



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - UNIRIO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS (CCJP)

Ariana Machado de Camargo

**A TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS DIFUSOS POR MEIO DA  
REPARAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO**

Rio de Janeiro, novembro de 2016.

Ariana Machado de Camargo

**A TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS DIFUSOS POR MEIO DA  
REPARAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à Escola de Ciências  
Jurídicas da Universidade Federal do  
Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)  
como requisito parcial à obtenção do  
grau de Bacharel em Direito.

Professor Orientador: Prof. Me. José  
Carlos Vasconcellos dos Reis

Rio de Janeiro, novembro de 2016.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - UNIRIO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS (CCJP)  
GRADUAÇÃO EM DIREITO

Título do Trabalho: A Tutela Jurisdicional dos Direitos Difusos por meio da  
Reparação do Dano Moral Coletivo

Elaborado por ARIANA MACHADO DE CAMARGO

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à Escola de Ciências  
Jurídicas da Universidade Federal do  
Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)  
como requisito parcial à obtenção do  
grau de Bacharel em Direito.

Comissão Examinadora:

Nome do Orientador: José Carlos Vasconcellos dos Reis

Nome do Examinador 1:

Nome do Examinador 2:

Assinaturas:

Nota Final: \_\_\_\_\_

Rio de Janeiro, novembro de 2016

“Devemos tomar consciência que os direitos da natureza e os direitos humanos são dois nomes da mesma dignidade. E qualquer contradição é artificial”.

(Eduardo Galeano)

## **AGRADECIMENTOS**

São poucas as pessoas que, diante das cobranças e adversidades da vida, têm a oportunidade de realizar um sonho. Iniciei esta segunda graduação acompanhada pela dúvida de ser capaz de trilhar esse novo caminho.

Durante essa jornada, nos momentos de decepção e de alegrias contei com o maior apoio que tive para chegar até aqui. Meu grande amigo (e, por acaso, marido) Leonardo. Sem a sua inspiração de perseverança e dedicação talvez o resultado não tivesse sido esse. Afinal, “nada resiste ao trabalho” não é mesmo?

Agradeço também aos meus pais por terem me dado durante toda a vida os fundamentos que fazem de mim a pessoa que sou. Mesmo não dividindo mais o mesmo lar, nunca faltaram carinho, apoio e colo quando precisei. Aliás, agradeço a toda minha família pela união e cumplicidade. Em especial, agradeço a minha irmã Natália, minha melhor amiga que, assim como eu, empreendeu um novo caminho profissional e foi inspiração para a minha caminhada.

Aos mestres que me fizeram amar minha profissão. Que me mostraram o Direito como ciência e ferramenta de transformação e intervenção social. Um agradecimento especial ao meu orientador, José Carlos, por sua paciência e tranquilidade que foram essenciais para a finalização deste trabalho.

Aos amigos...foram tantos que surgiram e que vou levar para toda a vida. Aos queridos da Unirio, aos queridos da PGM – o apoio de cada um me impulsionou nessa jornada.

Agradeço a minha pequena flor, Júlia. Sua presença ilumina os dias mais cinzentos. Toda dificuldade some com seu abraço. Qualquer problema se afasta com um: “eu te amo, titia”.

Por fim, agradeço ao meu filho, João Vicente, que ainda está a caminho, mas me deu força e firmeza pra chegar até aqui a tempo. Por você eu sou e serei capaz de tudo mesmo diante das maiores dificuldades.

## RESUMO

O objetivo do presente trabalho é discutir a efetividade da reparação a título de dano moral coletivo como forma de efetivação dos direitos difusos. Para tanto, realizou-se um estudo sobre titularidade dos direitos fundamentais englobando os pressupostos e princípios envolvidos em sua atribuição aos titulares e a questão dessa titularidade para além do ser humano, assim como, seus fundamentos teóricos. Enfrentou-se a questão da tutela dos direitos coletivos, em especial os direitos difusos, através da reparação do dano moral coletivo, analisando a doutrina especializada sobre o tema e trazendo as divergências existentes sobre os pressupostos definidores do dano moral coletivo na própria doutrina. Abordou-se, enfim, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito do dano moral coletivo como instrumento de tutela para a efetivação dos direitos coletivos strictu sensu e dos direitos difusos, demonstrando a existência da indefinição jurisprudencial que ainda paira sobre o tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Fundamentais. Direitos Difusos. Titularidade dos Direitos Difusos. Dano Moral Coletivo e Direitos Difusos. Superior Tribunal de Justiça

## **Sumário**

<b>Introdução</b> .....	8
<b>1. As dimensões dos direitos fundamentais e sua titularidade</b> .....	11
1.1. As dimensões dos Direitos Fundamentais .....	11
1.2. A questão da titularidade dos direitos fundamentais .....	16
<b>2. As dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais de terceira geração e a eficácia das normas constitucionais que os tutelam</b> .....	21
<b>3. A tutela judicial dos direitos difusos – o dano moral coletivo como instrumento de efetivação desses direitos</b> .....	29
<b>4. A jurisprudência sobre o tema nos tribunais brasileiros</b> .....	39
<b>Conclusão</b> .....	53
<b>Referências</b> .....	56

## Introdução

Os direitos fundamentais já passaram por inúmeras transformações desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições. Sua importância como cerne dos Estados Democráticos se consolidou através da história de nossa sociedade.

A teoria sobre as gerações ou dimensões<sup>1</sup> dos direitos fundamentais, tratada por jusfilósofos como Norberto Bobbio e doutrinadores como Paulo Bonavides, avançou e hoje fala-se em 4ª e até 5ª dimensões de direitos fundamentais<sup>2</sup>.

O presente trabalho não abordou a dissidência sobre quantas são as dimensões dos direitos fundamentais ou quais seriam os conteúdos de cada uma delas. Abordou, dessa forma, em seu primeiro capítulo a doutrina clássica sobre as três dimensões de direitos fundamentais, visto que, o cerne do presente trabalho – direitos difusos – encontra-se bem definido como um direito fundamental de terceira dimensão.

Os direitos de terceira dimensão, caracterizados entre outros aspectos pela titularidade coletiva, são hodiernamente reconhecidos e/ou estabelecidos como direitos da sociedade em geral, ultrapassando a esfera individual do homem. Mas, apesar de reconhecidos, como se opera sua efetivação no mundo através da tutela jurisdicional?

Muitos são os diplomas legais que buscam proteger esses direitos reconhecidos como supraindividuais. No entanto, mais recentemente, vimos brotar em nosso ordenamento o instituto do dano moral coletivo como mais uma forma de garantir e efetivar essa dimensão de direitos.

<sup>1</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, in: A Eficácia dos Direitos Fundamentais (2015), ressalta as críticas feitas ao termo “gerações”, pois considera que o mesmo traz uma falsa impressão de substituição gradativa de uma geração de direitos por outra, o que não ocorre. Por isso, prefere o termo “dimensões” que é o que utilizaremos também neste trabalho.

<sup>2</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 2016.

A doutrina e jurisprudência pátria têm entendido que estaria presente o dano moral coletivo quando houvesse violação a direitos da personalidade em seu aspecto individual homogêneo ou coletivo em sentido estrito.

No entanto, o cabimento do instituto como forma de reparação diante da violação de direitos difusos – de titularidade indeterminada e de natureza indivisível – ainda não está bem determinada.

Para estudar esse fenômeno, ainda no primeiro capítulo, foi tratada a questão da titularidade dos direitos fundamentais. Nessa seara, foram trabalhados os pressupostos e princípios envolvidos na atribuição de titularidade de direitos fundamentais aos seres humanos, baseada, principalmente, na proteção da dignidade da pessoa humana.

Em outro sentido, também se discutiu a titularidade de direitos fundamentais para além do ser humano, abordando-se a questão da pessoa jurídica como titular de direitos fundamentais, assim como da natureza e dos animais como titulares desses direitos, utilizando, para tanto, o direito comparado.

O segundo capítulo abordou a questão da eficácia dos direitos fundamentais de terceira geração. Para tanto, foi preciso realizar um apanhado teórico sobre a eficácia das normas constitucionais em geral, assim como, sobre a teoria das dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, em especial, os direitos fundamentais da terceira geração.

Essa discussão mostra-se essencial para uma correta compreensão das bases teóricas que fundamentam os diversos instrumentos de tutela utilizados para garantir direitos fundamentais de terceira geração, em especial, o dano moral coletivo.

O terceiro capítulo dedica-se ao estudo do dano moral coletivo, abordando o instituto do dano moral e sua evolução até a aplicação do dano moral como forma de reparação diante de lesão a direito difuso.

Apresenta-se a divergência doutrinária sobre os pressupostos para caracterização desse instituto da responsabilidade civil, inclusive a celeuma sobre sua nomenclatura como dano moral coletivo ou dano extrapatrimonial.

Desenvolve-se também o fundamental debate sobre a diferenciação entre os pressupostos para caracterização do dano moral individual e o dano moral coletivo como forma de tutela de direitos difusos, visto que, tais direitos apresentam natureza muito peculiar quando comparados aos demais direitos fundamentais.

Por fim, o quarto capítulo debruça-se sobre a jurisprudência existente sobre o tema no Superior Tribunal de Justiça. Neste diapasão, verifica-se a indefinição jurisprudencial existente no referido Tribunal e faz-se uma análise dos possíveis motivos que justificam tal indefinição a partir da análise das vertentes doutrinárias que estudam o instituto do dano moral coletivo apresentadas no capítulo anterior.

Por fim, desenvolve-se uma provocação no sentido de qual seria a melhor posição jurisprudencial, considerando todo o referencial teórico discutido no trabalho, especialmente a dicotomia entre as noções de dano moral individual e coletivo e a questão da titularidade de direitos fundamentais para além do ser humano.

## 1. As dimensões dos direitos fundamentais e sua titularidade

Neste capítulo pretendemos realizar uma breve abordagem da teoria das dimensões dos direitos fundamentais a partir da teoria clássica das três dimensões.<sup>3</sup> Da mesma forma, faremos um breve estudo sobre a titularidade dos direitos fundamentais, realizando uma análise evolutiva desde a questão da pessoa jurídica até as teorias sobre direitos da natureza<sup>4</sup>.

### 1.1. As dimensões dos Direitos Fundamentais

Para entendermos os instrumentos de tutela que buscam efetivar os direitos fundamentais, em especial o instituto do dano moral coletivo, precisamos realizar uma abordagem histórica do surgimento desses direitos que, tão corriqueiramente, chamamos de fundamentais.

Nesse sentido, não há como desvincular a história dos direitos fundamentais da própria história do surgimento do moderno Estado Constitucional<sup>5</sup>. Até porque os direitos fundamentais são considerados, pela maioria dos autores, uma construção histórica. Dependendo sua fundamentalidade e concepção da época e lugar nos quais foram sendo discutidos. Como afirma Norberto Bobbio:

“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”.<sup>6</sup>

Podemos entender a teoria das dimensões dos direitos fundamentais como uma forma de ilustrar o processo histórico de reconhecimento desses

<sup>3</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 2016.

<sup>4</sup> OLIVEIRA, Fábio Correa Souza de, *in*: Direitos da Natureza e Direito dos Animais: Um enquadramento (2013), discute a assimilação da titularidade de direitos para além da espécie humana, movimento que teria sido iniciado com a Constituição do Equador em 2008 que previu a Natureza como titular de direitos.

<sup>5</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional, 2014.

<sup>6</sup> BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, 2004.

direitos, perpassando pelas questões relativas ao seu conteúdo, titularidade, eficácia e efetivação<sup>7</sup>.

Voltamos a ressaltar que, no presente trabalho, utilizaremos a terminologia “dimensões” e não “gerações” de direitos fundamentais. Entendemos, como a mais moderna doutrina, que a terminologia “dimensões” abarca melhor a ideia de que, nas palavras de Ingo Sarlet, “o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão de substituição gradativa de uma geração por outra”<sup>8</sup>.

