

**UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA
FACULDADE DE DIREITO**

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS
COLETIVOS E DIFUSOS**

NEDFC – NÚCLEO DE ESTUDO DE DIREITO FUNDAMENTAL E DA CIDADANIA

DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO

Leandro Gustavo da Rocha

2019

UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA
LEANDRO GUSTAVO DA ROCHA

DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Metodista de Piracicaba, para obtenção do Título de Mestre em Direitos Difusos e Coletivos.

Orientador: Prof. Dr. Richard P. Pae Kim

PIRACICABA
2019

Dedicatória

A minha esposa Caroline que, em nossa jornada diária chamada casamento sempre teve a paciência e sabedoria necessárias para me auxiliar na decisão de me ausentar mesmo estando presente nas longas horas de estudo para a conclusão do presente trabalho.

Agradecimentos

O principal agradecimento dedico a Deus, pela minha vida e pela minha saúde. Aos meus pais e minha irmã, que sempre me incentivaram e torceram pela minha vitória. Ao meu sogro, meus cunhados e cunhadas e a minha sobrinha, pelo apoio sincero. À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) pela bolsa de estudos de Mestrado. Aos demais professores do Programa de Pós-graduação – Mestrado em Direitos Difusos e Coletivos da UNIMEP – Universidade Metodista de Piracicaba.

“De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver crescer as injustiças, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto.”

Rui Barbosa

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo fazer uma abordagem acerca do dano moral coletivo, trazendo conceitos de relevante importância para o entendimento de um dos danos que estão se tornando mais frequentes perante o judiciário brasileiro. Os tribunais brasileiros, em matéria de indenização de danos morais, têm concedido a reparação em dinheiro, na maioria dos casos. Durante a pesquisa bibliográfica entendemos que essa forma única de indenização está equivocada. O presente trabalho contém um estudo sobre o dano extrapatrimonial coletivo. Inicialmente, ter-se-á uma breve síntese acerca dos direitos da personalidade, abordando a história do instituto, em seguida analisa-se o dano moral na esfera individual e chega-se ao ápice da pesquisa, dano extrapatrimonial coletivo, seu conceito, evolução histórica e formas de reparação. A possibilidade de indenização por dano moral está prevista na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso V e em diversas outras legislações infraconstitucionais, como o Código de Defesa do Consumidor e as Leis que criaram a ação popular e a civil pública. O texto constitucional não restringe a violação à esfera individual, e mudanças históricas e legislativas têm levado a doutrina e a jurisprudência a entender que, quando são atingidos valores e interesses fundamentais de um grupo, não há como negar a essa coletividade a defesa do seu patrimônio imaterial. O dano moral coletivo é a lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a violação de valores coletivos, atingidos injustificadamente do ponto de vista jurídico. Essas ações podem tratar de dano ambiental, desrespeito aos direitos do consumidor, como propaganda enganosa, danos ao patrimônio histórico e artístico, violação à honra de determinada comunidade, danos a uma classe de trabalhadores, e até fraude a licitações. Para a concretização desta pesquisa e buscando focar aspectos essenciais relacionados à temática, emprega-se uma metodologia que tomou como base o método indutivo e o método monográfico e na parte referente a coleta de dados utilizou-se a técnica da pesquisa bibliográfica. Nas conclusões da presente pesquisa, ressaltam-se os principais argumentos teóricos demonstrados na exposição da dissertação, bem como conclui-se por uma necessidade de alteração na nomenclatura do instituto e formas diferentes de reparação.

PALAVRAS-CHAVE: Dano Extrapatrimonial Coletivo; Danos Morais; Direitos da personalidade.

ABSTRACT

The present work aims to make an approach about collective moral damage, bringing concepts of relevant importance to the understanding of one of the damages that are becoming more frequent before the Brazilian judiciary. The Brazilian courts, in the matter of compensation for moral damages, have granted reparation in cash, in most cases. During the bibliographic research we understand that this unique form of indemnification is wrong. The present work contains a study on collective off-balance damage. Initially, there will be a brief synthesis about the rights of the personality, addressing the history of the institute, then analyzing the moral damage in the individual sphere and it arrives at the apex of the research, collective off-balance damage, its concept, evolution historical and forms of reparation. The possibility of compensation for moral damages is provided for in the Federal Constitution, in its article 5, item V and in several other below the constitutional legislations, such as the Code of Consumer Protection and the Laws that created public and popular action. The constitutional text does not restrict the violation to the individual sphere, and historical and legislative changes have led the doctrine and jurisprudence to understand that when fundamental values and interests of a group are reached, there is no denying to this collectivity the defense of its patrimony immaterial. Collective moral damage is injury in the moral sphere of a community, that is, the violation of collective values unjustified from a legal point of view. These actions may address environmental damage, disrespect to consumer rights, such as misleading advertising, damage to historic and artistic heritage, violation of the honor of a particular community, damage to a class of workers, and even fraudulent bidding. For the accomplishment of this research and seeking to focus on essential aspects related to the thematic, a methodology is used that took as base the inductive method and the monographic method and in the part referring to data collection was used the technique of the bibliographic research. In the conclusions of the present research, it is emphasized the main theoretical arguments demonstrated in the exposition of the dissertation, as well as it is concluded by a necessity of alteration in the nomenclature of the institute and different forms of repair.

KEY WORDS: Collective pecuniary damage; pain and suffering; rights of the personality.

LEANDRO GUSTAVO DA ROCHA

DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Metodista de Piracicaba, para obtenção do Título de Mestre em Direitos Difusos e Coletivos.

Orientador: Prof. Dr. Richard P. Pae Kim

Data de aprovação:

18/02/2019

Banca examinadora:

Prof. Dr. Richard P. Pae Kim (Orientador)
Universidade Metodista de Piracicaba

Prof. Dr. José Renato Martins (Membro)
Universidade Metodista de Piracicaba

Prof. Dr. Renato Siqueira de Pretto (Membro)
Pontifícia Universidade Católica de Campinas

PIRACICABA
2019

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I - DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	15
1. Evolução Histórica.....	15
1.1. Dos direitos da personalidade.....	23
CAPÍTULO II - DANO MORAL.....	29
2.1 Conceito.....	29
2.2 Evolução Histórica.....	31
2.3 Direito Fundamental à Reparação do Dano Moral.....	34
2.3.1 Dano e a Responsabilidade Civil.....	34
2.3.2 Dignidade Humana e os Direitos Fundamentais de Personalidade.....	39
2.3.3 Reparação do Dano Moral como Direito Fundamental.....	41
2.4 Evolução Doutrinária.....	42
CAPÍTULO III – ASPECTOS GERAIS ACERCA DO DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO.....	46
3.1 Introdução.....	46
3.2 Terminologia.....	47
3.3 Evolução histórica.....	48
3.4 Da reparação do dano.....	52
3.5 Do sujeito passivo da reparação do dano.....	55
3.6 Da quantificação do dano.....	57
3.7 Da prescrição.....	64
CAPÍTULO VI - DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO	70
4.1 Breves considerações sobre as gerações de direito.....	70
4.2 Direitos transindividuais ou coletivos <i>lato sensu</i>	71
4.3 Direitos transindividuais no Brasil: avanços na Constituição de 1988 e na legislação.....	73
4.4 Classificação legal dos direitos coletivos <i>lato sensu</i>	77
4.5 Dano moral em face da ofensa a direitos metaindividuais.....	78
4.6 Do dimensionamento do dano.....	84
4.7 Os limites do Superior Tribunal de Justiça.....	92
4.8 Posição do STF quanto ao balizamento e critérios de fixação do <i>quantum</i>	94
4.9 A excepcionalidade da função punitiva no arbitramento dos danos extrapatrimoniais coletivos.....	96
4.10 Critérios relativos a função compensatória e punitiva.....	99
4.11 O paradigma da despeculiarização da responsabilidade civil.....	108
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	111
REFERÊNCIAS	115
ANEXOS.....	121

INTRODUÇÃO

O homem vive em sociedade desde os tempos mais remotos. E essa convivência sempre foi almejada a se desenvolver de forma mais harmoniosa possível, o que fez com que o homem sempre objetivasse manter a paz e o equilíbrio das relações sociais.

