

O DANO MORAL COLETIVO NA JURISPRUDÊNCIA

Luiz Gustavo de Andrade¹

Ana Paula Pavelski²

Sumário: Introdução. 1. O Processo Coletivo: um novo paradigma. 2. Breves noções acerca dos Direitos Transindividuais. 3. O dano moral: considerações gerais; 4. O dano moral coletivo. 5. O dano moral coletivo no âmbito da jurisprudência. 6. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

A mudança das relações jurídicas na sociedade moderna, afastando-se do individualismo clássico cria a necessidade de novas formas de tutela jurisdicional dos novos direitos que, antes, quando muito, eram de preocupação precípua da função administrativa.

Essa modificação de paradigma, marcada também por um aumento dos conflitos sociais, exige uma revisão dos institutos processuais e uma adequação de seus conceitos à realidade atual.

O presente artigo tem por fim efetuar um estudo da concepção de dano moral coletivo, analisando os argumentos favoráveis e os desfavoráveis à existência do referido instituto, bem como a atuação da jurisprudência no trato da tutela de direitos como a honra, intimidade e vida privada, em uma perspectiva transindividual.

Iniciando-se pela análise das espécies de direitos metaindividuais, procurar-se-á demonstrar a importância do processo coletivo, passando-se na sequência, à abordagem do dano moral, inclusive em sua modalidade coletiva, com a verificação dos entendimentos afetos ao seu cabimento ou não, no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, far-se-á uma breve análise jurisprudencial do instituto.

¹ Luiz Gustavo de Andrade é advogado, militante em Direito Público, sócio do escritório Zornig, Andrade & Advogados Associados, Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba) e professor da graduação e da pós-graduação do Unicuritiba.

² Ana Paula Pavelski é advogada, militante em Direito do Trabalho, sócia do escritório Zornig, Andrade & Advogados Associados, Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba), professora da graduação e coordenadora da pós-graduação em Direito do Trabalho do Unicuritiba.

1. O PROCESSO COLETIVO: UM NOVO PARADIGMA

O advento do Estado Constitucional exige uma nova postura do princípio da legalidade, o que gera reflexos na concepção de processo jurisdicional como mera aplicação da lei, de modo que, o magistrado, no exercício da função de julgar, deverá interpretar a lei e verificar a concretização dos princípios constitucionais.

No âmbito dos direitos fundamentais, o começo do século XX marca o crescente espaço de direitos que não mais correspondem a uma mera abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas, tais como assistência social, saúde, educação, trabalho etc.: são os direitos sociais ou de segunda geração.

O Estado Constitucional, então, vê, modernamente, entrarem para o rol de direitos a serem tutelados com caráter também principiológico e constantes das Cartas Magnas dos Estados contemporâneos, os chamados direitos de terceira geração que englobam o direito ao meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, o direito à conservação do patrimônio histórico-cultural etc., constituindo, portanto, direitos que transcendem a esfera dos indivíduos para recaírem sobre grupos sociais ou na própria coletividade³.

E, assim, a mudança das relações jurídicas na sociedade moderna, afastando-se do individualismo clássico cria a necessidade de novas formas de tutela jurisdicional dos novos direitos⁴ que, antes, quando muito, eram de preocupação precípua da função administrativa.

Essa modificação de paradigma, marcada também por um aumento dos conflitos sociais, exige uma revisão dos institutos processuais e uma adequação de seus conceitos à realidade atual, dando instrumentos ao magistrado para a concretização dos princípios e dos direitos previstos na Constituição. Essa perspectiva, trazida à realidade brasileira, ganha maiores proporções quando se percebe a ineficácia e inoperância das políticas governamentais, deixando o Poder Judiciário como último refúgio às necessidades dos cidadãos. Gisela Bester⁵ destaca que se vive num Estado que, além de inoperante, exige uma das maiores cargas

³ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 25.

⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. São Paulo: RT, 2002. p. 25.

⁵ BESTER, Gisela Maria. **Quanto, por que, em que sentido e em nome de que tipo de empresa o Estado Contemporâneo deixa de ser empresário**. In *Direito Empresarial & cidadania: questões contemporâneas*. Coordenação Jair Gevaerd e Marta Marília Tonin. Curitiba: Juruá, 3ª tiragem, 2006. p. 131

tributárias do mundo, sem dar, em contrapartida, as garantias de um Estado Social indicado pela Constituição Federal. Ainda neste sentido:

“...a partir do momento que o estado de exceção tornou-se regra, ele não só se apresenta sempre como uma técnica de governo do que como uma medida excepcional, mas também deixa aparecer sua natureza de paradigma constitutivo da ordem jurídica. (...) Embora um uso provisório e controlado dos plenos poderes seja teoricamente compatível com a constituições democráticas, ‘um exercício sistemático e regular do instituto’ leva necessariamente à liquidação da democracia. De fato, a progressiva erosão dos poderes legislativos do Parlamento, que hoje se limita, com frequência, a ratificar disposições promulgadas pelo executivo sob a forma de decretos com força de lei, tornou-se desde então uma prática comum. A Primeira Guerra Mundial – e os anos seguintes – aparece, nessa perspectiva, como o laboratório em que se experimentam e se aperfeiçoam os mecanismos e dispositivos do estado de exceção como paradigma de governo.”⁶