Alguns doutrinadores defendem a existência de uma quarta e até quinta e sexta dimensões de direitos fundamentais, além das três dimensões consolidadas pela teoria dimensional.<sup>9</sup> Nosso trabalho, no entanto, não adentrará a seara desta discussão, visto que, seu cerne guarda relação com os chamados direitos difusos, já bem definidos como direitos fundamentais de terceira dimensão.

Na lição de Paulo Bonavides<sup>10</sup>, os denominados direitos fundamentais de primeira dimensão (ou geração, como denomina o autor) são:

“direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem , por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente”

Completa o autor<sup>11</sup>:

“têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, (...) enfim, são direitos de resistência ou oposição perante o Estado. Entram na categoria do status negativus na classificação de Jellinek e fazem também ressaltar na ordem dos valores políticos a nítida separação entre Sociedade e Estado”.

<sup>7</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional, 2014.

<sup>8</sup> Ibidem

<sup>9</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 2016.

<sup>10</sup> Idem

<sup>11</sup> Idem

Tais direitos foram cunhados historicamente durante o século XVIII, no contexto das revoluções liberais, tendo como marcos as Declarações de Direitos que proliferaram nesse período, como a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1791).

Por seu turno, os direitos fundamentais de segunda dimensão surgiram no sec. XX, no bojo de uma ideologia e reflexão antiliberal. São direitos sociais, culturais e econômicos exigidos em decorrência das péssimas condições de trabalho no período pós Revolução Industrial europeia (sec. XIX). Bonavides ensina que são direitos que exigem uma prestação positiva do Estado e, por isso mesmo, passaram por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa.<sup>12</sup>

O autor também observa que esses direitos, quando do seu surgimento, tiveram sua juridicidade questionada:

“foram eles remetidos a chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos de liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais”<sup>13</sup>.

Conforme leciona Ingo Sarlet, a maior distinção dessa categoria de direitos para os de primeira dimensão é, exatamente, seu *status* positivo em relação às prestações estatais. No entanto, há que se destacar que, apesar dessa distinção ser importante, os direitos de segunda dimensão abrangem também as chamadas “liberdades sociais”. Tais liberdades dizem respeito a direitos de resistência, políticos ou prestacionais que só podem ser exercidos por um grupo de pessoas. Isso ocorre com os direitos de reunião e de associação (art. 5º, XVI e XVII, da CF), assim como, os direitos de sindicalização e de greve (arts. 8º e 9º da CF).<sup>14</sup>

<sup>12</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 2016

<sup>13</sup> Idem.

<sup>14</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional, 2014.

Dimitri Dimoulis faz uma importante observação em relação aos direitos fundamentais de segunda dimensão ou direitos sociais:

“A expressão direitos sociais se justifica porque seu objetivo é a melhoria de vida de vastas categorias da população, mediante políticas públicas e medidas concretas de política social. **Mas isso não o torna um direito coletivo.** Enquanto direitos públicos subjetivos, os direitos fundamentais não são só individualizáveis; são também, e primordialmente, direitos individuais”.<sup>15</sup>

Isso nos leva a próxima categoria de direitos a serem estudados, sendo para o presente trabalho, a de maior importância: os direitos fundamentais de terceira dimensão.

São direitos de natureza coletiva, muitas vezes denominados de “direitos difusos” que começaram a ser garantidos no século XX, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, em um contexto de novas reivindicações fundamentais para o ser humano. Reivindicações essas produzidas, por exemplo, pelo impacto tecnológico, pelo permanente estado de tensão política entre os países, assim como, pelo intenso processo de globalização no segundo pós-guerra<sup>16</sup>.

Para Ingo Sarlet, a principal característica desses direitos reside na titularidade transindividual inerente a eles, caracterizando-se por sua indefinição ou indeterminação e afastando a figura do homem-indivíduo como seu titular. Dentre os mais conhecidos, estão os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito a utilização e a conservação do patrimônio histórico cultural e o direito de comunicação.<sup>17</sup>

Aqui, precisamos abordar conceitualmente a classificação e natureza dos chamados direitos coletivos.

Como já dito, no Brasil, os direitos fundamentais de terceira dimensão são também chamados de direitos coletivos *lato sensu* e se subdividem em três

<sup>15</sup> DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, 2014.

<sup>16</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional, 2014.

<sup>17</sup> Idem.

espécies: direitos coletivos *em sentido estrito*, direitos *individuais homogêneos* e direitos *difusos*. Essa definição encontra-se no art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor:

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

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

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os **decorrentes de origem comum**”<sup>18</sup> (grifos nossos).

Podemos citar, ainda que de passagem, a distinção entre esses três grupos de direitos. Os direitos *difusos* são direitos de *todos*, mas que não pertencem a ninguém isoladamente. São de grupos cuja titularidade é absolutamente indeterminada. Ex: direitos dos consumidores contra a propaganda abusiva (atinge a todos, mesmo que não tenham uma ligação jurídica uns com os outros).

Já os direitos coletivos *em sentido estrito* são direitos de *grupos determinados*, mas que não pertencem a nenhum membro *isoladamente*, mas ao *grupo como todo*.

Por fim, temos também os chamados direitos *individuais homogêneos*. Apesar da nomenclatura “individuais” esses direitos são reconhecidos como outra subdivisão dos direitos coletivos *latu sensu*. São direitos de cada pessoa isoladamente, mas que podem ser tutelados coletivamente, pois que, decorrentes de uma origem comum.

<sup>18</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesse difuso: conceito e legitimação para agir**, 2013.

## 1.2. A questão da titularidade dos direitos fundamentais

Primeiramente, devemos destacar que o ordenamento jurídico brasileiro não deixa dúvidas quanto à recepção do Princípio da Universalidade em relação a titularidade dos direitos fundamentais. Conforme tal princípio, todas as pessoas (pelo fato de serem pessoas) são titulares de direitos e deveres fundamentais<sup>19</sup>.

Isso não implica dizer que todos os seres humanos serão titulares de direitos fundamentais sem distinção alguma. Como leciona Canotilho, é possível que a Universalidade seja estendida ou restringida de acordo com a pretensão do constituinte, mantendo-se, no entanto, o núcleo essencial dos direitos fundamentais, que não pode ser objeto de discricionariedade. Canotilho, inclusive, considera que esse núcleo pode ser alargado quando da necessidade de concretização de direitos, o que acontece, por exemplo, para pessoas jurídicas de natureza pública ou privada<sup>20</sup>.

Da mesma forma, se afigura possível que existam atribuições diversas de direitos fundamentais a grupos ou categorias diversas de pessoas, dependendo da necessidade de efetivação destes sem que, no entanto, se esteja ferindo o princípio da igualdade. Seria o caso, por exemplo, dos direitos dos cônjuges, dos pais, dos filhos, dos apenados, dos consumidores. Todos esses indivíduos possuem direitos fundamentais inerentes ao grupo no qual estão inseridos<sup>21</sup>.

Além disso, em coerência com o princípio da universalidade, a CF/88, explicita ou implicitamente, atribui a titularidade dos direitos sociais a toda e qualquer pessoa. E isso, sem que seja preenchido qualquer requisito de nacionalidade ou de vínculo de maior ou menor permanência no Brasil. Ingo Sarlet exemplifica em sua obra os casos do direito à saúde, trazido no art. 196 da CF/88: “a saúde é direito de TODOS e dever do Estado”, assim como o

<sup>19</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 2015.

<sup>20</sup> CANOTILHO, J.J.G. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 2003.

<sup>21</sup> Idem.

direito à assistência social presente no art. 203 que dispõe: “a assistência social será prestada A QUEM DELA NECESSITAR”<sup>22</sup>.

Aqui há que ser retomada uma questão cuja discussão já foi iniciada anteriormente, qual seja, a natureza da titularidade dos direitos sociais. Resta consolidado em nosso ordenamento jurídico que os direitos sociais, apesar de sua expressão e forma de conquista coletivos, são direitos assegurados com base na dignidade de cada pessoa, individualmente considerada<sup>23</sup>.

Ingo Sarlet entende que direitos como saúde, educação, previdência, assistência social, moradia, assim como, a liberdade de associação sindical e o direito a greve, entre outros não podem ser vistos como direitos exclusivamente coletivos, mas sim direitos individuais de expressão coletiva. Em verdade, o Supremo Tribunal Federal já construiu tese no sentido da coexistência das titularidades individual e coletiva do direito à saúde, sem prejuízo da vasta jurisprudência reconhecendo o direito à saúde como direito subjetivo individual<sup>24</sup>. Dessa forma:

“Em verdade, como bem demonstra José Ledur, a dimensão individual e coletiva (assim como a difusa) coexistem, de tal sorte que a titularidade individual não resta afastada pelo exercício do direito ocorrer na esfera coletiva”<sup>25</sup>.

Nesse sentido, podemos concluir que não há qualquer dúvida ou debate doutrinário sobre a titularidade dos direitos fundamentais para o ser humano, com base na proteção de sua dignidade. Restando, então, o interessante debate sobre a titularidade dos direitos fundamentais para outros sujeitos que não se enquadrem na categoria de ser humano.

Em primeiro lugar, podemos analisar a questão da pessoa jurídica como titular de direitos fundamentais.

É a posição da doutrina e da jurisprudência majoritárias que os direitos fundamentais também se aplicam às pessoas jurídicas, inclusive as de direito

<sup>22</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 2015.

<sup>23</sup> DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, 2014.

<sup>24</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 2015.

<sup>25</sup> LEDUR, J.F. *Direitos Fundamentais Sociais*, 2009 *APUD* SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 2015.

público, desde que sejam compatíveis com a natureza delas. A Constituição Federal, inclusive, expressamente atribui às pessoas jurídicas essa titularidade – art. 5º, XXI, art. 8º, III, art. 17, §§ 1º e 3º, art. 170, IX, art. 207, entre outros<sup>26</sup>.

Alguns autores entendem que essa titularidade atribuída às pessoas jurídicas deve ser interpretada restritivamente, ou seja, caso não haja expressa previsão constitucional a respeito dos direitos da pessoa jurídica o intérprete não poderia atribuí-los a ela utilizando uma interpretação inclusiva mais ampla<sup>27</sup>.

Contudo, essa posição não prevalece, tendo o presente trabalho o mesmo entendimento trazido pela relevante obra de Ingo Sarlet em relação a atribuição de titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas:

“em havendo compatibilidade entre o direito fundamental e a natureza e os fins da pessoa jurídica, em princípio reconhecida a proteção constitucional, o que, por outro lado, não impede que o legislador estabeleça determinadas distinções ou limitações, sujeitas, contudo, ao necessário controle de constitucionalidade. Convém não esquecer, nesta perspectiva, que a extensão da titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas tem por finalidade maior a de proteger os direitos das pessoas físicas, além do que em muitos casos é mediante a tutela da pessoa jurídica que se alcança a melhor proteção dos indivíduos”<sup>28</sup>

Também as pessoas jurídicas de direito público podem ser titulares de direitos fundamentais. Tal afirmação deixa uma dúvida: se os direitos fundamentais surgiram para defender o *cidadão* contra o *Estado*, como justificar que uma pessoa jurídica *de direito público* (isto é, integrante do próprio Estado) possa ter direitos fundamentais?

A explicação estaria no constante processo de crescimento e aumento de complexidade da Administração Pública. Na esfera processual um ente público tem direitos como o de ser ouvido em juízo, de paridade de armas e também o direito à ampla defesa. Assim como, entidades da administração pública indireta, podem, dependendo das circunstâncias, pleitear o direito à

<sup>26</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 2015.

<sup>27</sup> DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, 2014.