O Direito surgiu nesse contexto, tentando disciplinar as relações sociais para que elas se desenvolvessem da melhor maneira e, quando assim não fosse, o Direito se encarregaria de aplicar as devidas penalidades aos indivíduos.

O legislador sempre teve a paz social como uma de suas metas, mas nem sempre ela se mantém. Para evitar a situação da não manutenção da ordem, o legislador utiliza-se de mecanismos eficazes para coibir a desarmonia, como a indenização por dano moral. O dano moral é uma lesão ao patrimônio não material de uma pessoa, sendo que este é formado pelos direitos da personalidade.

Hoje, com o avanço dos meios de comunicação, a intensificação das relações sociais e uma nova visão de mundo pelas atuais gerações, os “danos morais” tem se tornado cada vez mais frequentes. Na atualidade, o Judiciário, em todas as suas esferas, está abarrotado de ações que visam a reparação dos danos imateriais sofridos, por esse motivo o estudo desse tipo de dano se faz necessário.

Consagrada pelo fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, a proteção à pessoa humana tem rendido cada vez mais debates no campo jurídico, ao mesmo passo que tem encontrado, pelo olhar crítico dos autores e pela conduta proativa dos Tribunais, cada vez mais importância no estudo do Direito.

Para o presente estudo utilizamos a nomenclatura danos extrapatrimoniais ao invés de danos morais para nos referirmos aos danos a coletividade, nas citações diretas ou indiretas de ilustres doutrinadores, manteremos o termo.

Os danos morais, segundo Yussef Said Cahali¹, tiveram ascendente apreciação no Brasil a partir do século XX, em especial após a promulgação da Constituição de 1988 e da elaboração da Súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça².

A temática Dano Moral foi recebida pela comunidade jurídica como um tema dos mais importantes, tendo em vista se constituir numa violação dos princípios fundamentais que embasam o Estado Democrático de Direito, cuja tarefa primordial é realizar a justiça social.

Assim ao dano extrapatrimonial, era possível vislumbrar fértil espaço para desenvolvimento. Além da ampla relação que mantém com o que há de mais humano na responsabilidade civil, grande também é o debate em relação à sua tradução em números, o que restou agravado pelo fato de não ter sido trazida, pelo Código Civil, uma fórmula certa para estabelecer o valor da indenização por danos morais.

Esse panorama custou aos danos extrapatrimoniais o olhar desconfiado de muitos autores e operadores do Direito. Afinal, deixar que se expresse um direito dessa natureza monetariamente poderia incitar seu uso indevido. Desta forma, construiu-se a expressão “indústria do dano moral”, cuja incidência fez surgir verdadeiro provérbio entre os juristas e se propagou certo reducionismo da discussão para um enclausuramento que facilitasse e tornasse certa e fechada a sua aplicação.

Como o tema carrega contornos imprecisos e porosos, a proteção e a posterior satisfação da vítima não devem se encerrar em cálculos e conceitos frios, não podendo, ainda, o receio que traz a indenização do dano extrapatrimonial retirar-lhe valor. Por isso, atentando-se à complexidade do tema, é que se deve investigar criticamente o dano moral, desmistificando a pretensa citada indústria do citado dano, notadamente em relação à doutrina e à jurisprudência pátrias.

¹ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, *cit.*, p.52.

² STJ – Súmula nº 37 – 12/03/1992 – DJ 17/03/1992: *Indenizações - Danos - Material e Moral - Mesmo Fato – Cumulação*. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

Indispensável também para o presente estudo, a análise pormenorizada dos conceitos e discussões trazidas pelo STJ para a forma de fixação das indenizações por dano extrapatrimonial, qual seja o método bifásico, que, nas palavras do ministro da citada corte superior, Paulo de Tarso Sanseveriano:

Na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes. Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo à determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz.³

Apresentamos, além da posição do STJ quanto a uma necessidade de balizadores para as indenizações por danos morais, a posição do STF que refuta veementemente a existência de regras postas para a quantificação dos danos pela possibilidade de ferir a reparação plena.

São, portanto, esses princípios que irão garantir o direito fundamental da reparação desse dano, principalmente por ele macular, ferir, desabonar, enfim, atingir o patrimônio jurídico da pessoa humana que é dotada de valores materiais e extrapatrimoniais.

Diante disso, o operador do direito vê-se na contingência de analisar o dano extrapatrimonial num aspecto multidisciplinar, cujo campo de conhecimento envolve outras áreas de saber jurídico, indispensável, portanto, para uma investigação de caráter científico.

Fizemos uma análise dos direitos da personalidade, denominando e conceituando o instituto, apresentamos também sua evolução histórica, sua aquisição e sua perda.

³http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/O-m%C3%A9todo-bif%C3%A1sico-para-fixa%C3%A7%C3%A3o-de-indeniza%C3%A7%C3%B5es-por-dano-moral

No decorrer do trabalho fora apresentada também uma análise sobre o dano moral individual, principalmente no que se refere a sua forma de indenização, seus critérios e seus fundamentos legais.

Fizemos ainda, como tema central, uma análise sobre o dano extrapatrimonial coletivo, principalmente no que se refere ao seu conceito, sua evolução histórica e ao final propusemos formas mais eficazes de compensá-lo.

A pesquisa da presente dissertação se desenvolve em 4 (quatro) capítulos precedidos de introdução e posterior conclusão, que se interligam de acordo com a temática.

No primeiro capítulo abordamos os conceitos inerentes aos direitos da personalidade.

Para o segundo capítulo, trouxemos uma exposição teórica sobre o dano moral e o direito. Inicialmente, abordamos a origem histórica do homem na sociedade até as normas atuais, estabelecidas conforme o direito positivo.

Ainda no segundo capítulo analisamos a reparação do dano moral. Assim, preliminarmente, partiu-se da análise jurídica de princípios e direitos fundamentais, mostrando que o dano moral se constitui numa violação a um princípio fundamental, de natureza universal, que é a dignidade da pessoa humana.

No terceiro capítulo, abordamos os aspectos gerais acerca do dano extrapatrimonial como terminologia, a evolução histórica do instituto, a possibilidade ou não da reparação do dano, quem pode ou não ser sujeito passivo da reparação do dano, concluindo a questão da sujeição passiva com uma dúvida razoável quanto a reparação pecuniária do poder público, analisamos a quantificação do dano extrapatrimonial coletivo e concluímos o capítulo com a análise acerca da prescrição da pretensão reparatória.

O quarto capítulo analisa os danos morais sob a ótica coletiva, objetivo central do presente trabalho, onde apresentamos um critério de quantificação adotado

pelo Superior Tribunal de Justiça, a aversão do Supremo Tribunal Federal quanto a critérios pré-estabelecidos de quantificação do *quantum* indenizatório, e concluímos reforçando a possibilidade de indenização pelo dano moral coletivo, culminando com a necessidade de alteração da nomenclatura do instituto, visto a imperfeição de sua utilização no âmbito da personalidade para a sua configuração, bem como pela conclusão de que é necessário, além de condenação pecuniária, outras formas de condenação visando a não reincidência, como nos casos de Mariana e Brumadinho no estado de Minas Gerais.