Desamparados, os cidadãos têm no Poder Judiciário o último abrigo para suas expectativas. Com a proliferação de litígios, típicos de uma sociedade de massa, mostra-se necessária uma releitura do trinômio jurisdição-ação-processo, pois, ao contrário do paradigma anterior – em que a jurisdição era confinada à tutela individual; o processo dizia respeito apenas aos próprios litigantes; e a ação era um direito exercido exclusivamente por um titular – atualmente exige-se que o direito processual civil conduza o Poder Judiciário à solução de conflitos de interesses amplos e abrangentes de inúmeros envolvidos (metaindividuais)⁷, bem como a ação seja exercida e o processo conduzido por representantes legitimados para a tutela de grupos sociais.

Conforme ensina Barbosa Moreira:

“O que assume proporções mais importantes é precisamente o fato de que se formam conflitos nos quais grandes massas estão envolvidas. É um dos aspectos pelos quais o processo recebe o impacto desta propensão do mundo contemporâneo para os fenômenos de massa: produção de massa, distribuição de massa, cultura de massa, comunicação de massa, e porque não, processo de massa?”⁸

Exemplo prático de demanda que assoberbou a Justiça Federal obrigando-a a adotar medidas estruturais capazes de responder pelos feitos ajuizados, é a que envolve, ainda hoje, as correções de expurgos inflacionários do Fundo de Garantia

⁶ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 18-19.

⁷ ANDRADE, Luiz Gustavo de. **Tutela processual de direitos metaindividuais trabalhistas: fundamentos constitucionais e reflexos na atividade empresarial**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 67.

⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ações coletivas na constituição de 1988**. Revista de Processo nº 61/197. Conferência proferida em 11.09.1989 na Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro. p. 187.

(FGTS) que, segundo classificou o então Ministro do Trabalho “é o maior contencioso do mundo, pois envolve 50 milhões de pessoas”⁹.

E não é suficiente que o ordenamento jurídico reconheça a relevância e dê “status” constitucional a esses direitos metaindividuais de terceira geração. É necessário que se estabeleçam meios para a concretização de tais direitos por parte do Poder Judiciário.

O surgimento desse novo paradigma processual, no ordenamento nacional, é algo possível de se observar a partir de legislações que tiveram como marco inicial a Lei da Ação Popular, Lei 4.717/65, manejável para defesa de valores de grande repercussão, como aqueles envolvendo o erário público. Tanto que Barbosa Moreira a ela assim se refere: “instrumento [pelo qual] é possível pleitear a invalidação de qualquer ato praticado por qualquer entidade, não só quando cause prejuízo pecuniário, mas também quando lese bens imateriais”¹⁰. Posteriormente, advém a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e o conceito legal de interesses difusos aparece no código de defesa do consumidor (art. 81, I).

2. BREVES NOÇÕES ACERCA DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

Como mencionado, o desenvolvimento social trouxe as relações jurídicas a uma realidade composta por duas características principais: a primeira, atinente à consideração de novos direitos tidos por fundamentais, de titularidade indeterminada, porque coletiva: são os direitos metaindividuais, de terceira geração; a segunda característica leva em conta o estado das sociedades modernas, num mundo neoliberal, globalizado e padronizado¹¹.

⁹ Citado por MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A Projetada Participação equânime dos co-legitimados à propositura da Ação Civil Pública**: da Previsão Normativa. Tutela Coletiva. Coordenação: Paulo Henrique dos Santos Lucon. São Paulo: Atlas, 2006, p. 232. Sem indicação da data e do nome do Ministro do Trabalho no original.

¹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ação Popular no direito brasileiro, como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos**. Revista de Processo nº 28/10-12. Também publicado em Temas de direito processual. 1ª série. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 1998, p. 12.

¹¹ A respeito da padronização e alienação nas sociedades modernas, interessante a crítica de Guy Debord: “A sociedade portadora do espetáculo não domina as regiões subdesenvolvidas apenas pela hegemonia econômica. Domina-as como sociedade do espetáculo. Nos lugares onde a base material está ausente, em cada continente, a sociedade moderna já invadiu espetacularmente a superfície social. Ela define o programa de uma base dirigente e preside sua formação. Assim como ela apresenta os pseudobens a desejar, também oferece aos revolucionários locais os falsos modelos de revolução. O espetáculo específico do poder burocrático, que comanda alguns países industriais, faz parte do espetáculo total, como sua pseudonegação geral, e seu sustentáculo. Visto em suas diversas localizações, o espetáculo mostra com clareza especializações totalitárias do discurso e da administração sociais, as estas acabam se fundindo no nível do funcionamento global do sistema, em