<sup>28</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 2015.

propriedade, liberdade de comunicação, de se defender em relação a intervenções que mitiguem sua autonomia<sup>29</sup>

Como verificamos na lição de Ingo Sarlet, a titularidade de direitos fundamentais pelas pessoas jurídicas guarda íntima relação com a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos e acabam, por consequência lógica, ainda se justificando pela dignidade da pessoa humana.

Problema maior a ser enfrentado é a atribuição de titularidade de direitos fundamentais para além da pessoa humana, como é o caso da natureza e dos animais.

A compreensão da tutela constitucional do meio ambiente presente no art. 225, da Constituição Federal teve historicamente um viés antropocêntrico. Quando o referido artigo diz: *“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”*, o entendimento que prevalecia era o que o termo “todos” abarcava apenas todos os seres humanos. É a teoria do desenvolvimento sustentável, que compreende a preservação ambiental como mero meio de manutenção da humanidade<sup>30</sup>

Com o passar do tempo, essa compreensão foi se tornando mais ampla, principalmente com o surgimento dos novos movimentos constitucionais da América Latina conhecidos como *Neoconstitucionalismo Latino Americano*. A Constituição da Bolívia foi a primeira a reconhecer que o direito a um meio ambiente sustentável não pertencia apenas ao ser humano, conforme dicção do seu art. 33:

“Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y

<sup>29</sup> Ibidem.

<sup>30</sup> LOURENÇO, D. B e OLIVEIRA, F.C.S. Sustentabilidade, economia verde, direito dos animais e ecologia profunda: algumas considerações, 2012.

futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente”<sup>31</sup> (grifo nosso)

A Constituição do Equador, de 2008, pela primeira vez no mundo, previu, expressamente, direitos para além da espécie humana; a natureza como titular de direitos. De acordo com o Art. 71:

“La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”<sup>32</sup>

No que respeita ao direito comparado, as legislações civis de países como Alemanha, Suíça e Áustria retiraram os animais da categoria de coisas. Apesar disso, nenhuma dessas legislações atribuiu aos animais o status de sujeito de direitos.

Fábio Oliveira defende que:

“embora não tenham dito que são sujeitos de direito (a contrario sensu), vez que, em pese a dicotomia girar entre sujeito e objeto (logo, se não é coisa, é titular de direito e vice-versa), há uma terceira via a sustentar que, se os animais não são coisas, também não são sujeitos, são sui generis/tertium genus (um limbo jurídico, como gosto de chamar, mais revelador de um purgatório), bem como pelo restante do sistema jurídico que obstaculiza o reconhecimento do status de sujeitos aos animais”<sup>33</sup>

Da mesma forma, nossa legislação civil não atribuiu aos animais esse status. O Código Civil, ao contrário, prevê a venda de animais, dispondo sobre vícios ocultos da coisa móvel (art. 445, § 2º), que as crias dos animais pertencem ao usufrutuário (art. 1.397) e que animais podem ser objeto de penhor (art. 1442, V).

O fato de a Constituição ter reconhecido que animais são seres sensíveis e, portanto, não podem ser submetidos a atos cruéis (art. 225, § 1º, VII), não implica necessariamente na admissão da titularidade de direitos.

<sup>31</sup> Ibidem

<sup>32</sup> Ibidem.

<sup>33</sup> OLIVEIRA, Fábio. Direitos da Natureza e Direito dos Animais: Um enquadramento, 2013.

Nesse sentido, pode-se concluir que, apesar do ordenamento jurídico brasileiro não reconhecer os animais ou a natureza como sujeitos de direitos fundamentais em si, há o reconhecimento de uma dignidade inerente a vida não humana, ou seja, um valor intrínseco nela mesma. Verificamos esse entendimento diante das normas que vedam práticas cruéis e causadoras de desnecessário sofrimento aos animais ou que levem à extinção das espécies<sup>34</sup>.

Para a discussão que aqui pretendemos travar, é de suma importância ressaltarmos que, apesar da discussão ético-filosófica sobre a titularidade de direitos fundamentais da natureza e dos animais, fato é que a ideia de uma dignidade que necessita de proteção jurídica e que está além do indivíduo e além da própria pessoa humana já existe em nosso ordenamento. Resta compreender a natureza dessa proteção e qual seria o melhor instrumento de tutela para garanti-la.

## **2. As dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais de terceira geração e a eficácia das normas constitucionais que os tutelam**

Em primeiro lugar, faz-se necessário entender o que são as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais. Essa compreensão é imprescindível para que se possa discutir os instrumentos de tutela utilizados para garantir tais direitos, em especial, o dano moral coletivo, cerne do presente trabalho.

Quando falamos em dimensão objetiva dos direitos fundamentais pretendemos inferir que eles não são meramente direitos subjetivos públicos do cidadão, mas também elementos objetivos fundamentais da comunidade. Nesse sentido, a dimensão objetiva dispõe que os direitos fundamentais

<sup>34</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 2015.

passam a integrar a ordem objetiva do texto constitucional – os valores se transformam em normas positivadas no sistema constitucional<sup>35</sup>.

Podemos afirmar, então, que efeitos jurídicos relevantes decorrem desse reconhecimento. Em primeiro lugar, a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, ou seja, os valores expressados pelas normas de direitos fundamentais devem impregnar toda a ordem jurídica. A interpretação do ordenamento deve levar em conta os direitos fundamentais, como a exemplo da interpretação conforme a constituição, interpretação conforme os direitos fundamentais.

Outro efeito importante seria a justificativa da função protetiva dos direitos fundamentais pelo Estado incumbindo a este o dever de proteção desses direitos. Em cada norma de direito fundamental haveria, então, uma norma impositiva, isto é, vinculante aos entes estatais de proteger os direitos fundamentais.

São exemplos desse efeito a proibição de excesso por parte do Estado, a proibição de insuficiência onde o Estado deve alcançar um padrão mínimo de suficiência e satisfação dos direitos fundamentais do cidadão e a obrigação de o Estado tutelar os direitos fundamentais.

Como leciona Ingo Wolfgang Sarlet:

...”ficando consignado que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos. Em outras palavras, de acordo com o que consignou Pérez Luño, os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais, entendimento este, aliás, consagrado pela jurisprudência do

<sup>35</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 2015.

Tribunal Constitucional espanhol praticamente desde o início de sua profícua judicatura<sup>36</sup>.

Por dimensão subjetiva dos direitos fundamentais entendemos que são direitos inerentes ao indivíduo, juridicamente tutelados e que podem ser pleiteados judicialmente em face do destinatário. Em outras palavras, eles podem ser exigidos pelo indivíduo contra o particular ou o próprio Estado, inclusive na esfera judicial.

A conclusão de que os direitos fundamentais possuem dupla perspectiva (objetiva e subjetiva) constitui uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo.

Contudo, esse tema não é pacífico e se torna mais complexo quando acrescentamos as características peculiares aos direitos de terceira dimensão. Entendemos que os direitos fundamentais de terceira geração devem ser pensados e tratados de forma diferenciada em comparação com os direitos de primeira e segunda geração, conforme passamos a demonstrar.

Como já foi visto, quando se fala na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, traz-se à tona sua eficácia apenas em relação ao indivíduo titular do direito. Por outro lado, quando se trata da dimensão objetiva, os direitos fundamentais alcançam não somente esse indivíduo, mas a sociedade em sua totalidade.

Robert Alexy<sup>37</sup> desenvolveu a teoria da subjetivação dos direitos fundamentais, segundo a qual os direitos fundamentais teriam como finalidade principal a proteção do indivíduo.

Conforme essa teoria a dimensão objetiva dos direitos fundamentais seria apenas um reflexo da proteção individual, ou seja, o objetivo não seria a proteção autônoma de um bem jurídico de natureza coletiva, mas sim, um reforço à proteção de bens jurídicos de natureza individual, calcados na dignidade da pessoa humana.

<sup>36</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 2015.

<sup>37</sup> ALEXY, Robert. Direito, Razão, Discurso: estudos para a filosofia do direito, 2010.

Ocorre que, os direitos fundamentais de terceira dimensão por sua natureza diferenciada no que concerne, especialmente, a sua titularidade não se adaptam perfeitamente a tal teoria.

Vale aqui lembrar discussão já visitada no presente trabalho, mais precisamente no item 1.2, sobre a titularidade dos direitos fundamentais e a vasta produção doutrinária que defende a proteção jurídica uma dignidade que está além do indivíduo e além da própria pessoa humana.

Nesse sentido, a valiosa lição de Rodrigo Coimbra:

“Os direitos de natureza transindividual constituem valores cuja titularidade transcende a dimensão meramente subjetiva, vale dizer a esfera puramente individual das pessoas e das instituições. Deles, ninguém, isoladamente, é o titular exclusivo. Não se concentram num titular único, justamente porque concernem a todos e a cada um.

Nesse contexto, entende-se que a concepção doutrinária que defende a presunção da perspectiva subjetiva sob a perspectiva objetiva não se aplica da mesma forma aos direitos de terceira dimensão, mas tão somente aos direitos de primeira e segunda dimensões, pois muda o foco do direito tutelado, que deixa de ser individual e passa a ser transindividual, razão pela qual nessa dimensão de direitos a finalidade precípua é a proteção da coletividade e não do indivíduo isoladamente, ainda que o indivíduo faça parte dessa coletividade”<sup>38</sup>.

Continua em importante contribuição:

“A ideia de os direitos fundamentais irradiarem efeitos também nas relações privadas (efeitos horizontais) e não constituírem apenas direitos oponíveis aos poderes públicos (efeitos verticais) vem sendo considerada um dos mais relevantes desdobramentos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais e também possui grande relevância, no âmbito dos direitos transindividuais, como por exemplo, no direito ambiental, no direito coletivo do trabalho, no direito do consumidor, entre outros.

Os direitos transindividuais, enquanto direitos fundamentais de terceira dimensão, têm importante relação com os direitos fundamentais prestacionais. O modelo brasileiro de ações coletivas viabiliza a tutela jurisdicional dos direitos

<sup>38</sup> COIMBRA, Rodrigo. “Os Direitos Transindividuais como Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão e alguns desdobramentos”, 2011

fundamentais que exigem prestações sociais, inclusive contra os particulares”<sup>39</sup>

Para continuar essa discussão, necessário adentrar à questão sobre a eficácia dos direitos fundamentais e recorrer, em primeiro lugar, à lição de José Afonso da Silva sobre esse tema.

De acordo com o iminente doutrinador, as normas constitucionais podem ser divididas em três grupos, conforme o critério de eficácia.

São chamadas normas de eficácia plena aquelas que, no momento em que entram em vigor, estão aptas a produzir todos os seus efeitos, independentemente de norma integrativa infraconstitucional. Destaca o mestre:

“são as que receberam do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata. Situam-se predominantemente entre os elementos orgânicos da Constituição. Não necessitam de providência normativa ulterior para sua aplicação. Criam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, desde logo exigíveis”<sup>40</sup>

José Afonso também classifica as normas de eficácia contida como sendo aquelas que, embora tenham condições de produzir todos os seus efeitos quando de sua entrada em vigor, podem ter sua abrangência reduzida por norma infraconstitucional. Continua José Afonso:

“Normas de eficácia contida, portanto, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem a atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos dos conceitos gerais nela enunciados”<sup>41</sup>

Por fim, a derradeira classificação trazida por José Afonso diz respeito às normas de eficácia limitada. No ensinamento do respeitado doutrinador, são normas que, de imediato, quando da sua entrada em vigor no ordenamento,

<sup>39</sup> COIMBRA, Rodrigo. “Os Direitos Transindividuais como Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão e alguns desdobramentos”, 2011.

<sup>40</sup> SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 1998.

<sup>41</sup> Ibidem.

não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando, para tanto, de uma lei integrativa infraconstitucional<sup>42</sup>.