O método de abordagem na presente pesquisa é o indutivo, e o método de procedimento utilizado foi o monográfico operacionalizado com o auxílio técnico da pesquisa bibliográfica. Para tanto, foram examinados a doutrina e o direito positivo. A análise jurisprudencial tem o propósito de registrar a ilustração dos tópicos específicos em que o trabalho é desenvolvido.

O objetivo geral consiste numa investigação doutrinária interdisciplinar sobre o dano moral, analisado juridicamente como uma violação dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, dos direitos da personalidade e da conceituação e possibilidade de indenização por danos extrapatrimoniais coletivos.

Os objetivos específicos têm o propósito de: a) pesquisar e conceituar os direitos da personalidade relacionando-o com os danos morais individuais e coletivos; b) pesquisar o dano moral no direito brasileiro, sobretudo a sua consagração na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, identificando-o como uma violação dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, cujo ponto nuclear é a dignidade da pessoa humana; c) contribuir, com esta pesquisa acadêmica, para uma tomada de conscientização social, política e jurídica sobre o dano extrapatrimonial, notadamente na questão coletiva.

Os conceitos operacionais utilizados na presente pesquisa foram indicados, na medida da necessidade, no texto principal ou em notas de rodapé.

As referências bibliográficas contêm somente as obras que estão citadas no desenvolver do texto e que permitiram a fundamentação deste trabalho.

CAPÍTULO I

DIREITOS DA PERSONALIDADE

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O homem é um ser social, mas também político, vivendo em grupos, em sociedades. Não há direito sem pessoas. Não existem regras e em especial as punições, sem a existência de pessoas que transgridam essas regras. O direito foi pensado, concebido e existe para regular a vida dos homens em sociedade. Por isto que, por mais que os direitos da personalidade tenham aspirações individuais, não há como se negar a ligação entre o individual e o coletivo.

É certo que o homem desde sempre, mesmo quando as lutas eram inevitáveis para sua sobrevivência, vive em sociedade, é claro que nesse momento (luta para sobreviver em épocas remotas), as comunidades eram pequenas, formadas apenas pelas suas famílias, mas, mesmo assim, era uma forma rudimentar de relação social.

É de fácil constatação que o homem necessita viver em sociedade, pois é simples perceber que dentre os mais de 7 (sete) bilhões de habitantes do planeta Terra, poucos se arriscam a viver em pleno isolamento.

Mesmo que tentássemos pensar em um direito desligado da realização das pessoas, é fato que o movimento de codificação não partiu desta premissa, uma vez que o direito criado ou posto advém da necessidade de regulação das formas de convivência do ser humano. Por isto mesmo não é exceção a existência de regras positivadas que atendam mais à matéria que ao humano no que ele tem de substancial.

Historicamente é constatado que o marco divisor do Direito Civil quanto à codificação é o Código Napoleônico, publicado em 1804. Inspirado nos ideais racionalistas do Iluminismo não separou em dispositivo específico qualquer direito da personalidade, assim, mesmo com alterações significativas quanto ao direito civil

como ramo autônomo do direito, quanto aos direitos da personalidade, não trouxe qualquer criação ou modificação.

O primeiro diploma a positivar especificamente os direitos da personalidade foi a Lei Romena de 18 de março de 1895⁴. Em 1900 entra em vigor o Código Alemão, que em seu texto cuida do direito ao nome⁵. Em 1907 é publicado o Código Civil Suíço⁶, que em seus artigos 29 e 30 aponta para a necessidade de um ordenamento para a preservação do nome, atributo da personalidade humana.

Personalidade e dignidade são atributos próprios do ser humano. São propriedades do homem. Como são marcas vistas apenas na humanidade, devem ser preservadas, devem ser intocáveis, colocadas em um grau de estima absolutamente diferenciado, posto que nenhum outro valor que se queira resguardar pode alcançar igual consideração por parte da sociedade e do Estado.

Como comentário inicial acerca da proteção da dignidade da pessoa humana, o ordenamento jurídico pátrio garante constitucionalmente a proteção a este princípio de extrema relevância para o presente trabalho, como será adiante demonstrado.

Considerando que dignidade e direitos da personalidade são próprios da humanidade, podemos concluir que a função do direito e conseqüentemente do Estado seria a de satisfazer as pessoas que possivelmente tenham sido expropriadas em seus direitos. A missão do sistema jurídico é, portanto, essencialmente, permitir a manutenção da dignidade e dos direitos que a esta se associam, e neste momento, os direitos da personalidade. Uma natureza e missão que só são cumpridas quando a pessoa ou uma coletividade é o componente essencial da fórmula jurídica.

⁴ FRANÇA, Limongi Rubens. Institutos de proteção à personalidade. Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 57, n. 391, maio de 1968, p. 22.

⁵ MALLETT, Estevão. O novo Código Civil e o Direito do Trabalho. Campinas: TTRT da 15ª Região. Disponível em: <http://www.trt15.jus.br/escola_da_magistratura/Rev22Art3.pdf> Acesso: 07 setembro 2018.

⁶ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O Trabalho da Pessoa com Deficiência e a Lapidação dos Direitos Humanos. São Paulo: LTr, 2006.

As constituições brasileiras sempre consagraram os direitos e garantias individuais⁷. Merece destaque, nesta linha, a Constituição do Império, que em seu artigo 179⁸ apontava para uma série “Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”.

⁷ Atribui-se à primeira constituição brasileira a primazia mundial na subjetivação e positivação dos direitos do homem. Esta atribuição, contudo, é contestada em favor da Constituição belga de 1831. SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 169.

⁸ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei.

II. Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade publica.

III. A sua disposição não terá effeito retroactivo.

IV. Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publicar-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar.

V. Ninguem póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica.

VI. Qualquer póde conservar-se, ou sahir do Imperio, como lhe convenha, levando comsigo os seus bens, guardados os Regulamentos policiaes, e salvo o prejuizo de terceiro.

VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundaçãõ; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar.

VIII. Ninguem poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as.

IX. Ainda com culpa formada, ninguem será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto.

X. A' excepção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar.

O que fica disposto acerca da prisão antes de culpa formada, não comprehende as Ordenanças Militares, estabelecidas como necessarias á disciplina, e recrutamento do Exercito; nem os casos, que não são puramente criminaes, e em que a Lei determina todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados da justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro do determinado prazo.

XI. Ninguem será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na fórma por ella prescripta.

XII. Será mantida a independencia do Poder Judicial. Nenhuma Autoridade poderá avocar as Causas pendentes, sustal-as, ou fazer reviver os Processos findos.

XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

XIV. Todo o cidadão pode ser admittido aos Cargos Publicos Civis, Políticos, ou Militares, sem outra differença, que não seja dos seus talentos, e virtudes.

XV. Ninguem será exempto de contribuir pera as despesas do Estado em proporção dos seus haveres.

XVI. Ficam abolidos todos os Privilegios, que não forem essencial, e inteiramente ligados aos Cargos, por utilidade publica.

XVII. A' excepção das Causas, que por sua natureza pertencem a Juizos particulares, na conformidade das Leis, não haverá Foro privilegiado, nem Commissões especiaes nas Causas civeis, ou crimes.

XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.