Isto porque, é inegável que em uma sociedade capitalista, de consumo em massa, em que as relações jurídicas são padronizadas e disponibilizadas de forma idêntica a toda uma coletividade, há uma enorme coincidência entre conflitos compartilhados por estas várias pessoas, com uma fonte problemática em comum e que atinge a todos:

O capitalismo, a organização capitalista da produção, a autonomia do cálculo econômico obtiveram praticamente sucesso. O cálculo e a mercadorização produzem, de fato, uma nova forma de visibilidade e representabilidade das necessidades humanas, que parecem exaurir a dissipação individualista...¹²

Por outro lado, em que pese relevante, a tutela jurídica dos interesses dessa nova realidade de direitos metaindividuais seria problemática, se analisada na perspectiva da tutela individual, pois, primeiramente, não é possível identificar, por exemplo, um titular do direito ao meio ambiente equilibrado ou reunir todos os prejudicados pela mercadoria defeituosa colocada a consumo, de modo que venham todos, a serem reparados em seu prejuízo.

No que tange a tais direitos metaindividuais, o ordenamento jurídico brasileiro admite dois grupos distintos de direitos coletivos em sentido amplo.

No primeiro grupo estão aqueles considerados, propriamente, como direitos de tutela coletiva, em virtude das características desses direitos. São aqueles direitos transindividuais (difusos e coletivos em sentido estrito), de titularidade indeterminada, para os quais a tutela coletiva surge originalmente no Brasil.

No segundo grupo estão os direitos individuais homogêneos. São os direitos de massa, tratados como coletivos para que recebam a tutela coletiva, mas que, por outro lado, por serem titularizados individualmente por cada membro de um determinado grupo, poderiam ser objeto de ações individuais ajuizadas pelo próprio interessado. Estes se aproximam mais da concepção que norteou o surgimento da tutela coletiva no direito anglo-saxão.

Os direitos difusos caracterizam-se pela indeterminação dos membros do grupo ao qual o direito pertence. Tais direitos são, também, indivisíveis, ou seja,

uma divisão mundial das tarefas espetaculares. (...) O movimento da banalização que, sob a diversão furta-cor do espetáculo, domina mundialmente a sociedade moderna, domina-a também em cada ponto em que o consumo desenvolvido das mercadorias multiplicou na aparência os papéis e os objetos a escolher. (DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997, p. 38-39).

¹² BARCELLONA, Pietro. **O egoísmo maduro e a insensatez do capital**. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 1995, p. 37.

“não é possível atribuir a cada um dos interessados, que integram um determinada coletividade mais ou menos numerosa, a parcela que lhes cabe daquele interesse considerado”¹³

Portanto, os difusos, por sua própria natureza, não permitem uma divisão entre todos os atingidos por aquele direito. Empresta-se o seguinte exemplo:

Pensemos, apenas para exemplificar, na qualidade do ar que se respira numa metrópole como São Paulo. A higidez desse ar interessa a todos. Aliás, quando o legislador reconhece a necessidade de defender o ar que se respira, ele parte de uma presunção absoluta de que a (boa) qualidade do ar a todos interessa: qualquer manifestação em contrário é absolutamente desprezada pelo direito. Poluir o ar dos moradores de um bairro significa poluir o ar de todos os moradores da cidade. Não há, pela própria natureza do interesse/direito que é protegido, como se pensar de forma diversa. Mas, esse mesmo exemplo de poluição em uma determinada cidade, somado aos excessos de tantos outros, aquece, como um todo, a atmosfera. Ocorrendo esse fenômeno, exemplificativo mesmo que na simplória forma acima, ocorrem fenômenos trágicos e correlatos, como aqueles provocados pelo “El Niño”, decorrente do aquecimento das águas do Oceano Pacífico.¹⁴

É possível identificar, também, outra característica: ainda que não seja possível a determinação de quem sejam os interessados, é certo que eles encontram-se ligados por uma situação de fato. No exemplo anteriormente transcrito tal situação seria o prejuízo à saúde que sofrem todos por estarem vivendo em um ambiente poluído.

A partir de tal concepção, Belinetti conceitua direitos difusos como os interesses “transindividuais, de natureza indivisível, que sejam pertinentes a um grupo indeterminado de pessoas, ligadas por circunstâncias de fato”¹⁵.

A dicção do art. 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, ao definir direitos difusos para fins de tutela coletiva, cita a natureza indivisível, a indeterminação e a ligação entre os interessados por circunstâncias fáticas, como características dessa modalidade de direitos metaindividuais ou coletivos, em sentido amplo.

Importante ressaltar, finalmente, que a indivisibilidade implica em que, por meio de uma única ação judicial coletiva, possa se atingir toda a gama de pessoas envolvidas e relacionadas em virtude das circunstâncias e peculiaridades do direito difuso.

¹³ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Tutela Jurisdicional Coletiva**. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2001, p. 68.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ BELINETTI, Luiz Fernando. **Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos**. . In Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Muniz de Aragão (Coord. Luiz Guilherme Marinoni). São Paulo: RT, 2006, p. 668.