Apesar disso, José Afonso da Silva salienta que mesmo essas normas possuem eficácia jurídica imediata, direta e vinculante, visto que, produzem alguns efeitos no que concerne à vinculação do legislador infraconstitucional.

Dentre essas características estão: (i) estabelecer um dever para o legislador ordinário; (ii) condicionar a legislação futura, sob pena de controle de constitucionalidade; (iii) informar a concepção de Estado e de sociedade que se pretende consolidar e inspirar seu ordenamento jurídico; (iv) constituir sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação de normas jurídicas; (v) condicionar a atividade discricionária da Administração e do Judiciário. Todas essas características criam, por fim, situações subjetivas de vínculo, confirmando a eficácia jurídica imediata mesmo das normas de eficácia limitada<sup>43</sup>.

É de se salientar que o mesmo autor faz, ainda, uma divisão das próprias normas de eficácia limitada em normas de princípio institutivo e normas de princípio programático. As normas de eficácia limitada declaratórias de princípios institutivo contêm esquemas gerais de estruturação de instituições, órgãos e entidades, enquanto as normas de eficácia limitada declaratórias de princípios programáticos veiculam programas a serem implementados pelo Estado, visando a realização de fins sociais<sup>44</sup>.

Pelo exposto, pode-se dizer que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm eficácia plena, pois, como vimos, todas as normas constitucionais têm aplicação imediata, mesmo aquelas de eficácia limitada, visto que, o art. 5º da Constituição Federal dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Nesse momento, deve-se enfrentar uma questão levantada pela doutrina e jurisprudência. O disposto no art. 5º, §1º valeria para quais direitos

<sup>42</sup> SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 1998.

<sup>43</sup> Ibidem.

<sup>44</sup> Ibidem.

fundamentais? Para todos aqueles espalhados pela Constituição ou apenas para aqueles insertos explicitamente no próprio art. 5º?

Para se responder adequadamente à questão colocada, necessária se faz a utilização da respeitada obra de Ingo Sarlet sobre o tema:

“Em que pese a circunstância de que a situação topográfica do dispositivo poderia sugerir uma aplicação da norma contida no art. 5º, §1º, da CF apenas aos direitos individuais e coletivos (a exemplo do que ocorre com o §2º do mesmo artigo), o fato é que este argumento não corresponde a expressão literal do dispositivo, que utiliza a formulação genérica “direitos e garantias fundamentais”, tal como consignada na epígrafe do Título II da nossa *Lex Suprema*, revelando que, mesmo em se procedendo a uma interpretação meramente literal, não há como sustentar uma redução do âmbito de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais consagradas em nossa Constituição...”<sup>45</sup>

“A toda evidência, a nossa Constituição não estabeleceu distinção desta natureza entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, encontrando-se todas as categorias de direitos fundamentais sujeitas, em princípio, ao mesmo regime jurídico, o que também parece corresponder (ao menos no concernente ao disposto no art. 5º, §1º, da CF) ao entendimento dominante no Supremo Tribunal Federal”<sup>46</sup>

O mesmo autor, em sua obra sobre eficácia dos direitos fundamentais, continua realizando um vasto levantamento doutrinário sobre o alcance que teria o art.5º, §1º, da CF para as diversas categorias de direitos fundamentais.

Identifica, em apertada síntese, duas posições a conflitarem na doutrina. A primeira entende que as normas definidoras de direitos fundamentais apenas alcançariam sua eficácia nos termos e na medida da lei. Enquanto, uma segunda linha de pensamento entende que as normas definidoras de direitos fundamentais, inclusive as de cunho nitidamente programático, poderiam ensejar aplicabilidade imediata, mediante exigência do direito subjetivo individual, independentemente de concretização legislativa.

<sup>45</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 2015.

<sup>46</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. “O dever de aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais na jurisprudência do STF e nas interpretações da literatura especializada”, in: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.) *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal*, 2011.

É preciso ressaltar que mesmo aqueles que seguem no esteio da primeira posição – que o comando da aplicabilidade imediata não pode prevalecer em face das características normativas e estruturais – reconhecem que a previsão contida no art. 5º, §1º não pode ser interpretada de tal forma a ensejar um esvaziamento normativo dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, o autor infere, sem a pretensão de esgotar a discussão, que prevalece o postulado da máxima eficácia possível, bem como, da presunção em favor da aplicabilidade imediata e da plenitude de eficácia dos direitos fundamentais, decorrente da norma contida no art. 5º, §1º da Constituição Federal. Ressaltando que, por mais que prevaleça o postulado da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, não há concordância doutrinária e jurisprudencial sobre a forma como se dá tal aplicabilidade e quais os efeitos jurídicos inerentes a ela.<sup>47</sup>

Interessa para o trabalho aqui desenvolvido discutir, então, as formas de efetivação dos direitos fundamentais transindividuais ou coletivos *latu sensu* ou, ainda, de terceira dimensão.

Esses direitos não comportam rol exaustivo, visto que, em função de novas exigências impostas pela sociedade moderna e pós-industrial, evidenciam-se novos valores, pertencentes a todo o grupo social, cuja tutela se revela necessária e inafastável.

Os interesses transindividuais são, por isso mesmo, inominados, embora haja alguns mais evidentes, como os relacionados aos direitos do consumidor ou concernente ao patrimônio ambiental, histórico, artístico e cultural.

Em todas as formações sociais, com maior ou menor intensidade, a presença desses interesses, notadamente daqueles que ostentam caráter difuso, tem sido marcante, como, por exemplo, o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado, o direito ao aproveitamento racional dos recursos naturais, o direito à conservação da natureza, o direito à publicidade comercial

<sup>47</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 2015.

honestas, o direito à utilização adequada do solo urbano e rural, o direito à intangibilidade do patrimônio cultural do Estado<sup>48</sup>.

Sendo impossível adentrar em todas as formas de tutela existentes para a garantia desses direitos, escolheu-se tratar de um instituto em especial que tem sido cada vez mais utilizado para tal efetivação: o dano moral coletivo.

### **3. A tutela judicial dos direitos difusos – o dano moral coletivo como instrumento de efetivação desses direitos**

Neste capítulo aprofunda-se o estudo abordando o instituto do dano moral e sua evolução até a aplicação do dano moral coletivo<sup>49</sup>. Nesse sentido, abordam-se as disposições acerca do dano moral coletivo nos diplomas legais pátrios, assim como debatem-se as questões que se levantam diante do instituto.<sup>50</sup>

Aprofundando essas questões, além de outras que permeiam esse tema complexo e ainda pouco explorado, busca-se compreender o papel do instituto do dano moral coletivo diante da efetivação dos direitos fundamentais de terceira dimensão, em especial, os direitos difusos.

Dessa forma, tratando-se do instituto do dano moral coletivo, precisamos fazer uma breve abordagem do instituto do dano moral em si. Conforme Cavalieri, após o advento da Constituição Federal de 1988, todos os conceitos de dano moral tiveram que ser revistos. Conforme o referido autor:

“a atual Carta, na trilha das demais constituições elaboradas após a eclosão da chamada questão social, colocou o homem no vértice do ordenamento jurídico da nação, fez dele a primeira e decisiva realidade, transformando os seus direitos no fio condutor de todos os ramos jurídicos. Com efeito, a par dos direitos patrimoniais, que se traduzem em uma expressão econômica, o homem é ainda titular de relações jurídicas que, embora despidas de expressão pecuniária intrínseca,

<sup>48</sup> COIMBRA, Rodrigo. “Os Direitos Transindividuais como Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão e alguns desdobramentos”, 2011.

<sup>49</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 2015.

<sup>50</sup> BESSA, Leonardo Roscoe. Dano Moral Coletivo, 2007.

representam para o seu titular um valor maior, por serem atinentes à própria natureza humana. São os direitos de personalidade, que ocupam posição supraestatal, dos quais são titulares todos os seres humanos a partir do nascimento com vida (Código Civil, arts. 1º e 2º). São direitos inatos, reconhecidos pela ordem jurídica, não outorgados, atributos inerentes à personalidade, tais como o direito à vida, à liberdade, à saúde, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade, à privacidade, **enfim à própria dignidade da pessoa humana**<sup>51</sup> (grifos nossos).

O renomado autor acrescenta ainda que, à luz da Constituição vigente, podemos conceituar o dano moral em sentido estrito e em sentido amplo.

Dano moral em sentido estrito seria a violação do direito à dignidade. Nesse sentido, qualquer agressão à dignidade pessoal, lesionaria a honra e constituiria dano moral, sendo assim, indenizável. Em seu sentido amplo, dano moral seria a violação de algum direito ou atributo da personalidade<sup>52</sup>.

Considerando que o objeto deste trabalho é realizar uma análise sobre o instituto do dano moral coletivo como forma de tutela dos direitos difusos, não há razão para nos debruçarmos profundamente sobre os pressupostos e características do dano moral individual, visto que, o tema já é bem consolidado pela jurisprudência pátria.

O que faremos oportunamente é, sim, realizar uma abordagem do instituto do dano moral individual para determinarmos o conceito de dano moral coletivo a partir daí.

Para analisar o instituto adequadamente, faz-se necessário o estudo das inovações que foram sendo trazidas pela jurisprudência ao longo do tempo a respeito do tema. Em especial por reformular a ideia de dano moral relacionado exclusivamente ao indivíduo ou pessoa humana.

Em primeiro lugar, realizar-se-á uma breve análise sobre o dano moral contra a pessoa jurídica.

<sup>51</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 2015.

<sup>52</sup> Idem.

Como já dito, após a CF/88 a noção de dano moral não mais se restringe à dor, sofrimento, tristeza ou outros sentimentos. Ao contrário, a atual Carta Constitucional em seu art. 5º, X, estendeu expressamente a abrangência do dano moral a qualquer ataque ao nome ou imagem da pessoa física ou jurídica, com vistas a resguardar a sua credibilidade ou respeitabilidade. Nesse sentido, afigura-se possível estender a técnica dos direitos da personalidade para a tutela da pessoa jurídica permitindo o reconhecimento da proteção a esta devida, em especial no que pertine à imagem e à honra. Deve-se, entretanto, diferenciar a honra objetiva e subjetiva, restringindo as possibilidades da ofensa às pessoas jurídicas somente em relação à primeira<sup>53</sup>.

A honra subjetiva caracteriza-se pelo dignidade, decoro e autoestima, é exclusiva do ser humano, enquanto a honra objetiva, reflete-se na reputação, no bom nome, na imagem perante a sociedade, sendo comum à pessoa natural e à pessoa jurídica<sup>54</sup>.

Dessa forma, voltando à classificação anterior do dano moral em sentido amplo e estrito, podemos ver que a pessoa jurídica não pode sofrer dano moral em sentido estrito, mas pode sofrê-lo em seu sentido amplo, visto que é titular de honra objetiva. Coroando esse entendimento, hoje a matéria encontra-se sumulada no STJ: Súmula 227 – “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

Passa-se, então, à análise do foco principal do presente trabalho: o dano moral coletivo.

Primeiramente, emprestar-se-á, mais uma vez, a lição de Sérgio Cavalieri Filho e começar a compreender o que seriam danos difusos e coletivos, “assim como a lesão a um bem jurídico de titularidade individual caracteriza o dano comum, o que caracteriza o dano difuso ou coletivo é a lesão a um bem de titularidade difusa ou coletiva”<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> PEREIRA, Daniel Queiroz. Direitos da Personalidade e Pessoa Jurídica: uma abordagem contemporânea, 2012.

<sup>54</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 2015.

<sup>55</sup> Idem.

Os principais diplomas legais que preveem o dano moral coletivo são a Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e, também, a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Podemos dizer que esses diplomas consolidaram direitos cujo sujeito é uma coletividade difusa, indeterminada, que não goza de personalidade jurídica e cuja pretensão só pode ser satisfeita quando deduzida em juízo por representantes adequados.

