia/justica-multa-claro-em-30-milhoes-por-ma-prestacao-de-servicos-10013181#ixzz37OtDhH6M>. Acesso em 22 jun. 2014.

BRASIL. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2010-jul-23/oab-sp-liminar-evitar-retencao-honorarios-cadin>. Acesso em 22 jun. 2014.

BRASIL. Lei Federal 7.347. 24 jul. 1985. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347compilada.htm. Acesso em 10 jul. 2014.

BRASIL. Lei Federal n.º 12.986. 02 jun. 2014. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12986.htm. Acesso em 10 jul. 2014.

BRASIL. *Projeto de Lei 334/2008*. Disponível em <http://www.senado.gov.br/publicacoes/diarios/pdf/sf/2008/09/09092008/37269.pdf>. Acesso em 03 maio 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 598.281/MG, Relator: Ministro Luiz Fux, 2006. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200301786299&dt_publicacao=01/06/2006. Acesso em 02 jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 821.891 / RS, Relator: Ministro Luiz Fux, 2008. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600380062&dt_publicacao=12/05/2008. Acesso em 02 jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 636.021/RJ, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 2008. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400194947&dt_publicacao=06/03/2009. Acesso em 02 jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.057.274/RS, Relatora: Ministra Eliana Calmon, 2009. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200801044981&dt_publicacao=26/02/2010. Acesso em 05 jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1.109.905/PR, Relator: Ministro Hamilton Carvalhido, 2010. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200802833921&dt_publicacao=03/08/2010. Acesso em 02 jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.197.654 / MG, Relator: Ministro Herman Benjamin, 2011. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201001051042&dt_publicacao=08/03/2012. Acesso em 08 jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.221.756 / RJ, Relator: Ministro Massami Uyeda, 2012. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201001970766&dt_publicacao=10/02/2012. Acesso em 08 jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.269.494 / MG, Relatora: Ministra Eliana Calmon, 2013. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201101240119&dt_publicacao=01/10/2013. Acesso em 09 jun. 2014

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.291.213/SC, Relator: Ministro Sidnei Beneti, 2012. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201102695090&dt_publicacao=25/09/2012. Acesso em 09 jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1.305.977 / MG - Agravo Regimental no Recurso Especial 2011/0297396-1- MG, Relator: Ministro Ari Pargendler, 2013.

Disponível em

https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201102973961&dt_publicacao=16/04/2013. Acesso em 03 jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1.305.977 - MG, Relator: Ministro Francisco Falcão, 2012. Disponível em

https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201102973961&dt_publicacao=16/04/2013. Acesso em 03 jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.367.923 / RJ, Relator: Ministro Humberto Martins, 2013. Disponível em

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1367923+&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>. Acesso em 09 jun. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n.º 5919735-

85.2009.8.13.0702, Relator: Desembargador Moreira Diniz, 2014. Disponível em

http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado.jsp?tipoPesquisa=1&comrCodigo=702&txtProcesso=59197358520098130702&listaProcessos=59197358520098130702&nomePessoa=Nome+da+Pessoa&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&numero=1&select=1. Acesso em 04 jun. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n.º 0027158-41.2010.8.26.0564, Relator: Desembargador Teixeira Leite, 2013. Disponível em

<https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI001J5SW0000>. Acesso em 04 jul. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo n.º 1507/2013. Juiz Fernando Antônio de Lima, 2013. Disponível em

http://www.tjsp.jus.br/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=53862. Acesso em 04 jul. 2014.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

BRITTO, Marcelo Silva. *Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil*. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br> – Acesso em 10 maio 2014.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CAMILO NETO, José. *Evolução Histórica do Dano Moral: Uma Revisão Bibliográfica*. Disponível em http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7053. Acesso em 10 maio 2014.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*; tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Responsabilidade por Dano Não-Patrimonial a Interesse Difuso (Dano Moral Coletivo)*. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, v.3, n. 9, 2000.

CARVALHO, Tomás Lima de. *Quantificação do Dano Moral*. Disponível em http://www.elcioreis.com.br/publicacoes/dano_moral.pdf. Acesso em 10 maio 2014.

CASTELO, Jorge Pinheiro. *Teoria geral da responsabilidade civil e obrigações contratuais do empregador perante o novo Código Civil*. Disponível em: http://www.trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev22Art4.pdf. Acesso em: 02 jun. 2014.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Disponível em http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em 19 maio 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

COSTA, Arthur Quaresma da. *Dano Social nas Relações de Consumo*. Dissertação. Rio de Janeiro. Universidade Gama Filho. 2007.

COSTA, Fabrício Veiga. *Mérito Processual. A formação participada nas ações coletivas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

COSTA, Judith Martins; PARGENDLER, Mariana Souza. *Usos e abusos da função punitiva*. Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal, Brasília. v. 9, n. 28, p.15-32, jan/mar. 2005.

DEDA, Artur Oscar de Oliveira. *A reparação dos danos morais: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil – Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. Curitiba: Positivo, 2004.

FREITAS, Claudia Regina Bento de. *O Quantum Indenizatório em Dano Moral: Aspectos Relevantes para a sua Fixação e suas Repercussões no Mundo Jurídico*. Dissertação. Rio de Janeiro. Escola de Magistratura do Estado do Rio Janeiro. 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil*. v. III. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. São Paulo: Editora SRS, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. v. IV. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

_____. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

John Donne: *Por quem os sinos dobram? Eles dobram por ti*. Disponível em <http://www.revistabula.com/1553-os-sinos-que-unem-john-donne-hemingway-e-raul-seixas/>. Acesso em 20 mar. 2014

LEAL, Márcio Flávio Maфра. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano Ambiental - Do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LIMA, George Marmelstein. *Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4666>>. Acesso em: 4 jun. 2014.