Portanto, é de se questionar se a decisão proferida numa demanda coletiva envolvendo direito difuso poderia sofrer limitação territorial, como faz a lei de Ação Civil Pública ao dispor que a sentença possuirá eficácia “erga omnes” limitada à competência territorial do órgão prolator:

O artigo 16 da Lei 7.347/85 dispõe que a sentença civil fará coisa julgada ‘erga omnes’, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

Kazuo Watanabe¹⁶ sempre afirmara ser inconcebível tal limitação. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1.243.887/PR, firmou entendimento de que as decisões tomadas em ações civis públicas devem ter validade nacional, não tendo mais suas execuções limitadas ao território do município no qual foram proferidas, afastando, portanto, a incidência dos limites impostos pelo art. 16 da LACP:

DIREITO PROCESSUAL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, CPC). DIREITOS METAINDIVIDUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APADECO X BANESTADO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. EXECUÇÃO/LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL. FORO COMPETENTE. ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. IMPROPRIEDADE. REVISÃO JURISPRUDENCIAL. LIMITAÇÃO AOS ASSOCIADOS. INVIABILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC:

1.1. A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC).

1.2. A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná. Por isso descabe a alteração do seu alcance em sede de liquidação/execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada. Assim, não se aplica ao caso a limitação contida no art. 2º-A, caput, da Lei n. 9.494/97.

2. Ressalva de fundamentação do Ministro Teori Albino Zavascki.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido¹⁷.

¹⁶ WATANABE, Kazuo. **Comentários ao Código brasileiro de Defesa do Consumidor** (comentado pelos autores do anteprojeto). Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 721.

¹⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1243887 / PR. Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, j. 19.10.2011.

Encontra-se em Arenhart¹⁸, Leonel¹⁹, Marinoni²⁰ e Vigliar²¹, para citar apenas alguns, a preferência pelo uso da designação “direitos coletivos ‘stricto sensu’ ou em sentido estrito”, com intuito de diferenciar tal espécie do gênero “direitos coletivos ‘lato sensu’ ou em sentido amplo” ou, ainda, direitos metaindividuais ou transindividuais.

Assim como os interesses difusos, os coletivos em sentido estrito caracterizam-se pela indivisibilidade, ou seja, uma única ação a todos atinge e uma única decisão a todos se aplica.

A diferença entre os difusos e os coletivos reside no fato de que os direitos difusos pertencem, por natureza, a pessoas indeterminadas, diluídas na sociedade, e que por meras circunstâncias fáticas estão ligados entre si, enquanto os direitos coletivos “stricto sensu” pertencem a um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com o violador do direito por uma relação jurídica base preexistente. Frisa-se, então, que enquanto os integrantes do grupo nos interesses difusos são ligados por circunstâncias fáticas, nos direitos difusos há uma relação jurídica que relaciona os seus interessados.

Portanto, em relação aos interessados, os direitos coletivos caracterizam-se pela determinabilidade²², pouco importando se os membros do grupo são ou estão organizados, estão ou não inseridos numa associação ou sindicato, pois os efeitos da tutela atingem a todo o grupo, independentemente de estarem vinculados a algum órgão representativo.

A fim de diferenciar, exemplificativamente, interesses difusos e coletivos em sentido estrito, cita-se:

(a) as vítimas de uma propaganda enganosa, veiculada por meio de comunicação de massa, estão ligadas pelo simples fato de estarem expostas a tal propaganda e, ainda, pelo fato de terem adquirido o produto que prometia o resultado que não poderia jamais realizar; essas vítimas são indetermináveis e não há relação jurídica a uni-las; (b) o direito dos alunos de uma determinada escola de ter assegurada a mesma qualidade de ensino em determinado curso: são determináveis os interessados e estão unidos por uma relação jurídica-base comum entre eles e a parte contrária (escola).²³

¹⁸ ARENHART, *Op. cit.*, p. 155.

¹⁹ LEONEL, *Op. cit.*, p. 105.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 1996, p. 25.

²¹ VIGLIAR, *Op. cit.*, p. 67.

²² BELINETTI, *Op. cit.*, p. 668.

²³ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., 1997, p. 1.233.

Exemplificando, identificam-se interesses coletivos na pretensão dos integrantes de um consórcio para que não ocorram aumentos ilegais nas prestações a vencer; quanto aos membros de determinada categoria de trabalhadores, representados por certo sindicato, no sentido de que não ocorra alteração na regulamentação da jornada de trabalho ou no pagamento de horas diferenciadas.²⁴

O segundo caso, citado na transcrição anterior, é uma típica hipótese de interesse coletivo, sendo certo que, em virtude da indivisibilidade, cada interessado merecerá idêntico tratamento a ser outorgado por meio da tutela coletiva. Por outro lado, a determinabilidade dos componentes do grupo, ou seja, o fato de serem determináveis, em que pese possam ser numerosos, os integrantes da gama de interesses coletivos, não implica em se afirmar que são interesses individuais somados.