Direitos esses que não foram esquecidos pelos constituintes de 1988:

“O Constituinte de 1988 foi sensível a tais fatores, pois, a par da ampliação do catálogo de direitos materiais – ressaltando, em diversas passagens, um caráter coletivo e social – previu e realçou diversos meios processuais de tutela de interesses metaindividuais. A Constituição instituiu o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX); possibilitou aos sindicatos e associações defender em juízo interesses da respectiva coletividade (art. 5º, XXI e 8º, III); ampliou o objeto da ação popular (art. 5º, LXXIII); aumentou o número de legitimados para propositura de ação direta de inconstitucionalidade e, finalmente, fez referência expressa à ação civil pública, para a proteção do **“patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”**, cuja promoção é função institucional do Ministério Público, sem exclusão de outros entes (art. 129, III e § 1º)”<sup>56</sup>.

Voltando à Lei da Ação Civil Pública, pode-se dizer que ela foi um importante marco na evolução do direito processual coletivo, ao procurar conferir disciplina sistemática à matéria e, também, por conter amplo espectro de incidência, de modo a permitir a judicialização de questões vinculadas ao meio ambiente, à ordem urbanística, ao consumidor e bens de valor artístico, estético, histórico e paisagístico – patrimônio cultural. Enquanto A Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), inspirando-se na *class actions for damages* do direito norte-americano, possibilitou a tutela judicial, em ação coletiva, dos danos pessoalmente sofridos (direitos individuais homogêneos – art. 81, inciso III, c/c os arts. 91 a 100). Além disso, conceituou os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> BESSA, Leonardo Roscoe. **Dano Moral Coletivo**, 2006.

<sup>57</sup> Idem.

Foi nesse contexto de evolução da legislação pátria, a partir da Constituição Federal de 1988 que surge a possibilidade da condenação à reparação indenizatória por dano moral coletivo.

Antes do advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), todo o entendimento relativo ao direito coletivo e difuso decorria especialmente de reflexões doutrinárias e das referências iniciais da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública). A referida lei cuidava, em sua redação original, apenas dos direitos *difuso* e *coletivo*. A tutela dos *interesses individuais homogêneos* foi instituída no Brasil, conforme já dissemos, pela Lei 8.078/90, sob a inspiração da *class actions for damages* do direito norte-americano<sup>58</sup>.

Como já foi consignado no capítulo 2, item 2.1, os direitos individuais homogêneos são direitos coletivos *latu sensu* que decorrem de uma origem comum (art. 81, III, CDC). De fato, o que se pretende alcançar quando da lesão desses direitos através da tutela coletiva, é o ressarcimento dos danos (morais e materiais) pessoalmente sofridos em decorrência do mesmo fato, ocorrendo um aproveitamento de provimento jurisdicional coletivo para posterior liquidação do dano individual.

O dano moral coletivo, ao contrário, está relacionado à lesão de direitos difusos e coletivos *strictu sensu*, da forma como passa-se a analisar.

Xisto Tiago de Medeiros Neto, consigna que:

“A ampliação dos danos passíveis de ressarcimento reflete-se destacadamente na abrangência da obrigação de reparar quaisquer lesões de índole extrapatrimonial, em especial as de natureza coletiva, aspecto que corresponde ao anseio justo, legítimo e necessário apresentado pela sociedade de nossos dias. Atualmente, tornaram-se necessárias e significativas para a ordem e a harmonia social a reação e a resposta do Direito em face de situações em que determinadas condutas vêm a configurar lesão a interesses: juridicamente protegidos, de caráter extrapatrimonial, titularizados por uma determinada coletividade. Ou seja, adquiriu expressivo relevo jurídico, no

<sup>58</sup> BESSA, Leonardo Roscoe. **Dano Moral Coletivo**, 2006.

âmbito da responsabilidade civil, a reparação do dano moral coletivo”<sup>59</sup>

O mesmo autor defende que o dano moral coletivo não guarda relação com dor ou sofrimento pessoal, mas sim, tem a ver com uma ideia de desvalor de um sentimento coletivo experimentado pela violação de um direito fundamental coletivo ou difuso:

“Com efeito, toda vez em que se vislumbrar o ferimento a interesse moral (extrapatrimonial) de uma coletividade, configurar-se-á dano passível de reparação, **tendo em vista o abalo, a repulsa, a indignação ou mesmo a diminuição da estima, infligidos e apreendidos em dimensão coletiva** (por todos os membros), entre outros efeitos lesivos. Nesse passo, é imperioso que se apresente o dano como injusto e de real significância, usurpando a esfera jurídica de proteção à coletividade, em detrimento dos valores (interesses) fundamentais do seu acervo”<sup>60</sup>.

Carlos Alberto Bittar Filho conceitua o dano moral coletivo:

“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 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 de dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação”<sup>61</sup>

Luiz Gustavo Grandinetti, destaca sobre o dano moral coletivo:

“1) mostra-se inconveniente a separação rígida entre interesse público-pena e interesse privado-reparação (ressarcimento ou reintegração);

2) quando se protege o interesse difuso, o que se está protegendo, em última instância, é o interesse público;

3) tal interesse público pode ser tutelado pelo modo clássico de tutela dos interesses públicos, tipificando-se a conduta do

<sup>59</sup> MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**, 2004 *apud* BESSA, Leonardo Roscoe. **Dano Moral Coletivo**, 2006.

<sup>60</sup> MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**, 2004 *apud* BESSA, Leonardo Roscoe. **Dano Moral Coletivo**, 2006.

<sup>61</sup> BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Dano moral coletivo no atual contexto brasileiro**, 1994.

agente causador do dano como crime e sancionando com uma pena criminal, mas pode ocorrer, por razões várias, que o ordenamento jurídico não tipifique tal conduta como crime, caso em que os instrumentos próprios para a proteção de interesses privados acabam assumindo nítida função substitutiva da sanção penal;

4) deve-se admitir uma certa fungibilidade entre as funções sancionatória e reparatória em matéria de interesses difusos lesionados;

5) com essa conformação e preocupação, surge o recém denominado dano moral coletivo, o qual 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<sup>62</sup>

Nesse momento, faz-se oportuno citar Leonardo Bessa quando o autor trabalha o instituto do dano moral individual com os seguintes objetivos: demonstrar que a tradicional comparação entre dano individual e dano moral não atende à caracterização de ofensa a direitos metaindividuais e que dano moral (individual) não é sinônimo de dano extrapatrimonial; que o dano moral (individual) decorre de ofensa à pessoa humana e que o dano moral coletivo, na verdade, é dano extrapatrimonial, não se aproximando portanto da noção individual de dano moral. Por fim, **consolidar que a doutrina mais moderna não exige a presença da dor psíquica para configuração do próprio dano moral individual, portanto, tal exigência é, com mais razão, absolutamente desnecessária para caracterização do dano moral coletivo**<sup>63</sup>.

Conforme sabemos, houve na esfera da responsabilidade civil uma evolução no sentido de afastar a necessidade de prova de culpa do autor, consagrando, nas mais diversas áreas, hipóteses de responsabilidade objetiva.

Ao contrário, o dano continua sendo pressuposto essencial para a caracterização da responsabilidade civil, conforme destaca Gustavo Tepedino “O dano é também elemento essencial do ato ilícito e da responsabilidade civil.

<sup>62</sup> GRANDINETTI, Luiz Gustavo. Responsabilidade por dano não-patrimonial a interesse difuso: dano moral coletivo, 2000.

<sup>63</sup> BESSA, Leonardo Roscoe. **Dano Moral Coletivo**, 2006.

Cuidando-se de elemento essencial do ato ilícito, fonte da responsabilidade civil, sem dano não há ato ilícito, ainda que se esteja de conduta antijurídica”<sup>64</sup>.

A questão que aqui deve ser colocada é que sendo o dano pressuposto inafastável da responsabilidade civil e, conseqüentemente, do dever de indenizar, faz-se necessária uma compreensão diferenciada do dano compatível à natureza dos direitos metaindividuais. Leonardo Bessa ressalta acertadamente:

“Tradicional dicotomia classifica o dano em *patrimonial (material)* e *moral*. Também, se coloca o dano moral como sinônimo de extrapatrimonial, o que não é acertado, principalmente ao se deparar com lesões (ou ameaça) a direitos coletivos.

O dano patrimonial é aquele que, como o próprio nome indica, constitui uma diminuição do patrimônio material do lesado, suscetível de avaliação pecuniária. Indenizar significa justamente reparar o dano causado à vítima. Sempre que possível, deve-se restabelecer o *statu quo ante*, a exemplo do que ocorre com a substituição do bem material destruído ou deteriorado por outro semelhante. Todavia, em inúmeras situações, o retorno ao estado anterior não é possível, hipótese em que a reparação irá se consubstanciar em indenização monetária (equivalente em dinheiro)”<sup>65</sup>.

Por isso, o autor continua explicando que o dano material abrange, na dicção do art. 402 do Código Civil, o que a vítima “efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de ganhar”. Denomina-se *dano emergente* ou *positivo* o que constitui uma diminuição imediata no patrimônio da vítima em decorrência do ato ilícito. Por outro lado, denomina-se lucro cessante o reflexo patrimonial negativo oriundo de análise prospectiva do ato ilícito<sup>66</sup>.

Cavaliere Filho esclarece sobre o lucro cessante: “Pode decorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua

<sup>64</sup> TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**, 2004 apud BESSA, Leonardo Roscoe. **Dano Moral Coletivo**, 2007.

<sup>65</sup> BESSA, Leonardo Roscoe. **Dano Moral Coletivo**, 2007.

<sup>66</sup> Idem.

profissão, como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado”<sup>67</sup>.

Retorna-se, então, ao conceito de dano moral já debatido anteriormente. Hoje a possibilidade de indenização por dano moral está razoavelmente pacificada tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Indenização essa que não está necessariamente ligada à restituição integral do dano causado, mas, como já foi dito, guarda relação com uma compensação patrimonial por violação a direitos de personalidade ou à dignidade.

A recorrente utilização do termo dano extrapatrimonial como sinônimo de dano moral pode não ser ideal para a caracterização do dano moral coletivo que guarda relação com direitos transindividuais.

Leonardo Bessa utiliza a classificação de Fernando Noronha a qual qualifica a expressão dano moral como exclusivo de dano à pessoa. Para o autor, numa classificação inicial, existem os *danos pessoais*, “quando são afetados valores ligados à própria pessoa do lesado, nos aspectos físico, psíquico ou moral, mesmo quando não 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)”<sup>68</sup>.

Por isso, o ideal seria não se confundir dano extrapatrimonial com dano moral, embora as expressões sejam, invariavelmente, tomadas no mesmo sentido.

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

<sup>67</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 2015.

<sup>68</sup> BESSA, Leonardo Roscoe. **Dano Moral Coletivo**, 2007

perigo. Em outros termos, há que perquirir, analisando a conduta lesiva em concreto, se o interesse que se buscou proteger foi atingido”<sup>69</sup>.

Para ilustrar, o autor traz o exemplo da mera veiculação de publicidade enganosa ou abusiva (art. 37 do CDC), independentemente de qualquer aquisição de produto ou serviço ou ocorrência de danos material ou moral (individual), configura lesão a direitos difusos e enseja, portanto, a condenação por *dano moral coletivo*, o que, repita-se, possui exclusivo caráter punitivo<sup>70</sup>.

O autor entende também ser inadequada a busca de sentido e justificativa para o dano moral coletivo através do dano moral individual. Repise-se que este último guarda relação com lesão ao direito à dignidade, comumente dignidade da pessoa humana, e lesão a direitos de personalidade. O dano moral coletivo, por outro lado, relaciona-se a lesão a direitos difusos, buscando, exclusivamente o caráter punitivo do instituto.