Da leitura do *caput* do artigo supra citado, é possível observar que estão afastados de sua tutela os escravos e estrangeiros residentes no país, assim, é de fácil constatação que a legislação vigente a época era extremamente desigual, pois, fazia distinção quanto a diferenças entre as classes sociais, raça e nacionalidade.

Os direitos da personalidade consagrados na Carta Imperial são liberdade (*caput*), inviolabilidade de domicílio (inciso VII), direitos autorais (inciso XXVI) e segredo de correspondência (inciso XXVII), todos inscritos no artigo 179 supracitado da aludida Constituição.

XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis.

XX. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infamia do Réo se transmittirá aos parentes em qualquer gráo, que seja.

XXI. As Cadêas serão seguras, limpas, o bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circumstancias, e natureza dos seus crimes.

XXII. E'garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indemnizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.

XXIII. Tambem fica garantida a Divida Publica.

XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos.

XXV. Ficam abolidas as Corporações de Officios, seus Juizes, Escrivães, e Mestres.

XXVI. Os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas producções. A Lei lhes assegurará um privilegio exclusivo temporario, ou lhes remunerará em resarcimento da perda, que hajam de soffrer pela vulgarisação.

XXVII. O Segredo das Cartas é inviolavel. A Administração do Correio fica rigorosamente responsavel por qualquer infracção deste Artigo.

XXVIII. Ficam garantidas as recompensas conferidas pelos serviços feitos ao Estado, quer Civis, quer Militares; assim como o direito adquirido a ellas na fórmula das Leis.

XXIX. Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funcções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos.

XXX.. Todo o Cidadão poderá apresentar por escripto ao Poder Legislativo, e ao Executivo reclamações, queixas, ou petições, e até expôr qualquer infracção da Constituição, requerendo perante a competente Auctoridade a effectiva responsabilidade dos infractores.

XXXI. A Constituição tambem garante os soccorros publicos.

XXXII. A Instrucção primaria, e gratuita a todos os Cidadãos.

XXXIII. Collegios, e Universidades, aonde serão ensinados os elementos das Sciencias, Bellas Letras, e Artes.

XXXIV. Os Poderes Constitucionaes não podem suspender a Constituição, no que diz respeito aos direitos individuaes, salvo nos casos, e circumstancias especificadas no paragrapho seguinte.

XXXV. Nos casos de rebelião, ou invasão de inimigos, pedindo a segurança do Estado, que se dispensem por tempo determinado algumas das formalidades, que garantem a liberdade individual, poder-se-ha fazer por acto especial do Poder Legislativo. Não se achando porém a esse tempo reunida a Assembléa, e correndo a Patria perigo imminente, poderá o Governo exercer esta mesma providencia, como medida provisoria, e indispensavel, suspendendo-a immediatamente que cesse a necessidade urgente, que a motivou; devendo num, e outro caso remetter á Assembléa, logo que reunida fôr, uma relação motivada das prisões, e d'outras medidas de prevenção tomadas; e quaesquer Autoridades, que tiverem mandado proceder a ellas, serão responsaveis pelos abusos, que tiverem praticado a esse respeito.

A atual Constituição da República Federativa do Brasil diz que homens e mulheres são iguais em deveres e obrigações. Ao fazê-lo, não diz ter partido da noção genética, psicológica ou social de gênero. Nada obstante, eleva a pessoa humana à condição de vértice do sistema.

Aplicando uma visão constitucional, é possível uma leitura no sentido de ampliação dos direitos da personalidade.

Na Constituição do Brasil de 1824, é possível dizer que a noção de direitos da personalidade já apontava para uma possibilidade de proteção contra o arbítrio estatal, mas não nos protegia quanto a reparabilidade quando da invasão aos direitos da personalidade.

Ainda segundo a Constituição de 1824, esta, determinava expressamente (art. 179, XVIII) que se elaborasse o mais rápido possível um Código Civil e um Código Criminal. Atendendo a esta determinação surgiu o Código Criminal do Império em 1830, quanto a criação de um Código Civil, a determinação não foi atendida nos 67 (sessenta e sete) anos de vigência da carta sob exame, mostrando claramente, como necessidade de maior prioridade para o governo, a punição de criminosos, mas não a de uma proteção à propriedade privada, sucessão e direitos civis, dentre outros.

À época, contudo, não se falava em mecanismos como o Mandado de Injunção. Por isto, nada se poderia fazer diante da inércia do legislador. Ainda hoje pouco se tem feito nesta matéria que pode e deve ser objeto de estudo posterior por este ou outro estudante. Desta forma, quando muito, o Supremo Tribunal Federal faz equiparações, caso do Direito de Greve do servidor. A atuação do Poder Judiciário como legislador positivo sempre é vista como temerária, mas como é sabido, em outros assuntos como no caso do acesso à educação e a saúde, o Poder Judiciário vem atuando ativamente e, para alguns, mais do que deveria.

A Constituição Republicana de 1891 apresentava em seu Título IV, Seção II uma “Declaração de Direitos”.

A Carta Política de 1891, pela primeira vez, amplia aos estrangeiros direitos e garantias individuais. Além disto, ressalta a liberdade dos negros, já formalizada na edição de Lei Áurea em 13 de maio de 1888⁹.

Ainda na Constituição de 1891, os direitos da personalidade ganham força. O artigo 72¹⁰, no seu *caput*, consagra a “inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade”. Já nos parágrafos do citado artigo 72, garante o sigilo de correspondência (§ 18), da inviolabilidade de domicílio (§ 11), do direito à propriedade industrial (§ 25) e do direito autoral (§ 26).

Chega-se à Constituição de 1934, que vigeu até 1937. Esta trouxe algumas inovações. A primeira delas foi a presença de um “título especial” para a Declaração de Direitos, nele inscrevendo não só os direitos e garantias individuais, mas também os de nacionalidade e os políticos.”¹¹ Esta metodologia foi repetida nas demais Cartas, ressalvada a de 1937.

Seguindo a clássica máxima brasileira de mudanças legislativas, em 10 de novembro de 1937 foi outorgada outra Constituição, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil. José Afonso da Silva diz tratar-se de uma Carta “ditatorial na forma, no conteúdo e na aplicação, com integral desrespeito aos direitos do homem, especialmente os concernentes às relações políticas.”¹²

⁹ BRASIL. Lei n.º 3.073, de 1ª de janeiro de 1916. **Legislação**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM3353.htm. Acesso em: 12 de nov. 2018.

¹⁰ Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes (...)
§ 11. A casa é o asylo inviolavel do individuo; ninguém pôde ahi penetrar, de noite, sem consentimento do morador, sinão para acudir a victimas de crimes, ou desastres, nem de dia, sinão nos casos e pela fórma prescriptos na lei.(...)

§ 18. E' inviolavel o sigillo da correspondencia. (...)

§ 25. Os inventos industriaes pertencerão aos seus autores, aos quaes ficará garantido por lei um privilegio temporario, ou será concedido pelo Congresso um premio razoavel, quando haja conveniencia de vulgarisar o invento.

§ 26. Aos autores de obras litterarias e artisticas é garantido o direito exclusivo de reproduzil-as pela imprensa ou por qualquer outro processo mecanico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar. (...)

¹¹ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 169.

¹² Ibidem.

Não obstante a relevante consideração do professor José Afonso, destacamos o disposto em seu artigo 122¹³. Neste é apresentado a “preservação de direitos e garantias individuais”.