Tais interesses coletivos encontram a definição legal prevista no art. 81, parágrafo único, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual serão coletivos aqueles direitos 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.

O tratamento coletivo que é dado a tais interesses, como visto, decorre da pertinência de aplicação, a eles, das técnicas processuais das tutelas coletivas, pois tratam-se de interesses individuais que, segundo Leonel por “opção de política legislativa”²⁵, são tratados como direitos coletivos em sentido amplo.

Mais do que mera política legislativa, os direitos individuais homogêneos, verdadeiros direitos individuais, perfeitamente atribuíveis a sujeitos determinados; são tratados coletivamente por serem típicos interesses de massa, idênticos em sua origem e, assim, além da economia processual decorrente da otimização da tutela jurisdicional em face do uso de uma única ação, terão, abarcados numa mesma decisão, idêntico tratamento dispensado a todos os envolvidos, atendendo, assim, a busca pela concretização do ideal de justiça aqueles que se encontram em igualdade de situação.

O fato-gênese²⁶ comum do interesse é a característica que se sobressai na definição legal trazida pelo artigo 81, parágrafo único, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, ao definir os individuais homogêneos como interesses decorrentes de origem comum.

²⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 11ª ed., 1999, p. 41, *Apud* LEONEL, *Op. cit.*, p. 106.

²⁵ LEONEL, *Op. cit.*, p. 108.

²⁶ ARENHART, *Op. cit.*, p. 157.

Feitas estas considerações, antes de se adentrar à análise propriamente, do dano moral coletivo, objeto de condenações impostas em ações coletivas específicas, necessária uma breve análise do instituto do dano moral.

3. DANO MORAL: CONSIDERAÇÕES GERAIS

É sabido que até bem recentemente as ações atinentes à responsabilidade civil detinham caráter preponderantemente patrimonialista. O que se considerava eram apenas as lesões de ordem material, deixando-se à margem o estudo e a tutela dos aspectos imateriais dos direitos individuais e, assim, renegava-se a proteção da moral. Honra e imagem, direitos estudados mais precisamente no âmbito filosófico, passam a ser melhor tutelados pelo legislador constituinte.

Da relação constitucional dos chamados direitos da personalidade, explica a jurisprudência, que “alguns têm caráter preponderantemente material, ainda que não necessariamente mensurável economicamente, e outros de caráter preponderantemente não material”. Dentre estes últimos, a Constituição enumera expressamente a intimidade, vida privada, imagem e honra (CF, art. 5º, X). Assim, o patrimônio moral, ou seja, não material do indivíduo, continua, “diz respeito aos bens de natureza espiritual da pessoa. Interpretação mais ampla do que seja dano moral, para albergar, por um lado, todo e qualquer sofrimento psicológico, careceria de base jurídico-positiva (CF, art. 5º, X)” e, por outro, “para incluir bens de natureza material, como a vida e a integridade física, careceria de base lógica (conceito de patrimônio moral)”²⁷.

Clayton Reis, destarte, informa que na atualidade, todo e qualquer dano que desassossegue e transforme a ordem social ou individual, desestabilizando o equilíbrio e a tranqüilidade que deve reinar entre os homens, acarreta o dever de indenizar²⁸.

O pressuposto, portanto, para caracterização de dano moral consiste na lesão à imagem, à intimidade ou à honra da pessoa, nos termos do artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal. O dever de indenizar moralmente nasce, assim, com verificação e avaliação do desrespeito a tais atributos, inerentes à dignidade da pessoa humana.

²⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, Recurso de Revista 729/2005-101-03-00, 7ª Turma, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, DJU 08.02.2008.

²⁸ REIS, Clayton. **Dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 85

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, entende-se por dignidade da pessoa humana "a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais", os quais garantem a pessoa "tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável", bem como propiciam e promovem "sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos"²⁹.

Ante essa breve concepção de dano moral, mostra-se possível adentrar-se à análise de sua avaliação no âmbito dos direitos metaindividuais.

4. DANO MORAL COLETIVO

Há divergência, tanto no âmbito da doutrina quanto da jurisprudência, em relação à figura do dano moral coletivo. Aqueles que defendem sua inexistência³⁰, sustentam que a vítima do dano moral é, necessariamente, uma pessoa e que, por isso, não parece ser compatível com o dano moral a concepção da "transindividualidade", ante as características da indeterminabilidade e da indivisibilidade, inerentes a estes tipos de direitos. Sustenta-se, ainda, que dano moral envolve, necessariamente, dor, sentimento, lesão psíquica, afetando a parte sensitiva do ser humano³¹ e que, assim sendo, apenas a vítima, assim se sentido, poderia sustentar a existência de tal dano, não se permitindo, portanto, que exista dano moral postulado por um substituto processual, de forma abstrata e alheia ao indivíduo supostamente tutelado.