Não deve haver dúvida que o dano moral coletivo não tutela lesão a direitos individuais homogêneos. Como ressalta Leonardo Bessa, o instrumento de tutela – ação civil pública - quando pleiteia reparação por lesão a direitos individuais homogêneos está, em verdade, cuidando da soma de pretensões individuais que têm expressão coletiva<sup>71</sup>. Dessa forma, podemos situar a esfera de tutela do dano moral coletivo sobre os *direitos difusos e coletivos strictu sensu*.

Em relação ao dano moral coletivo, o posicionamento do autor é contrário ao de outros autores que já foram citados neste trabalho. Leonardo Bessa entende que diante do instituto não há que se falar em dor psíquica ou, de modo mais genérico, em afetação da integridade psicofísica da pessoa ou da coletividade ou mesmo em “ideia de desvalor de um sentimento coletivo” (Xisto Thiago), não sendo estes os pressupostos para caracterização do *dano moral coletivo*<sup>72</sup>.

<sup>69</sup> Ibidem.

<sup>70</sup> BESSA, Leonardo Roscoe. **Dano Moral Coletivo**, 2007.

<sup>71</sup> Idem.

<sup>72</sup> Idem

O autor completa dizendo que o melhor seria falar em dano extrapatrimonial, até 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. Consigna que o uso inapropriado da expressão *dano moral coletivo* pela legislação foi reflexo das divergências doutrinárias em torno da expressão *dano moral* e pela ausência de um modelo. O mais correto, na hipótese, é falar em *dano extrapatrimonial*, que é nota própria da ofensa a direitos coletivos (*lato sensu*), principalmente aos difusos:

“Em se tratando de direitos difusos e coletivos, a condenação por dano moral (*rectius*: extrapatrimonial) se justifica em face da presença do interesse social em sua preservação. Trata-se de mais um instrumento para conferir eficácia à tutela de tais interesses, considerando justamente o caráter não patrimonial desses interesses metaindividuais”<sup>73</sup>.

Pelo exposto, podemos verificar que há divergência na doutrina especializada quanto a própria caracterização do dano moral coletivo, em relação, principalmente aos seus pressupostos.

Nesse sentido, não poderia ser diferente com relação à jurisprudência pátria que também apresenta indefinição, visto que, os diplomas legais que disciplinam as ações coletivas têm sido insuficientes para garantir certeza de uma efetiva tutela dos direitos transindividuais.

#### **4. A jurisprudência sobre o tema nos tribunais brasileiros**

Por fim, neste capítulo, pretende-se analisar a jurisprudência dos tribunais pátrios concernente ao tema. Busca-se, dessa forma, estudar a tendência até hoje demonstrada pelos tribunais ao tratarem da reparação mediante a violação de interesses difusos e coletivos, assim como, verificar se essa tendência sofreu alguma mudança através do tempo.

Pretende-se fazer um recorte das decisões envolvendo a aplicação do dano moral coletivo para os direitos coletivo em sentido estrito e difusos –, objetivando entender se há diferenças nessa aplicação e/ou divergência jurisprudencial sobre o tema.

<sup>73</sup> BESSA, Leonardo Roscoe. **Dano Moral Coletivo**, 2007.

Vamos então analisar a posição do Supremo Tribunal de Justiça quanto ao tema. Em 2006, no REsp 598.281, o Ministro Teori Albino Zavascki ponderou que a ideia de "transindividualidade" (que equivale à indeterminabilidade do sujeito passivo) não parece ser compatível com o dano moral, negando provimento ao recurso, voto que foi vencedor, nos seguintes termos:

“Todavia, a vítima do dano moral é, necessariamente, uma pessoa. 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. **É que o dano moral envolve, necessariamente, dor, sentimento, lesão psíquica, afetando "a parte sensitiva do ser humano, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas"** (...) “Registre-se, por fim, não haver o autor sequer indicado, na presente ação civil pública, em que consistiria o alegado dano moral (pessoas afetadas, bens jurídico lesados, etc.)”<sup>74</sup>

No mesmo julgamento, o Ministro Luiz Fux, em voto vencido, deu provimento ao recurso da seguinte forma:

“Deveras, o meio ambiente ostenta na modernidade valor inestimável para a humanidade, tendo por isso alcançado a eminência de garantia constitucional. Conseqüentemente, a preocupação precípua do julgador, nestes casos, é em evitar o dano ao meio ambiente, direito elevado e protegido a nível constitucional, não podendo ser dada interpretação judicial que venha a restringir essa proteção.

(...)

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.

(...)

O dano moral ambiental caracterizar-se-á quando, além dessa repercussão física no patrimônio ambiental, **sucedo ofensa ao sentimento difuso ou coletivo** - v.g.: o dano causado a uma

<sup>74</sup> Ementa: “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. (BRASIL. STJ. Resp 598.281, Relator: Ministro Luiz Fux. Relator: Acórdão Ministro Teori Zavascki, julgado em 02.05.2006, **Diário da Justiça**, DF, publicado 01 jun. 2006.

paisagem **causa impacto no sentimento da comunidade de determinada região**, quer como v.g; a supressão de certas árvores na zona urbana ou localizadas na mata próxima ao perímetro urbano.

(...)

Consectariamente, o reconhecimento do dano moral ambiental não está umbilicalmente ligado à repercussão física no meio ambiente, mas, ao revés, **relacionado à transgressão do sentimento coletivo, consubstanciado no sofrimento da comunidade, ou do grupo social, diante de determinada lesão ambiental**<sup>75</sup>.

Ora, podemos notar que nesse mesmo julgamento foram utilizadas posições doutrinárias já consideradas no presente trabalho.

Ao nosso entender, a linha utilizada pelo Ministro Teori Zavascki não apresenta a melhor compreensão da matéria. Como já dissemos, a mais renomada doutrina entende ser possível a configuração do próprio dano moral individual para além de sentimentos como dor, sofrimento, angústia.

O raciocínio do Ministro Luiz Fux, apesar de aproximar-se mais da moderna doutrina sobre dano moral coletivo, também não é pacífica. Como já demonstramos, parte importante da doutrina entende que o dano moral coletivo, ao contrário do que foi argumentado pelo ilustre julgador, independe de qualquer afetação ou abalo à integridade psicofísica da coletividade<sup>76 77</sup>.

Em outro julgamento ocorrido no STJ (REsp 636.021), a ministra Nancy Andrighi afirmou que o artigo 81 do código do consumidor rompeu com a tradição jurídica clássica, de que só indivíduos seriam titulares de um interesse juridicamente tutelado ou de uma vontade protegida pelo ordenamento. Seu voto possui passagens muito interessantes para a discussão que aqui se trava, que passamos a transcrever:

<sup>75</sup> Ementa: “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. (BRASIL. STJ. Resp 598.281, Relator: Ministro Luiz Fux. Relator: Acórdão Ministro Teori Zavascki, julgado em 02.05.2006, **Diário da Justiça**, DF, publicado 01 jun. 2006.

<sup>76</sup> BESSA, Leonardo Roscoe. **Dano Moral Coletivo**, 2007

<sup>77</sup> CORRÊA, Morgana Braz de Siqueira. **Dano Moral Coletivo e os serviços de transporte de passageiros**, 2009.

“O Direito classicamente se assenta sobre premissas individuais, onde só o sujeito, pessoa natural ou jurídica, pode ser titular de direitos e deveres. A coletividade, nessa perspectiva, não é capaz de querer, de manifestar vontade, de praticar atos jurídicos e de ser titular de interesses juridicamente protegidos. O caráter individual dos direitos tem raízes claramente liberais, constituindo-se como instrumento legítimo para que fossem afastados abusos praticados pelo Estado. **Ciente de que entre o liberalismo e estatização existe um grande universo de possibilidades, o Direito vem cada vez mais reconhecendo o caráter coletivo de muitos fenômenos sociais.** Para apontar tal tendência, Miguel Reale nos fala do princípio da socialidade (REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil. In Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: RT, 2003, p. 9-19). Abandona-se a visão individualista que orientou o Código Civil anterior, para que o social possa preponderar sobre o individual. Como o individual não existe isoladamente, tornam-se cada vez mais importantes a função social da empresa, da propriedade e do contrato, assim como a boa-fé objetiva e a prescrição aquisitiva.

Nessa perspectiva, o Código de Defesa do Consumidor, inserindo grande inovação em nosso ordenamento, trata de interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos. Ao falar de interesses individuais homogêneos, indica-se a existência de uma pluralidade de direitos subjetivos individuais que, violados por uma origem comum, aceitam uma tutela jurisdicional coletiva. Por outro lado, os direitos coletivos e difusos são, em verdade, transindividuais e têm objeto indivisível, de forma que a satisfação de um indivíduo significa necessariamente a satisfação de um grupo de pessoas ou de toda a coletividade.

**O art. 81, CDC, rompe, portanto, com a tradição jurídica clássica, onde só indivíduos haveriam de ser titulares de um interesse juridicamente tutelado ou de uma vontade protegida pelo ordenamento.** Criam-se direitos cujo sujeito é uma coletividade difusa, indeterminada, que não goza de personalidade jurídica e cuja pretensão só pode ser satisfeita quando deduzida em juízo por representantes adequados<sup>78</sup>.

O voto da ministra, apesar de muito bem fundamentado, restou vencido pelo voto do i. Ministro Humberto Gomes de Barros, que argumentou a

<sup>78</sup> EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - AJUIZAMENTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - REPRISÉ DE NOVELA EM HORÁRIO VESPERTINO - ALEGAÇÃO DE NÃO SUPRESSÃO SUFICIENTE DE CENAS DE SEXO E VIOLÊNCIA - REJEIÇÃO DE REQUERIMENTO DE REALIZAÇÃO DE PROVA SOB O FUNDAMENTO DE QUE MATÉRIA PREJUDICADA - INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL - ALEGAÇÃO DE NECESSIDADE NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM - RECURSO ESPECIAL PROVIDO - ANULAÇÃO DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. (BRASIL. STJ. Resp 636.021, Relator: Ministra Nancy Andrighi. Relator Acórdão Ministro Sidnei Beneti, julgado em 02.10.2008, **Diário da Justiça**, DF, publicado 06.03.2009).

**impossibilidade do dano moral difuso com base no julgamento do REsp 598.281**, anteriormente citado.

Nesse caso, o voto vencido fez, ainda, uma relevante diferenciação:

“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**”.

A senhora Ministra não fez referência a sentimento coletivo abalado, mas pura e simplesmente, relacionou um bem difuso, de natureza indisponível que, por si só, mereceria proteção por meio da indenização a título de dano moral.

Esse posicionamento está bem mais próximo daquele trazido por Leonardo Bessa e por Luis Gustavo Grandinetti, do dano moral como dano extrapatrimonial com função punitiva<sup>79 80</sup>.

Em mais um julgamento (REsp 971.844), a 1ª turma entendeu, nesse caso sem divergência, ser necessária a vinculação do dano moral com a noção de dor, sofrimento psíquico, de caráter individual, incompatível, assim, com a

<sup>79</sup> BESSA, Leonardo Roscoe. **Dano Moral Coletivo**, 2007.

<sup>80</sup> GRANDINETTI, Luiz Gustavo. Responsabilidade por dano não-patrimonial a interesse difuso: dano moral coletivo, 2000.

noção de transindividualidade - indeterminabilidade do sujeito passivo, indivisibilidade da ofensa e de reparação da lesão<sup>81</sup>.