¹³ Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

1º) todos são iguais perante a lei;

3º) os cargos públicos são igualmente acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade prescritas nas leis e regulamentos;

4º) todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes;

5º) os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal;

7º) o direito de representação ou petição perante as autoridades, em defesa de direitos ou do interesse geral;

12) nenhum brasileiro poderá ser extraditado por governo estrangeiro;

13) Não haverá penas corpóreas perpétuas. As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores. Além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, a pena de morte será aplicada nos seguintes crimes:

a) tentar submeter o território da Nação ou parte dele à soberania de Estado estrangeiro;

b) atentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da Nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania;

c) tentar por meio de movimento armado o desmembramento do território nacional, desde que para reprimi-lo se torne necessário proceder a operações de guerra;

d) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição;

e) tentar subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social;

f) a insurreição armada contra os Poderes do Estado, assim considerada ainda que as armas se encontrem em depósito;

g) praticar atos destinados a provocar a guerra civil, se esta sobrevém em virtude deles;

h) atentar contra a segurança do Estado praticando devastação, saque, incêndio, depredação ou quaisquer atos destinados a suscitar terror;

i) atentar contra a vida, a incolumidade ou a liberdade do Presidente da República;

j) o homicídio cometido por motivo fútil ou com extremos de perversidade.

15) todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei.

A lei pode prescrever:

a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação;

b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude;

c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado. A imprensa reger-se-á por lei especial, de acordo com os seguintes princípios:

a) a imprensa exerce uma função de caráter público;

b) nenhum jornal pode recusar a inserção de comunicados do Governo, nas dimensões taxadas em lei;

c) é assegurado a todo cidadão o direito de fazer inserir gratuitamente nos jornais que o informarem ou injuriarem, resposta, defesa ou retificação;

d) é proibido o anonimato;

e) a responsabilidade se tornará efetiva por pena de prisão contra o diretor responsável e pena pecuniária aplicada à empresa;

f) as máquinas, caracteres e outros objetos tipográficos utilizados na impressão do jornal constituem garantia do pagamento da multa, reparação ou indenização, e das despesas com o processo nas condenações pronunciadas por delito de imprensa, excluídos os privilégios eventuais derivados do contrato de trabalho da empresa jornalística com os seus empregados. A garantia poderá ser substituída por uma caução depositada no princípio de cada ano e arbitrada pela autoridade competente, de acordo com a natureza, a importância e a circulação do jornal;

Após a ditadura instituída (ou não instituída segundo o presidente eleito) em 1937, restabelece-se a ordem democrática com a promulgação da Constituição de 1946, onde, em seu artigo 141¹⁴, cuida de direitos e garantias fundamentais, dizendo que todos são iguais perante a lei (§1.º), dispõe sobre a inviolabilidade do direito à vida e a liberdade (*caput*), sigilo de correspondência (§ 6º), inviolabilidade de domicílio (§ 15), propriedade das marcas e patentes (§§ 17 e 18) e o direito autoral (§ 19).

A Constituição de 1967, primeira do período militar que antecedeu à reabertura democrática em que se gesta a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tratou dos direitos da personalidade de modo semelhante ao regime anterior, trazendo em seu artigo 150¹⁵ as seguintes proteções: vida e à liberdade

g) não podem ser proprietários de empresas jornalísticas as sociedades por ações ao portador e os estrangeiros, vedado tanto a estes como às pessoas jurídicas participar de tais empresas como acionistas. A direção dos jornais, bem como a sua orientação intelectual, política e administrativa, só poderá ser exercida por brasileiros natos;

17) os crimes que atentarem contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular serão submetidos a processo e julgamento perante Tribunal especial, na forma que a lei instituir.

¹⁴ Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º Todos são iguais perante a lei. (...)

§ 6º É inviolável o sigilo da correspondência.(...)

§ 15 A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém, poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser para acudir a vítimas de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer. (...)

§ 17 Os inventos industriais pertencem aos seus autores, aos quais a lei garantirá privilégio temporário ou, se a vulgarização convier à coletividade, concederá justo prêmio.

§ 18 É assegurada a propriedade das marcas de indústria e comércio, bem como a exclusividade do uso do nome comercial.

§ 19 Aos autores de obras literárias, artísticas ou científicas pertence o direito exclusivo de reproduzi-las. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei fixar. (...)

¹⁵ Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei. (...)

§ 7º - Sem constrangimento dos favorecidos, será prestada por brasileiros, nos termos da lei, assistência religiosa às forças armadas e auxiliares e, quando solicitada pelos interessados ou seus representantes legais, também nos estabelecimentos de internação coletiva.

§ 8º - É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe. (...)

§ 24 - A lei garantirá aos autores de inventos Industriais privilégio temporário para sua utilização e assegurará a propriedade das marcas de indústria e comércio, bem como a exclusividade do nome comercial.

(*caput*), manteve a igualdade de todos (§ 1º) correspondência e sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas (§ 7º), inviolabilidade de domicílio (§ 8º) e criações industriais e artísticas (§§ 24 e 25).

Finalmente, enquanto a Constituição de 1967 é marcada pela arbitrariedade, a Carta Republicana de 1988 é marcada pela consideração da pessoa humana como centro do sistema e da dignidade que a esta é inerente. Por isto mesmo, há uma profusão de direitos da personalidade ao longo de seu texto. Não restam dúvidas, então, de que o elemento democrático foi respeitado nesta Constituição “Cidadã”.

Com a função de cumprir o anseio realizador da pessoa, ou seja, a não violação de sua dignidade, a ordem constitucional trazida pela Constituição Federal de 1988 coloca cidadania e dignidade, como fundamentos da República. Neste momento, é de extrema importância ressaltar que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é o princípio básico de ações que buscam o acesso à educação, a saúde e a reparação dos Danos Extrapatrimoniais, objeto do presente estudo. São parâmetros que condicionam o intérprete e o legislador ordinário, moldando o tecido normativo infraconstitucional com a tábua axiológica eleita pelo constituinte, marcando presença no ordenamento pátrio como cláusula geral da personalidade¹⁶.

1.1. Dos Direitos da Personalidade

Atualmente, ninguém contesta que todas as pessoas são sujeitos de direito e o Estado deve protegê-las, reconhecendo e respeitando-as.

Quando estudamos os direitos da personalidade, encontramos diversas nomenclaturas, direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais, sobre esse aspecto Anderson Schreiber¹⁷ aduz:

§ 25 - Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas pertence o direito exclusivo de utilizá-las. Esse direito é transmissível por herança, pelo tempo que a lei fixar.(...)

¹⁶ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil constitucional positivo. In. TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 47.

¹⁷ SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. São Paulo: Atlas, 2011. p.13

“Trata-se, como se vê, do mesmíssimo fenômeno encarado por facetas variadas...”. “O que muda é tão somente o plano em que a personalidade humana se manifesta. Assim, a expressão direitos humanos é utilizada no plano internacional, independentemente, portanto, do modo como cada Estado Nacional regula a matéria. Direitos fundamentais, por sua vez, é o termo normalmente empregado para designar “direitos positivados numa constituição de um determinado Estado. É, por isso mesmo, a terminologia que tem sido preferida para tratar da proteção da pessoa humana no campo do direito público, em face da atuação estatal. Já a expressão direitos da personalidade é empregada na alusão aos atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas, ou seja, na interação entre particulares, sem embargo de encontrarem também fundamento constitucional e proteção nos planos nacional e internacional”.

Limonge França¹⁸ afirma que no direito brasileiro consagrou-se a expressão direitos da personalidade ou direitos privados da personalidade, que demonstra, de certa forma, a vantagem de enfatizar o aspecto privado desses direitos, porquanto antes da sua definição conferida pelos teóricos germânicos, apenas se lhes reconhecia a tutela pública, por meio do Direito Penal e do Direito Constitucional.