Neste sentido, em relação à pretensão de dano moral coletivo em decorrência de poluição ambiental, sustenta-se:

No que pertine ao tema central do estudo, o primeiro reparo que se impõe é no sentido de que não existe "dano moral ao meio ambiente". Muito menos ofensa moral aos mares, rios,

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60

³⁰ Como por exemplo FERNANDES, André Dias. **Dano moral coletivo decorrente de infração ambiental**. Publicada no Juris Síntese nº 87 - jan/fev de 2011.

³¹ REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 236

à Mata Atlântica ou mesmo agressão moral a uma coletividade ou a um grupo de pessoas não identificadas.

A ofensa moral sempre se dirige à pessoa enquanto portadora de individualidade própria; de um vultus singular e único (...).

Ressuma claro que o dano moral é personalíssimo e somente visualiza a pessoa, enquanto detentora de características e atributos próprios e invioláveis³².

Em sentido contrário, entendendo cabível a indenização por danos morais coletivos, a ser apurada em processo coletivo: “o dano moral coletivo corresponde à lesão injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados pela coletividade (considerada em seu todo ou em qualquer de suas expressões - grupos, classes ou categorias de pessoas)” e que possuem “natureza extrapatrimonial, refletindo valores e bens fundamentais para a sociedade”³³.

Dallegrave adverte que “os casos mais correntes de dano moral coletivo versam sobre dispensas discriminatórias, exploração de trabalho infantil, submissão de trabalho à condição análoga à de escravo”³⁴, caracterizando abusos perpetrados, no âmbito trabalhista, pelo empregador em face de vários empregados a ele subordinados.

Meirelles, fazendo uma relação entre a ação popular e a tutela de lesão moral coletiva, assevera: “Embora os casos mais freqüentes de lesão se refiram ao dano pecuniário, a lesividade a que alude o texto constitucional tanto abrange o patrimônio material quanto o moral, o estético, o espiritual, o histórico”. Referido autor aponta que, em sendo assim, a lesão a um bem histórico ou cultural causa reflexos à honra da coletividade interessada, justificando (...) a tese do cabimento da indenização por danos morais coletivos³⁵.

Há, portanto, inegável relação entre a tutela de direitos metaindividuais e a indenização por danos morais coletivos, não merecendo prosperar a tese daqueles que afirmam a impossibilidade de fixação de indenização por danos morais coletivos, por suposta ausência de verificação de ofensa à intimidade de um indivíduo e que a indeterminabilidade seria razão a se afastar o cabimento da referida indenização.

³² STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6 ed. São Paulo: RT, 2009. p. 854.

³³ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 137.

³⁴ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. O Direito geral de Personalidade e o conceito de dano moral trabalhista. *In Tutela dos Direitos da Personalidade na Atividade Empresarial* (coord. Luiz Eduardo Gunther). Curitiba: Juruá, 2008. p. 201.

³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, ‘Habeas Data’**. São Paulo: Malheiros Editores, 1994. p. 89

Isso porque é importante que se faça a devida distinção entre honra subjetiva e honra objetiva. A honra subjetiva diz respeito à auto-estima, ao prestígio gozado pelo ser humano perante sua consciência. Já a honra objetiva refere-se à imagem coletiva, ao círculo de amizades, ao meio profissional, à opinião pública³⁶. Em sendo assim, se é razoável afirmar que não haveria dano moral coletivo sob o prisma da honra subjetiva, já que tal pressupõe um sentimento íntimo, ou mesmo uma “individualidade própria”³⁷, é bem verdade que a coletividade possui uma imagem, uma personalidade coletiva. O povo de determinado município que veja violado seu patrimônio histórico e cultural ou mesmo o seu meio ambiente, em virtude de alguma ação poluidora, sentiria que sua imagem perante o todo fora ferida, fora abalada. O município ficaria conhecido como aquele onde ocorrera o vazamento de óleo, a depredação do monumento etc, causando vergonha ao povo local. Não há dúvida que a honra coletiva estaria abalada.

É justamente a reparação desse dano que se busca por meio da tutela coletiva. Evidentemente, que dentre os direitos transindividuais, estar-se-ia, dependendo das circunstâncias, por se tutelar ou um direito difuso ou um direito coletivo em sentido estrito. Já os direitos individuais homogêneos, como o próprio nome diz, são direitos individuais tutelados de forma coletiva e, em assim sendo, na ação coletiva que busque apenas a sua tutela, não se pleiteará a reparação do dano moral coletivo, mas sim do dano moral individual de cada um dos substituídos.

5. DANO MORAL COLETIVO NO ÂMBITO DA JURISPRUDÊNCIA

No âmbito da jurisprudência, o dano moral coletivo também é objeto de controvérsias. O Superior Tribunal de Justiça possui exemplos de julgados datados do ano de 2010, oriundos da 1ª Turma, em que não se admitia a indenização por danos morais coletivos. Entendia a referida Turma: "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"³⁸.

Já na 3ª Turma, o entendimento é pacífico no sentido de seu cabimento. Os julgados fundam-se na ideia de que a indenização por danos morais aos

³⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 133.

³⁷ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6 ed. São Paulo: RT, 2009. p. 854.