LIMA NETO, Francisco Vieira. *Ato Antijurídico e Responsabilidade Civil Aquiliana – Crítica à Luz do Novo Código Civil*. In: BARROSO, Lucas Abreu. (organizador). *Introdução Crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LUTZKY, Daniela Courtes. *A Reparação de Danos Imateriais como Direito Fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: Em defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores: (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Interesses Difusos: Conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARANHÃO, Ney Stany Morais. *Responsabilidade civil contemporânea: influência constitucional e novos paradigmas*. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/responsabilidade-civil-contempor%C3%A2nea-influ%C3%A2ncia-constitucional-e-novos-paradigmas>. Acesso em 30 jun. 2014.

MATHIAS, Márcio José Barcellos. *Distinção conceitual entre Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Direitos Sociais*. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2791/Distincao-conceitual-entre-Direitos-Humanos-Direitos-Fundamentais-e-Direitos-Sociais>. Acesso em 17 maio 2014.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública*. Disponível em <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/aspectosacp.pdf>. Acesso em 29 ago. 2014

MEDEIRO NETO, Tiago Xisto. *Dano Moral Coletivo: Fundamentos e Características*. Brasília: Editora LTR, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELO, Nehemias Domingos de. *Por uma nova teoria para reparação por danos morais*. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1860/Por-uma-nova-teoria-para-reparacao-por-danos-morais>. Acesso em 30 jun. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008

MESQUITA, Daniel Augusto. *Incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ao Ordenamento Jurídico Brasileiro: Interpretação da Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal e Conseqüências da Emenda Constitucional 45/2004 na Proteção dos Direitos Fundamentais*. Disponível em <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/63/40>. Acesso em 15 maio 2014.

MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros. *Indenização por dano moral: evolução da jurisprudência*. Disponível em: http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001089/Indeniza%C3%A7%C3%A3o%20por%20Dano%20Moral%20-%20Evolu%C3%A7%C3%A3o%20da%20Jurisprud%C3%A2ncia.doc – Acesso em 10 maio 2014.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Editora Saraiva, 1984.

NERY JÚNIOR, Nelson. *A ação civil pública no processo do trabalho*. In: Edis Milaré (Coord.). *Ação civil pública. Lei 7.347/85 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

OLIVEIRA JUNIOR, Osny Claro de. *O caráter punitivo das indenizações por danos morais: adequação e impositividade no direito brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3547>>. Acesso em 07 jul. 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RAMOS, André de Carvalho. *A Ação Civil Pública e o Dano Moral Coletivo*. Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/6772-6771-1-PB.htm>. Acesso em 29 jun. 2014.

REI, Cláudio Alexandre Sena. *Danos morais entre cônjuges*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 47, 1 nov. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/541>>. Acesso em 21 jul. 2014

ROSEVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil*. São Paulo: Atlas, 2013.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos Fundamentais e suas Características*. Disponível em <http://www.sedep.com.br/?idcanal=24215>. Acesso em 22 jul. 2014.

RUGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. Volume 3. Campinas: Bookseller, 2005, p.596.

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. *O Princípio do Pleno Ressarcimento e a Indenização Punitiva*. In: FIUZA, César et al. (Coordenador). *Direito Civil: Atualidades III – Princípios Jurídicos no Direito Privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.251-252.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Contribuição à fixação da indenização do dano moral trabalhista – A tese da aplicação dos exemplary ou punitive damages*. São Paulo: Editora LTR, 2004, vol. 40, nº 90, p. 397-402.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Os Direitos Fundamentais nos Paradigmas Liberal, Social e Pós-Social*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite, coordenador. *Crises e Desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2013.

SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva*. Dissertação de Mestrado. São Paulo. Universidade de São Paulo. 2011.

SEVERO, Sérgio Viana. *Os Danos Extrapatrimoniais*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

SILVA, Flávio Murilo Tartuce. *Reflexões sobre o dano social*. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3537. Acesso em 10 jul. 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e a sua Reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. *O Fundamento Jurídico do Dano Moral*. In: FIUZA, César et al. (Coordenador). *Direito Civil: Atualidades III – Princípios Jurídicos no Direito Privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. *Democracia e Jurisdição: Entre o texto e o contexto*. São Paulo: Editora Baraúna, 2011.

TREVISAN, Thaita Campos; SILVA, Vitor Borges da. *O Dano Social como Reflexo das Novas Tendências da Responsabilidade Civil*. Disponível em www.faculdade.pioxii-es.com.br/anexos/.../RC_N6_Pio_XII_artigo_2.pdf. Acesso em 05 jul. 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Responsabilidade Civil: v. IV*. São Paulo: Atlas, 2007.

VILANDE, Fernanda Carravetta. *A Ampliação das Funções da Responsabilidade Civil Sob a Perspectiva das Relações de Consumo*. Monografia (Especialização). Porto Alegre. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2011.

WATANABE, Kazuo et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do Anteprojeto*. 9. ed. Rio Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *Direitos Coletivos Lato Sensu: A Definição Conceitual dos Direitos Difusos, dos Direitos Coletivos Stricto Sensu e dos Direitos Individuais Homogêneos*. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/>. Acesso em 29 maio 2014.

ZANON, André Ricardo Moncaio. *Aplicação da Função Punitiva e da Indenização Punitiva aos Danos Morais*. Monografia. Brasília. Centro Universitário de Brasília. 2010.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. Tese. Porto Alegre. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2005.