Gustavo Henrique de Oliveira, citando Montés Penaldés, na mesma linha de Anderson Schreiber continua:

“Dessa forma, quando se fala em direitos humanos, trata-se de assinalar que existe um grupo de direitos, diferenciados dos outros, que são humanos por natureza e que devem ser reconhecidos pelas instituições e pelos ordenamentos jurídicos, a depender do momento histórico, com o objetivo de resguardar a liberdade, dignidade e igualdade entre as pessoas.”¹⁹

O tema direitos da personalidade é recente, em nosso ordenamento jurídico ganhou espaço a partir da publicação do Código Civil de 2002, que destinou um capítulo para os citados direitos.

Os direitos da personalidade encontram amparo no Código Civil entre os artigos 11 a 21²⁰. Como versa o *caput* do artigo 11, os direitos da personalidade são

¹⁸ FRANÇA, Rubens Limongi. Instituições de direito civil, cit., p. 1033.

¹⁹ OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. *Responsabilidade Civil - Do seu abrandamento à luz da nova sistemática brasileira*: Curitiba: Juruá, 2017, p.149.

²⁰ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

intransmissíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, impenhoráveis e vitalícios, uma vez que se tratam de direitos de natureza não patrimonial, exceção dos casos previstos em lei, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, sendo ilimitados por ato voluntário, inclusive de seu titular. Está compreendida na irrenunciabilidade dos direitos de personalidade, a indisponibilidade, pois seu titular deles não pode dispor livremente.

Embora intransmissíveis em sua essência, os efeitos patrimoniais dos direitos da personalidade são transmissíveis. A utilização dos direitos de personalidade, se tiver expressão econômica, é transmissível. A autoria de obra literária é intransmissível, mas o recebimento de dinheiro pela comercialização da referida obra pode ser negociado livremente.

Segundo Orlando Gomes, os direitos da personalidade classificam-se em:

Integridade física: direito à vida e direito sobre o próprio corpo.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Integridade moral: direito à honra, à imagem e ao nome; direito ao recato (intimidade) e à liberdade; direito moral do autor²¹.

De acordo com Carlos Alberto Bittar, os direitos da personalidade são:

Direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico, exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos²².

Carlos Alberto Bittar²³ entende que os direitos da personalidade são direitos inerentes à própria condição de ser humano, que surgem com a aquisição da personalidade civil, ou seja, com o nascimento com vida, e se extinguem com a sua perda, com a morte, compreendendo duas esferas: os da pessoa em si mesma (vida) e os da sua projeção na sociedade (direito moral do autor).

A mesma estrutura do código civil foi anteriormente utilizada pela constituição cidadã de 1988, que conforme demonstrado, nas constituições anteriores não ocorreu.

O fundamento constitucional dos direitos da personalidade é a dignidade da pessoa humana, que se constitui em fundamento da República brasileira (CF, 1.º III).

O objeto dos direitos da personalidade é tudo aquilo que disser respeito a natureza do ser humano, como por exemplo, a vida, a liberdade, a proteção aos dados pessoais, integridade física e moral, honra, imagem, vida privada, privacidade intimidade e intangibilidade da família, dentre outros.

Plácido e Silva consigna que:

dignidade é a palavra derivada do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa serve de base ao próprio respeito em que é tida: compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa pelo

²¹ GOMES, Orlando. *Direitos da Personalidade*. Revista dos Tribunais: Rio de Janeiro, 1966. V216.

²² BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. cf. p.201.

²³ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 352p.

qual se faz merecedor do conceito público; em sentido jurídico, também se estende como a dignidade a distinção ou a honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação; no Direito Canônico, indica-se o benefício ou prerrogativa de um cargo eclesiástico.²⁴

O postulado da dignidade da pessoa humana sempre existiu acoplado à existência humana, se hoje, ainda, algumas culturas não o reconhecem como tal, isso não impede que, fora do conhecimento de cada cultura, esse conceito já não estivesse presente na consciência humana.

A Constituição Federal de 1988, como dito, traz como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana.

É o que dispõe o art. 1º, III da Constituição Federal:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
(...)
III – a dignidade da pessoa humana.²⁵

Ingo Wolfgang Sarlet bem define a dignidade da pessoa humana:

Temos 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, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem 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, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.²⁶

²⁴ SILVA, Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Vol. II; São Paulo: Forense, 1967, p. 526.

²⁵ BRASIL. Constituição Federal. Legislação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 23 de jan. 2019.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

O princípio da dignidade da pessoa humana, principal fundamento dos direitos da personalidade, correspondem a expressão normativa do valor fundamental da pessoa humana diante do sistema jurídico brasileiro.

Portanto, a partir da Constituição Federal de 1988 que os direitos fundamentais tiveram um avanço significativo e passaram a ser tratados como núcleo da proteção da dignidade da pessoa humana.

Assim, os direitos da personalidade são direitos de todos os cidadãos, garantidos a todos pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional e, em caso de serem desrespeitados, poderão ser objeto de reparação.

CAPITULO II DANO MORAL

2.1. Conceito

O ser humano, além de um patrimônio material, possui um patrimônio intangível, não monetário, imaterial, que pode ser dividido em: afetivo ou íntimo e social.

O primeiro constitui-se pelos sentimentos íntimos, personalíssimos, fora do poder de observação de terceiros e o segundo constitui-se pela valoração do sujeito na sociedade. É, no dizer de SALAZAR:

O reflexo ou projeção da personalidade no meio social, com a conquista e o benefício de certos interesses ou situações que podem ser objetivamente verificados: a honra, a consideração, a reputação²⁷.

O homem, em suas relações sociais forma conceitos, adquire uma reputação, um valor, que diante de uma conduta lesiva, culposa ou dolosa, podem ser atingidos causando-lhe um dano imaterial.

A diferença entre o dano material e o imaterial ocorre, em razão dos efeitos da lesão, já que, no primeiro, o resultado é a diminuição econômica, patrimonial e, no segundo, o sentimento de dor, e, em razão da forma de reparação, que, no caso do dano material, constitui-se na recomposição da coisa, serviço ou abstenção, quando possível, ao seu estado anterior ou pela sua compensação pecuniária, e no caso do dano moral pela realização de prestação, geralmente pecuniária, que serve para propiciar a atenuação da dor da vítima. A distinção entre os dois tipos de dano é importante, pois neste trabalho será analisado o dano imaterial e sua configuração para a sugestão de outras formas de indenização, que denominaremos formas não convencionais.

²⁷ SALAZAR, Alcino de Paula. *Reparação do Dano Moral*. cf. p.30.

Assim, dano é a lesão ao patrimônio, seja ele imaterial ou material de uma pessoa física ou jurídica, bem como de uma coletividade, caracterizando-se como um dos pressupostos da obrigação de indenizar.

Dano é o pressuposto da responsabilidade civil, entendendo-se como tal qualquer lesão experimentada pela vítima em seu complexo de bens jurídicos, materiais ou morais, como o entende a melhor doutrina²⁸.

Podemos dividir o dano em material e imaterial. O dano material é a lesão ao patrimônio, conjunto de bens e relações jurídicas economicamente apreciáveis e disponíveis de uma pessoa, consistente na sua diminuição ou prejuízo efetivo. Já o dano imaterial é a lesão aos direitos da personalidade, bens imateriais de caráter apatrimonial, que causam no homem o sentimento de vergonha, dor, constrangimento, humilhação. Esse tipo de dano pode ser analisado sob duas óticas, a da esfera íntima do indivíduo e a da esfera social.