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Recurso Especial nº 971.844/RS, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 12/2/2010.

consumidores, tanto de ordem individual quanto coletiva e difusa, tem seu fundamento no artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor, base legal de cabimento da pretensão. A Turma tem ressalvado, entretanto, que “não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade”³⁹.

A Corte, por meio de sua Terceira Turma, tem se posicionado no sentido de que “Configurada ofensa à dignidade dos consumidores e aos interesses econômicos (...) ao lado da condenação por danos materiais de rigor moral ou levados a condenação à indenização por danos morais coletivos e difusos”⁴⁰.

No âmbito trabalhista, Medeiros Neto destaca o “protagonismo da Justiça do Trabalho em relação à possibilidade de configuração de dano moral coletivo e à sua efetiva reparação, destacando-se os casos de exploração do trabalho de crianças e adolescentes; de submissão de trabalhadores a condições degradantes”⁴¹ dentre outros.

O Tribunal Superior do Trabalho tem firmado entendimento no sentido de que “A reparação por dano moral coletivo visa à inibição de conduta ilícita do Reclamado e atua como caráter pedagógico”. Afirma, a Corte Superior Trabalhista, que o dano moral coletivo “deve servir como meio apto a coibir a reiterada exigência de prestação de jornada extenuante e prevenir lesão a direitos constitucionais fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, que atinge a coletividade como um todo”, possibilitando “a aplicação de multa a ser revertida ao FAT, com o fim de evitar e reparar perante a sociedade a conduta lesiva, servindo como elemento pedagógico de punição”⁴².

Recentemente, o Tribunal Superior do Trabalho teve a oportunidade de reafirmar o cabimento de condenação por dano moral coletivo, em julgado da 7ª Turma daquela Corte: “O dano moral coletivo consiste na violação de direitos de certa coletividade ou ofensa a valores próprios dela mesma”⁴³.

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Recurso Especial 1221756/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 02/02/2012.

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Recurso Especial 1291213/SC, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. 30.08.2012.

⁴¹ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 275.

⁴² BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Agravo em Recurso de Revista 14900-80.2006.5.01.0080 – Relª Minª Maria de Assis Calsing – DJe 03.04.2012.

⁴³ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, AIRR 200004720115130002, Rel. Claudio Mascarenhas Brandão, j. 18.11.2014.

Também recentemente, o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, no Paraná, condenou o banco HSBC ao pagamento de R\$ 2 milhões de reais a título de ressarcimento por danos morais coletivos, indicando a tendência da jurisprudência trabalhista em admitir tal hipótese de indenização⁴⁴. Ao conceituar dano moral coletivo, o TRT-PR assim se pronunciou:

O dano moral coletivo, na esfera das relações laborais, configura-se como conduta ilícita que transcende o interesse jurídico individualmente considerado e atinge interesses metaindividuais socialmente relevantes para a coletividade. Não basta que esteja presente a antijuridicidade na conduta lesiva. É necessário que seja extrapolado o limite da indignação individual para afetar o equilíbrio social e causar repulsa coletiva⁴⁵.

No âmbito do direito comparado, merece destaque a Argentina, país em que se encontram precedentes jurisprudenciais no sentido de se admitir o dano moral coletivo como “categoria do dano moral” que se caracteriza pelo “dano (...) ocasionado globalmente a grupos humanos inteiros” e “exige a previsão de uma abertura da legitimação para o exercício da pretensão ressarcitória, em favor dos corpos intermediários adequadamente representativos da comunidade interessada”⁴⁶, evidenciando a nítida relação entre a tutela processual coletiva e o cabimento do dano moral coletivo. Na mesma linha vem sendo firmada a jurisprudência em países como os Estados Unidos e a Suíça⁴⁷.

Fica evidente, assim, a tendência da jurisprudência, principalmente nacional, dos Tribunais Superiores, em se admitir a existência de um dano moral coletivo, passível de reparação via processo coletivo.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento social trouxe as relações jurídicas a uma realidade composta por duas características principais: a primeira, atinente à consideração de novos direitos tidos por fundamentais, de titularidade indeterminada, porque coletiva:

⁴⁴ O Banco HSBC foi condenado por ter espionado a vida privada de 152 empregados afastados por doenças relacionadas ao trabalho. Segundo o acórdão regional, “Trata-se, nitidamente, da não observância, por parte do réu, do princípio inerente aos contratos de trabalho que diz respeito à confiança mútua entre as partes, qual seja, a boa-fé objetiva” (BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Rel. Des. do Trabalho Francisco Roberto Carmel, 6ª Turma, j. 09.09.2014).

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 309.

⁴⁷ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 309.

são os direitos metaindividuais, de terceira geração; a segunda característica leva em conta o estado das sociedades modernas, num mundo neoliberal, globalizado e padronizado.

Da análise dessa nova realidade, constatou-se que dentre esses novos direitos, encontra-se o direito à proteção coletiva da honra, por meio da admissão de indenização por lesão que se passou a denominar de “dano moral coletivo”.