No mesmo sentido, em mais uma decisão unânime, a 1ª turma também não conheceu do REsp 821.891:

“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<sup>82</sup>”

De outra monta, também em decisão unânime, a 3ª Turma do STJ negou provimento ao REsp 1.221.756, condenando instituição bancária por danos morais coletivos por manter caixa de atendimento preferencial somente no segundo andar de uma agência, acessível apenas por escadaria de 23 degraus, nos seguintes termos:

“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**

<sup>81</sup> EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO DE TELEFONIA. POSTOS DE ATENDIMENTO. INSTALAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO CONTRATO DE CONCESSÃO. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. FUNDAMENTOS INATACADOS. SÚMULA 283/STF. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ. DANO MORAL COLETIVO. EXISTÊNCIA NEGADA. SÚMULA 07/STJ. ACÓRDÃO COMPATÍVEL COM PRECEDENTES DA 1ª TURMA. RESP 598.281/MG, MIN. TEORI ALBINO ZAVASCKI. DJ DE 01.06.2006; RESP 821891, MIN. LUIZ FUX, DJ DE 12/05/08. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, DESPROVIDO (BRASIL. STJ. Resp 971.844, Relator: Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 03.12.2009, **Diário da Justiça**, DF, publicado 12.02.2010).

<sup>82</sup> EMENTA: 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" (BRASIL. STJ. Resp 821.891, Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 08.04.2008, **Diário da Justiça**, DF, publicado 12.05.2008).

**verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva**

(...) De qualquer sorte, registra-se que a indenização por dano moral tem caráter propedêutico e possui como objetivos a reparação do dano e a pedagógica punição, adequada e proporcional ao dano que, no caso, restou fixada de forma parcimoniosa, no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)<sup>83</sup>.

Nessa decisão, assim como nas duas anteriores, mesmo tendo sido no sentido de negar o dano moral, o STJ firmou a posição de relacionar a configuração do dano moral difuso com os sentimentos de sofrimento ou intranquilidade social.

Em outra decisão de repercussão nacional, a 3ª turma do STJ confirmou condenação do laboratório Schering do Brasil ao pagamento de danos morais coletivos no valor de R\$ 1 milhão, em decorrência da comercialização do anticoncepcional Microvlar sem o princípio ativo, o que ocasionou a gravidez de diversas consumidoras (REsp 866.836).

A ACP foi ajuizada pelo Procon e pelo Estado de SP. Conforme a decisão, a comercialização das "pílulas de farinha" foi relacionada diretamente à necessidade de respeito à segurança do consumidor, ao direito de informação que estes possuem e à compensação pelos danos morais sofridos. Juízo de 1ª instância já havia considerado o dano moral dedutível das próprias circunstâncias em que ocorreram os fatos.

No Recurso Especial, o laboratório pedia produção de prova pericial, para que fosse averiguada a efetiva ocorrência de dano moral à coletividade. A ministra Nancy Andrighi que considerou que a prova somente poderia ser produzida a partir de um estudo sobre consumidoras individualizadas, por isso, refutou o pedido conforme transcrição a seguir:

<sup>83</sup>EMENTA: RECURSO ESPECIAL - DANO MORAL COLETIVO - CABIMENTO - ARTIGO 6º, INCISO 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 (BRASIL. STJ. Resp 1.221.756, Relator: Ministro Massami Uyeda, julgado em 02.02.2012, **Diário da Justiça**, DF, publicado 10.02.2012).

“Ao decidir pelo julgamento antecipado da lide, entendeu o juízo que as provas requeridas não seriam aptas a auxiliar a formação da convicção do órgão julgador, pois, nos termos da sentença, **“Objeto de análise é o risco à saúde a que ficou exposta toda a comunidade de consumidores indistintamente considerados”**. Tal ponto é fundamental para que se compreenda a opção do juízo pelo julgamento antecipado da lide. A presente ação não é uma das que foram ajuizadas por consumidoras do MICROVLAR que, conquanto usuárias rotineiras do produto, se surpreenderam pelo início de uma gravidez indesejada; **é, ao contrário, uma ação civil pública, com pedidos específicos e relativos à tutela coletiva de interesses metaindividuais**, como fica claro pela leitura da inicial e de seu posterior aditamento.

(...)

Finalmente, o pedido de produção de prova pericial, para que fosse averiguada a efetiva ocorrência de dano moral à coletividade foi também apontada, com correção, por incongruente em face da natureza mesma do direito violado, pois, nos termos da sentença, **“O dano moral é dedutível das próprias circunstâncias em que ocorreram os fatos”**, sendo de se considerar, novamente, que o pedido aditado da inicial se destinava à condenação por danos morais em caráter genérico, tendo como destino o fundo de reparação dos interesses difusos, em caso de ausência ou escassez de execuções individuais que, como tais, são postergadas para momento posterior.

Esse esclarecimento basta para que se verifique a incongruência de um pedido de perícia para verificação desse tipo especial de danos morais, na medida em que tal prova somente poderia ser produzida a partir de um estudo sobre consumidoras individualizadas (...) Assim colocado o problema, nota-se que a irresignação da recorrente quanto ao afastamento do pedido de produção de prova pericial para a demonstração da ocorrência de danos morais coletivos, na verdade, não diz respeito a eventual violação a norma de procedimento, qual seja, ao art. 330 do CPC; **ao invés, traz em seu contexto, verdadeiramente, uma irresignação de mérito, qual seja, uma eventual impossibilidade de reconhecimento de danos morais a serem compensados diretamente para a sociedade e não para indivíduos determinados**.<sup>84</sup>

<sup>84</sup> EMENTA: CIVIL E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO PROCON E PELO ESTADO DE SÃO PAULO. ANTICONCEPCIONAL MICROVLAR. ACONTECIMENTOS QUE SE NOTABILIZARAM COMO O 'CASO DAS PÍLULAS DE FARINHA'. CARTELAS DE COMPRIMIDOS SEM PRINCÍPIO ATIVO, UTILIZADAS PARA TESTE DE MAQUINÁRIO, QUE ACABARAM ATINGINDO CONSUMIDORAS E NÃO IMPEDIRAM A GRAVIDEZ INDESEJADA. PEDIDO DE CONDENAÇÃO GENÉRICA, PERMITINDO FUTURA LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL POR PARTE DAS CONSUMIDORAS LESADAS. DISCUSSÃO VINCULADA À NECESSIDADE DE

Por fim, apresenta-se um dos julgamentos mais interessantes para a matéria aqui discutida: o REsp 1.057.274 julgado pela 2ª Turma do STJ. Nesse caso, O REsp foi parcialmente provido e a condenação por dano moral restou afastada apenas pela falta do requisito formal de pré-questionamento à violação da norma que o ensejaria (no caso o Estatuto do Idoso). Apesar disso, a ministra relatora Eliana Calmon realiza em seu voto um relevante ensaio sobre os requisitos necessários para a configuração do dano moral coletivo, nos seguintes termos:

“Este processo tem na origem ação civil pública proposta pelo Ministério Público, versando sobre tema bastante novo: reparação de dano moral coletivo, assim entendido aquele que viola um interesse coletivo ou difuso. Consultando a jurisprudência da Casa, encontrei dois precedentes da 1ª Turma sobre o tema, rechaçando ambos a possibilidade de ocorrência do dano moral coletivo. São os REsp 598.281/MG e do REsp 821.891/RS (...) **Não aceito a conclusão da 1ª Turma, por entender não ser essencial à caracterização do dano extrapatrimonial coletivo prova de que houve dor, sentimento, lesão psíquica, afetando "a parte sensitiva do ser humano, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas"** (Clayton Reis, Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 236), "tudo aquilo que molesta a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado" (Yussef Said Cahali, Dano Moral, 2ª ed., São Paulo: RT, 1998, p. 20, apud Clayton Reis, op. cit., p. 237)

(...)

**O dano moral extrapatrimonial deve ser averiguado de acordo com as características próprias aos interesses difusos e coletivos, distanciando-se quanto aos caracteres próprios das pessoas físicas** que compõem determinada coletividade ou grupo determinado ou indeterminado de pessoas, sem olvidar que é a confluência dos valores individuais que dão singularidade ao valor 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. Assim sendo, considero que a existência de dano extrapatrimonial coletivo pode ser examinado e mensurado, tendo-se em consideração os requisitos de configuração do dano moral individual”<sup>85</sup>.

Conforme a jurisprudência aqui apontada, pode-se entender a posição majoritária do STJ no sentido de que a configuração do dano moral coletivo necessita da demonstração de alguma noção de dor e sofrimento psíquico que não seria compatível com a indeterminabilidade do sujeito.

Mesmo quando os votos são no sentido de se reconhecer o dano moral coletivo esse reconhecimento se faz a partir do paradigma do dano moral individual. Ou seja, exigindo-se a presença de algum sentimento coletivo de desvalor em relação ao grupo social envolvido.

Verifica-se, assim, que os tribunais pátrios ainda estão a certa distância da doutrina mais moderna acerca do tema.

Como foi apresentado em toda a extensão desse trabalho, a melhor doutrina sobre o dano moral coletivo, enquanto instrumento de tutela de direitos difusos, advoga pela desnecessidade da demonstração de qualquer sentimento coletivo de angústia, sofrimento ou desvalor diante da lesão ao direito.

Como ressalta Leonardo Bessa, seguido de outros autores:

“Embora a afetação do estado anímico (individual ou coletivo) possa ocorrer, em face dos mais diversos meios de ofensa a direitos difusos e coletivos, a configuração do denominado

<sup>85</sup> 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. (BRASIL. STJ. Resp 1.057.274, Relator: Ministra Eliana Calmon, julgado em 01.12.2009, **Diário da Justiça**, DF, publicado 206.02.2010).

dano moral coletivo é absolutamente independente desse pressuposto”<sup>86</sup>.

Repisando-se o que já foi abordado no capítulo sobre dano moral, é por essa razão que a mesma doutrina entende equivocada a denominação deste tipo de dano como dano moral coletivo, defendendo ainda que o correto seria chamá-lo de dano extrapatrimonial.

Conforme leciona Gustavo Grandinetti: “*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”<sup>87</sup>

Como já dito, o dano extrapatrimonial apresenta duplo caráter quando se trata de responsabilidade civil. Quando se fala em reparação do dano, o que a responsabilização civil busca é um retorno ao *status quo* anterior, o que nem sempre é possível. Nesse sentido, quando o caráter reparatório não pode ser completo, o espaço é preenchido pelo caráter sancionatório (normalmente, valor estimado em pecúnia)<sup>88</sup>.

A lesão a direitos difusos dificilmente comporta reparação integral, o que ocorre justamente pela natureza desse tipo de direito. Como já foi exaustivamente demonstrado, os direitos difusos são direitos fundamentais que não possuem titular determinável. Ao fim, o que um direito difuso tutela é o próprio interesse público na figura de algum bem jurídico de tamanha importância para a sociedade que não cabe definir quem seriam os sujeitos titulares desse direito<sup>89</sup>.

Diante dessa natureza, é de se inferir que a violação a um direito dessa categoria não poderia ser, simplesmente, reparada. Como já foi exemplificado, a propaganda enganosa não precisa levar um grupo de consumidores a consumir em erro para que haja lesão, a lesão já ocorreu. Adentra-se, dessa

<sup>86</sup> BESSA, Leonardo Roscoe. **Dano Moral Coletivo**, 2007.

<sup>87</sup> GRANDINETTI, Luiz Gustavo. Responsabilidade por dano não-patrimonial a interesse difuso: dano moral coletivo, 2000.

<sup>88</sup> Ibidem.

<sup>89</sup> GRANDINETTI, Luiz Gustavo. Responsabilidade por dano não-patrimonial a interesse difuso: dano moral coletivo, 2000.

forma, o caráter sancionatório da responsabilidade civil pela impossibilidade de reparação satisfatória ou retorno ao status quo anterior.

Apesar dessa posição da mais recente doutrina a respeito desse tema, as turmas do STJ continuam aproximando a noção de dano moral coletivo da noção de dano moral individual e insistem em justificá-lo através da demonstração de sofrimento, dor ou sentimento de desvalor coletivos.