A honra é o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoas, o respeito aos cidadãos. É direito fundamental da pessoa resguardar essas qualidades. A pessoa tem o direito de preservar a sua dignidade.

Com a evolução, porém, do instituto, e a consciência coletiva de que os direitos subjetivos não são apenas os de ordem real ou obrigacional, senão também os da personalidade, assim entendidos os que correspondam as pessoas que nascem com vida, admitiu-se também pudesse ser reparado o mal causado ao interior das pessoas, vale dizer, a seus sentimentos morais íntimos.

Assim, qualquer lesão que alguém sofra no objeto de seu direito, repercutirá, necessariamente, em seu interesse.

Anderson Schreiber, citando Sérgio Cavalieri Filho, conceitua o que seria dano moral:

...só deve ser reputado como como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo a normalidade, interfira

²⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. cf. p.17.

intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio do seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.²⁹

Dano moral é aquele que sofre, direta ou indiretamente, a pessoa física ou jurídica, assim como a coletividade, no aspecto não econômico dos seus bens jurídicos, é a lesão sofrida no patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, sem contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.

Maria Celina Bodin de Moraes conceitua dano moral como:

aquele que, independentemente de prejuízo material, fere direitos personalíssimos, isto é, todo e qualquer atributo que individualiza cada pessoa, tal como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais, entre outros. O dano é ainda considerado moral quando os efeitos da ação, embora não repercutam na órbita de seu patrimônio material, originam angústia, dor, sofrimento, tristeza ou humilhação a vítima, trazendo-lhe sensações e emoções negativas.³⁰

Dessa maneira, o dano moral consiste na lesão injusta e relevante ocasionada a determinados interesses não materiais, sem necessária equivalência econômica, protegidos pelo ordenamento jurídico, inerentes a personalidade do ser humano, podendo alcançar os valores e bens extrapatrimoniais reconhecidos a indivíduos, pessoas jurídicas e a coletividade.

2.2. Evolução Histórica

A origem da possibilidade de reparação dos danos morais é remota, acreditam alguns autores que ela teve início no Direito Romano, havendo resquícios

²⁹ Sergio Cavalieri Filho, Programa de Responsabilidade Civil, cit., pag. 80, conforme citado por Anderson Schreiber, na obra *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, 6.ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 2015.

³⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos a pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. cf. p.577.

também nos Códigos de Manu e Hamurabi e no Código de *Ur-Namum*, o mais antigo código conhecido³¹.

Segundo Wilson Melo da Silva, os romanos conheciam quatro tipos de delitos privados: *furtum*, *rapina*, *damnum injuria datum* e *injuria*³², caracterizando-se esta última como um ato voluntário ofensivo da honra ou da boa reputação do indivíduo. Historicamente existiam dois tipos de *injuria*; a real e a verbal. A *injuria* verbal era caracterizada por palavras escritas ou faladas, já a real era caracterizada por uma ação, por atos que consistiam em uma ofensa. Contra a *injúria* real o lesado tinha a sua disposição uma ação propiciada pela *Lex Cornelia*, contra a *injúria* verbal a ação de reparação era a *actio injuriarum aestimatoria*. Segundo esse jurista, a diferença entre elas estava no prazo prescricional. Para a *actio injuriarum aestimatoria* o prazo prescricional era de 12 (doze) meses, já para a ação com base na *Lex Cornelia* o prazo era de 30 (trinta) anos³³.

Com base na *actio injuriarum aestimatoria*, o ofendido reclamava uma soma em dinheiro arbitrada pelo juiz. Para que o arbitramento fosse feito era necessário que o ofendido, sob juramento, fizesse uma estimativa do dano. O ofendido ia a juízo descrevendo a lesão sofrida e reclamando uma indenização em dinheiro. O juiz, entendendo pela procedência do pedido, condenava o autor da lesão a ressarcir o lesado, no *quantum* pedido por ele ou em valor diverso.

A respeito da reparabilidade dos danos morais no Direito Romano há muitas divergências sobre o assunto, muitos autores entendem que a *actio injuriarum aestimatoria* era, na verdade, uma ação de natureza penal, posto que a indenização não era mais do que uma pena imposta ao culpado. Mas, Minozzi³⁴, que foi um grande defensor da existência de reparação dos danos morais no Direito Romano, entendia

³¹ SILVA, Américo Martins da. *O Dano Moral e sua Reparação Civil*. cf. p.65-66.

³² “O *furtum* consiste na apropriação da coisa alheia ou em sua utilização, em benefício próprio. Era delito privado, mas no período imperial tornou-se delito público. O *damnum injuria datum* é o prejuízo causado à coisa alheia, que empobrece a vítima, sem enriquecer seu autor. (CRETILLA JÚNIOR, 1996, p.308-313). A rapina: tirar pela violência. (FRANCISCO TORRINHA, 1939, P.918).

³³ SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e sua Reparação*. cf., p.18-20.

³⁴ SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e sua Reparação*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. Alfredo Mizzone, citado por Wilson Melo da Silva ao escrever sobre a evolução histórica dos danos morais.

que “mesmo que a indenização fosse chamada de pena ela era diferente das penas públicas, pois era devida ao lesado”.

Para os opositores da existência dos danos morais no Direito Romano “não havia no Direito Romano nenhum vestígio, nenhum germe do conceito do chamado ‘dano moral’ que se possa ressarcir”³⁵.

Além do Direito Romano, o direito canônico e o direito hebraico também apresentam indícios de reparação por danos morais segundo MARTINS DA SILVA:

o Direito Canônico, oriundo do sistema de normas reunidas no Código de Direito Canônico, também chamado de *corpus juris canonici*, que regula a organização da Igreja Católica e os deveres de seus fiéis, também aborda vários casos que consistem essencialmente danos morais, atribuindo-lhes a correspondente reparação.³⁶

Guerras e conflitos mundiais marcaram a história da humanidade, demonstrando que a valorização do indivíduo, em sua esfera moral, ficou a margem da sociedade ao longo dos tempos, de forma que, humilhações, violências e atrocidades eram cometidas contra os indivíduos que, em muitos casos, não recebiam nenhum tipo de respeito e principalmente reparação.

Dentre os grandes conflitos que assolaram o mundo, podemos citar a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), a Guerra Civil Russa (1918-1920), a Guerra Civil Espanhola (1936-1939), a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), a Guerra da Indochina (1946-1954), a Guerra da Argélia (1954-1962), a Guerra do Vietnã (1964,1975), a Guerra do Golfo (1990-1991), a Guerra do Afeganistão (2001), a Guerra do Iraque (2003), dentre outras.

A humanidade ao longo dos séculos buscou a valorização de seus atributos morais em virtude de guerras e movimentos que refletiram o sofrimento humano.

³⁵ SILVA, Américo Martins da. *O Dano Moral e sua Reparação Civil*. cf. p.73.

³⁶ *Ibid* p.85.

Durante a Revolução Industrial demonstrou-se uma série de abusos cometidos contra os trabalhadores que buscaram se libertar dos excessos cometidos pelos seus empregadores.

Além de revoluções, quando o ser humano buscava a igualdade, a liberdade e direitos justos, o contexto de guerras demonstrou que a honra era um valor totalmente desprezado em tempos de batalhas, a exemplo das duas Grandes Guerras Mundiais.