Não merece prosperar a tese daqueles que afirmam a impossibilidade de fixação de indenização por danos morais coletivos, por suposta ausência de verificação de ofensa à intimidade de um indivíduo e que a indeterminabilidade seria razão a se afastar o cabimento da referida indenização.

Isso porque é importante que se faça a devida distinção entre honra subjetiva e honra objetiva. A honra subjetiva diz respeito à auto-estima, ao prestígio gozado pelo ser humano perante sua consciência. Já a honra objetiva refere-se à imagem coletiva, ao círculo de amizades, ao meio profissional, à opinião pública⁴⁸. Em sendo assim, se é razoável afirmar que não haveria dano moral coletivo sob o prisma da honra subjetiva, já que tal pressupõe um sentimento íntimo, ou mesmo uma “individualidade própria”⁴⁹, não aferível em demandas coletivas (em que não se avalia aspectos específicos de cada indivíduo substituído processualmente), é bem verdade que a coletividade possui uma imagem, uma personalidade coletiva, uma honra coletiva.

É justamente a reparação desse dano que se busca por meio da tutela coletiva. Evidentemente, que dentre os direitos transindividuais, estar-se-ia, dependendo das circunstâncias, por se tutelar ou um direito difuso ou um direito coletivo em sentido estrito. Já os direitos individuais homogêneos, como o próprio nome diz, são direitos individuais tutelados de forma coletiva e, em assim sendo, na ação coletiva que busque apenas a sua tutela, não se pleiteará a reparação do dano moral coletivo, mas sim do dano moral individual de cada um dos substituídos.

Constatou-se, por fim, que neste sentido caminha a jurisprudência dos Tribunais Superiores, ou seja, no caminho de se admitir a existência de um dano moral coletivo, passível de reparação via processo coletivo.

⁴⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 133.

⁴⁹ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6 ed. São Paulo: RT, 2009. p. 854.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

ANDRADE, Luiz Gustavo de. **Tutela processual de direitos metaindividuais trabalhistas**: fundamentos constitucionais e reflexos na atividade empresarial. Curitiba: Juruá, 2009.

BARCELLONA, Pietro. **O egoísmo maduro e a insensatez do capital**. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 1995.

BELINETTI, Luiz Fernando. Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos . *In Estudos de Direito Processual Civil*: homenagem ao Professor Egas Dirceu Muniz de Aragão (Coord. Luiz Guilherme Marinoni). São Paulo: RT, 2006.

BESTER, Gisela Maria. Quanto, por que, em que sentido e em nome de que tipo de empresa o Estado Contemporâneo deixa de ser empresário. *In Direito Empresarial & cidadania*: questões contemporâneas. Coordenação Jair Gevaerd e Marta Marília Tonin. Curitiba: Juruá, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Recurso Especial nº 971.844/RS, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 12/2/2010

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1243887 / PR. Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, j. 19.10.2011

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Recurso Especial 1221756/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 02/02/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Recurso Especial 1291213/SC, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. 30.08.2012

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, Recurso de Revista 729/2005-101-03-00, 7ª Turma, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, DJU 08.02.2008.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Agravo em Recurso de Revista 14900-80.2006.5.01.0080 – Relª Minª Maria de Assis Calsing – DJe 03.04.2012.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, AIRR 200004720115130002, Rel. Claudio Mascarenhas Brandão, j. 18.11.2014.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Rel. Des. do Trabalho Francisco Roberto Carmel, 6ª Turma, j. 09.09.2014

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. O Direito geral de Personalidade e o conceito de dano moral trabalhista. *In Tutela dos Direitos da Personalidade na Atividade Empresarial* (coord. Luiz Eduardo Gunther). Curitiba: Juruá, 2008.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

FARAGO, France. **A Justiça**. Trad. Maria José Pontiere. Barueri: Manole, 2004.

FERNANDES, André Dias. **Dano moral coletivo decorrente de infração ambiental**. Publicada no Juris Síntese nº 87 - jan/fev de 2011.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. São Paulo: RT, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 1996.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A Projetada Participação equânime dos co-legitimados à propositura da Ação Civil Pública: da Previsão Normativa. Tutela Coletiva**. Coordenação: Paulo Henrique dos Santos Lucon. São Paulo: Atlas, 2006, p. 232. Sem indicação da data e do nome do Ministro do Trabalho no original.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 11ª ed., 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, 'Habeas Data'**. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

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

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ação Popular no direito brasileiro, como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos**. Revista de Processo nº 28/10-12. Também publicado em Temas de direito processual. 1ª série. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ações coletivas na constituição de 1988**. Revista de Processo nº 61/197. Conferência proferida em 11.09.1989 na Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., 1997.

REIS, Clayton. **Dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6 ed. São Paulo: RT, 2009.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Tutela Jurisdicional Coletiva**. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2001.

WATANABE, Kazuo. **Comentários ao Código brasileiro de Defesa do Consumidor** (comentado pelos autores do anteprojeto). Rio de Janeiro: Forense, 1991.