Além disso, não se pode olvidar o debate sobre a configuração do dano moral para além do ser humano. Como já foi discutido, muitos autores e alguns diplomas legais no mundo já reconhecem a natureza com titular de direitos fundamentais.

Importa lembrar a Constituição Equatoriana, já citada neste trabalho, que prevê em seus artigos 71 e 72:

“Art. 71. La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y El mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública El cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos em la Constitución, em lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

Art. 72. **La naturaleza tiene derecho a la restauración.** Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. **Em los casos de impacto ambiental grave o permanente**, incluídos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, **el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar lãs consecuencias ambientales nocivas”.**

Nossa jurisprudência, em momento algum, entende a configuração do dano moral coletivo através da titularidade de direitos fundamentais da natureza. Em se tratando de dano ambiental, quando esse exercício hermenêutico faria mais sentido, o dano moral coletivo resta configurado a

partir de uma visão antropocêntrica do dano, ou seja, conforme o art. 225 da nossa Constituição.

O referido dispositivo atribui valor ao meio ambiente através da sua essencialidade para a manutenção da vida humana e para as futuras gerações humanas. Nossa legislação está aquém de compreender uma titularidade de direitos fundamentais para além do ser humano e um dos impedimentos para tal é a ideia que o reconhecimento dessa titularidade poderia, de alguma forma, enfraquecer os direitos do homem<sup>90</sup>.

Entretanto, a doutrina internacional entende que, apesar de ser um árduo exercício, ao tratar de razões para proteger a Natureza pelo seu valor intrínseco é possível englobar interesses humanos no balanço final entre custos e benefícios da personalização dos entes naturais, ou seja, conceder direitos à Natureza estende, indiretamente, os benefícios a ela assegurados aos seres humanos que dependem dela para viver.

Desta maneira, com a mesma facilidade com que se reconhece nos ordenamentos jurídicos sujeitos de direito diversos do ser humano, como por exemplo as pessoas jurídicas, não haveria inconveniente algum em reconhecer a natureza como sujeito de direitos<sup>91</sup>.

Com isso, busca-se, na verdade, uma provocação para que esse instrumento de tutela possa abarcar cada vez mais os novos direitos surgidos em nossa sociedade. Ora, o reconhecimento da natureza como titular de direitos pela jurisprudência pátria, seria um dos primeiros passos para a utilização do dano moral coletivo como forma de reparação e sanção quando da violação desses direitos.

Poder-se-ia continuar o desenvolvimento do debate a respeito dos direitos da natureza, mas isso se torna inconveniente, visto que o foco deste

<sup>90</sup>BALDI, Cesar. Del Constitucionalismo Moderno al Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano Descolonizador, 2013.

<sup>91</sup> CAMPAÑA, Farith Simon. Derechos de la naturaleza: ¿innovación trascendental, retórica jurídica o proyecto político?, 2013.

trabalho é a configuração do dano moral coletivo para a garantia de direitos difusos.

É que as duas categorias de direitos (da natureza em si e os direitos fundamentais difusos – de titularidade indeterminada) guardam certa relação entre si, a partir do momento em que, para garanti-los de forma eficaz, faz-se necessário o abandono da atual noção de dano moral coletivo a partir dos pressupostos do dano moral individual, como reiteradamente se discutiu no presente trabalho.

## **Conclusão**

A tutela dos direitos fundamentais é uma questão de elementar importância para os ordenamentos jurídicos em todo o mundo. O estudo desses direitos é amplo e atual, visto que, a sociedade global se diversifica e se torna mais complexa a medida que cresce e se desenvolve.

As relações sociais, influenciadas pela lógica político-econômica na qual estamos inseridos, também se modificaram, resultando em novos conflitos que precisam ser pacificados pelo direito.

Diplomas legais em todo o mundo e no Brasil passaram a traduzir a necessidade de proteção a grupos específicos de indivíduos mediante sua situação de vulnerabilidade. Em nosso ordenamento, podemos verificar essa proteção em legislações como o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso e, mais recentemente, o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Nesse contexto, direitos coletivos foram sendo desenhados. Direitos que não podem ter um titular definido, visto que, possuem importância tamanha que sua violação atinge toda a sociedade e não apenas os indivíduos que factualmente podem demonstrar alguma lesão.

São os direitos denominados difusos que, conforme tudo que já foi discutido, podem ser considerados como conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhadas por pessoas indetermináveis, que se encontram unidas por circunstâncias de fato conexas.

Por isso, os instrumentos de tutela para a efetivação desses direitos vêm ganhando importância cada vez maior. E a reparação indenizatória a título de dano moral coletivo se sobressai entre eles.

Entretanto, o instituto ainda causa muita incerteza e dúvida no que concerne a sua aplicação. Utilizado, principalmente, no bojo de Ações Civis Públicas (previsão contida no art. 13 da Lei 7347 de 1985), o dano moral coletivo encontra jurisprudência indefinida no que respeita aos pressupostos

para sua caracterização, gerando um risco à efetividade dos direitos que pretende garantir.

O levantamento realizado neste trabalho demonstrou que mesmo a doutrina especializada não é uníssona sobre esses pressupostos. Muitos autores, quando da defesa do instituto, o relacionam com os pressupostos do dano moral individual, criando a necessidade de demonstração de sofrimento, dor ou sentimento de desvalor coletivo para sua configuração.

Uma segunda corrente, com a qual nos coadunamos, defende que essas duas noções precisam ser separadas. Não se pode entender o dano moral coletivo a partir do dano moral individual, inclusive pelas diferenças essenciais dos direitos tutelados por cada um dos institutos (direitos individuais x direitos difusos).

Nesse sentido, essa mesma corrente critica a denominação “dano moral coletivo”, defendendo que a essência do instituto se aproximaria melhor do termo dano moral extrapatrimonial. Tendo este último uma noção mais ampla que o dano moral coletivo, buscar-se-ia superar a exigência tradicional de dor e sofrimento para sua configuração.

A análise jurisprudencial realizada aqui, no entanto, demonstra que nossos operadores jurídicos estão distantes de entender o instituto do dano moral coletivo conforme a mais moderna doutrina.

O egrégio STJ em muitas decisões não admitiu o dano moral coletivo em razão de entender ser a transindividualidade inerente aos direitos difusos incompatível com a ideia de dano moral caracterizado pela comprovação de dor, sofrimento e angústia possíveis apenas ao indivíduo, nunca à coletividade.

Esse quadro, no entanto, vem mudando no sentido de reconhecer o dano moral coletivo, asseverando que a jurisprudência até então prevalente no STJ não poderia mais ser aceita, por divergir da doutrina dominante sobre o tema. Ainda assim, as decisões que reconhecem o dano moral coletivo insistem em relacioná-lo com a noção de dor e sofrimento, pressupostos do dano moral individual.

Mesmo que reconheçam existir diferença entre o abalo psíquico sofrido pelo indivíduo e aquele sofrido pela coletividade e, por isso mesmo, façam diferença entre o tipo de prova necessária para uma condenação dessa natureza, as decisões existentes até hoje no âmbito do STJ sempre se fundamentam em noção de dor, sofrimento ou sentimento de desvalor coletivos.

Diante dessa realidade, pode-se inferir que os tribunais brasileiros estão a certa distância de se incluir no debate mais moderno a respeito desse tema. Ignora-se a questão da titularidade dos direitos fundamentais para além do ser humano e a defesa de certos bens juridicamente tutelados para além da visão antropocêntrica. Há, dessa forma, um longo caminho a ser trilhado no que diz respeito a efetivação dos direitos difusos, principalmente quando se busca essa proteção através do dano moral coletivo.

## Referências

ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso: estudos para a filosofia do direito**. Tradução Luís Afonso Heck. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2010.

BALDI, Cesar. **Del Constitucionalismo Moderno al Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano Descolonizador**. Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales. n.9. p. 51-72. jan.-jun./2013.

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

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Dano moral coletivo no atual contexto brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor, n. 12. São Paulo, p. 55, out./dez. 1994.

BOBBIO, Norberto, 1909- **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**. Ed. Malheiros, 26<sup>a</sup> edição, São Paulo:2011.

BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: >[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 24/10/2016.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: > [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 07/11/2016.

BRASIL, Lei da Ação Civil Pública, Lei 7347 de 24 de julho de 1985. Disponível em: > [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7347orig.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm)> Acesso em: 07/11/2016.

CAMPAÑA, Farith Simon. Derechos de la naturaleza: ¿innovación trascendental, retórica jurídica o proyecto político? Revista Iuris Dictio. Quito, Ecuador. a. 13. v. 15. p.9-38. jan.-jun./2013. Disponível em: >[http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/Documents/iurisdictio\\_015.pdf](http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/Documents/iurisdictio_015.pdf) ≤

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Ed. Almedina, 7ª edição, Coimbra:2003.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. Ed. Atlas, 12ª edição, São Paulo:2015.

COIMBRA, Rodrigo. “**Os Direitos Transindividuais como Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão e alguns desdobramentos**”. Revista Direitos Fundamentais e Justiça. Ano 5, nº 16, p.64-94, JUL/SET, 2011

CORRÊA, Morgana Braz de Siqueira. Dano Moral Coletivo e os serviços de transporte de passageiros. Revista de Direito Privado, ano 10, nº 38, p. 176-203, ABR/JUN, 2009

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Editora Atlas, 5ª Edição, São Paulo:2014.

EQUADOR. Constitución del Ecuador, 2008. Disponível em: ><http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalFoco/anexo/ConstituicaoDoEquador.pdf>> Acesso em: 07/11/2016.

GRANDINETTI, Luiz Gustavo. Responsabilidade por dano não-patrimonial a interesse difuso: dano moral coletivo. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 9, p. 21-42, JAN/MAR, 2000.

LEDUR, José Felipe. Direitos Fundamentais Sociais. Efetivação no âmbito da democracia participativa. Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre:2009.

LOURENÇO, Daniel Braga e OLIVEIRA, Fábio Correa Souza de. **Sustentabilidade, economia verde, direito dos animais e ecologia**

**profunda: algumas considerações.** Revista Brasileira de Direito Animal. Ano 7 | Volume 10 | Jan - Jun 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesse difusos: conceito e legitimação para agir.** Editora Revista dos Tribunais, 8<sup>o</sup>. Edição. São Paulo:2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo:** meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 21<sup>a</sup> Edição, Saraiva. São Paulo: 2008

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo.** Editora LTr, São Paulo: 2004 *apud* BESSA, Leonardo Roscoe. **Dano Moral Coletivo.** Revista da Direito e Liberdade – Mossoró – v. 7, n. 3, p. 237 – 274 – jul/dez 2007.

OLIVEIRA, Fábio Correa Souza de. **Direitos da Natureza e Direito dos Animais: um Enquadramento.** Revista do Instituto do Direito Brasileiro (RIDB). Ano 2 (2013), nº 10, 11325-11370 / <http://www.idb-fdul.com/> ISSN: 2182-7567

PEREIRA, Daniel Queiroz. “Direitos da Personalidade e Pessoa Jurídica: uma abordagem contemporânea”. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v.2, n. 22, JUL./DEZ, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** Ed. Livraria do Advogado, 12<sup>a</sup> edição, Porto Alegre:2015.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** Ed. Revista dos Tribunais, 3<sup>a</sup> edição, São Paulo:2014.

STEINMETZ, Wilson Antônio. “**O dever de aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais na jurisprudência do STF e nas interpretações da literatura especializada**”, in: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.) Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro:2011.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. Ed. Malheiros, 3ª edição. São Paulo:1998.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004 apud BESSA, Leonardo Roscoe. **Dano Moral Coletivo**. Revista da Direito e Liberdade – Mossoró – v. 7, n. 3, p. 237 – 274 – jul/dez 2007.