Contudo, com o fim da Segunda Grande Guerra Mundial, os direitos da personalidade ganharam destaque, com o advento da nova Declaração Universal dos Direitos Humanos, através da qual o respeito à dignidade humana passou a ser a tônica dos sistemas constitucionais e a partir de então, vários códigos passaram a dedicar um capítulo aos direitos da personalidade.

2.3. Direito Fundamental à Reparação do Dano Moral

2.3.1 Dano e a responsabilidade civil

A responsabilidade civil parte do posicionamento de que todo aquele que violar um dever jurídico através de um ato lícito ou ilícito, tem o dever de reparar, pois todos temos um dever jurídico originário, o de não causar danos a outrem e ao violar este dever jurídico originário, passamos a ter um dever jurídico sucessivo, o de reparar o dano que foi causado.

Classicamente, introduz-se o tema da responsabilidade civil pela análise dos pressupostos de indenizar. São pressupostos o ato ilícito, a ação ou omissão do agente, a culpa, o nexo de causalidade e o dano, seja ele material ou imaterial.

Analisaremos cada um dos requisitos brevemente.

As condutas humanas que venham a causar um dano são na maioria das vezes cometidas por uma ação que se origina de um fazer, ou seja, uma ação

voluntária que causa um prejuízo, dano ou lesão a alguém. Diferente da omissão onde temos um não fazer, uma pessoa que não age quando poderia e com isso permite que alguém diante de um risco ou uma situação de perigo venha a sofrer um dano ao patrimônio ou uma lesão a si própria.

O ato de ação ou omissão do agente é o fato gerador da Responsabilidade Civil. Caso a pessoa, física ou jurídica, que faça ou deixe de fazer algo que deveria ter feito e, com isto, deriva um determinado dano. O agente pode, portanto, praticar caso de ilicitude quando age ou quando se omite. Tal conclusão se alcança por meio da análise do artigo 186³⁷ do atual Código Civil, dispositivo que alberga condutas comissivas e omissivas.

O ato ilícito, especificamente é aquele praticado com infração de um dever legal ou constante em contrato, de que resulta dano para terceiro, portanto, existe a contrariedade a um dever jurídico, a ofensa a direito subjetivo, a infração de preceito legal que protege interesses alheios e o abuso de direito como geradores de ilicitude.

Quanto à culpa e ao nexo de causalidade, ambos têm recebido vasta atenção doutrinária por conta das inovações trazidas pela valorização da chamada culpa objetiva³⁸. É que se pode estudar a culpa a partir de dois ângulos: subjetivo e objetivo. Aquele está amplamente comprometido com o estado psicológico do sujeito, questionando-se acerca de sua diligência ao realizar determinada conduta. Por outro lado, a culpa objetiva pode ser inferida da ação concreta do sujeito, independentemente de culpa, protegendo-se, com isso, a vítima.

Sobre o nexo causal, considera-o Caio Mário da Silva Pereira³⁹ como “o mais delicado dos elementos da responsabilidade civil e o mais difícil de ser determinado”.

Para atribuir a responsabilidade a alguém é preciso verificar se há nexo causal, ou seja, se a conduta praticada pelo agente infrator está relacionada com o

³⁷ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

³⁸ Em determinados casos, desnecessário comprovar o referido vínculo (nexo).

³⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. cf. p.84.

dano que a vítima sofreu, se a resposta for sim, logo o agente causador responde pelo dano que causou a vítima, tendo que indenizar a vítima reparando seu erro, seja o dano de ordem material ou imaterial.

Ao final, faz-se necessária a análise do dano, que se notifica a partir da ofensa a um bem jurídico. Assim, em linhas gerais, o dano é a perda efetiva que o lesado sofreu, em consequência de certos fatos a ele não anotados, nos interesses que o direito violado ou a norma infringida visam tutelar.

Sabe-se que quando se atinge bens materiais do ofendido, resta determinado o dano patrimonial.

Todavia, o dano sofrido pode se identificar além do âmbito patrimonial. Pode configurar, destarte, o dano moral, cujo objeto de tutela se liga ao seu próprio fundamento constitucional, conforme se depreende da definição de Maria Celina Bodin de Moraes:

Constitui dano moral a lesão a qualquer dos aspectos componentes da dignidade humana – dignidade esta que se encontra fundada em quatro substratos e, portanto, corporificada no conjunto dos princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade.

Circunstâncias que atinjam a pessoa em sua condição humana, que neguem esta qualidade, serão automaticamente consideradas violadoras de sua personalidade e, se concretizadas, causadoras de dano moral a ser reparado⁴⁰.

A responsabilidade civil é, “na essência, a imputação do resultado da conduta antijurídica, e implica necessariamente a obrigação de indenizar o mal causado”⁴¹.

⁴⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos a pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. *Cf.* p. 327.

⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil v. 1. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 552.

Com a transgressão de um dever e a correspondente lesão a um direito alheio, o ofensor se torna obrigado a reparar o dano gerado à vítima, a fim de resgatar o equilíbrio e restabelecer o estado anterior à sua conduta⁴².

Juntamente com a conduta e com o nexo de causalidade, o fato danoso é um pressuposto ou elemento indispensável sem o qual não se pode cogitar a responsabilidade no âmbito cível.

O dano é definido como a lesão ou diminuição de um bem da vida protegido pelo Direito⁴³. Tradicionalmente, era considerado tão somente como a redução do patrimônio da vítima, isto é, a minoração do conjunto de relações jurídicas de uma pessoa traduzíveis em dinheiro.

Essa é a noção do que se entende hoje por dano patrimonial. O dano patrimonial ou material é aquele que pode ser medido monetariamente, abrangendo o que se perde de modo concreto e o que se deixa de ganhar.

Com os avanços legais, jurisprudenciais, e doutrinários, doravante delineados, consagrou-se no direito brasileiro o reconhecimento do dano moral, segunda espécie do gênero dano.

O dano moral (individual) identifica-se com a lesão de bens e atributos da personalidade humana⁴⁴. Tais bens e atributos constituem uma série de prerrogativas de proteção do ser humano, os direitos de personalidade.

A proteção da pessoa em sua integralidade é uma expressão do valor fundamental do ordenamento, a dignidade humana. O Direito Civil, após a Carta

⁴² Compete observar que a antijuridicidade nem sempre acompanha o dano e a obrigação de indenizar. Casos excepcionais há em que o indivíduo atua licitamente, mas vê-se obrigado a reparar outrem v.g. na hipótese de passagem forçada, na qual o dono do prédio encravado sem acesso a via pública, nascente ou porto tem de pagar indenização ao vizinho que lhe der passagem (art. 1.285, Código Civil de 2002). Cf. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. v. 3: responsabilidade civil. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 74.

⁴³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo, Malheiros, 2012. p. 77.

⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro v. 4: parte geral. 5 ed. São Paulo, Saraiva, 2010. p. 377.

Magna de 1988, precisa se conformar às diretrizes normativas inseridas no texto constitucional.

Trata-se do fenômeno da constitucionalização do direito, pelo qual, como ensina Barroso⁴⁵, a Constituição passou ser encarada antes como uma lente mediante a qual se devem interpretar todos os ramos jurídicos infraconstitucionais que como um sistema hermético. Nessa quadra, o avanço atual da jurisdição constitucional impõe a necessidade de que sejam feitas leituras das normas infraconstitucionais que contribuam, da melhor maneira possível, para a realização dos valores e fins subjacentes à Lei maior⁴⁶.

Luis Roberto Barroso⁴⁷ delinea as etapas de desenvolvimento da comunicação entre as esferas civil e constitucional.

Diz o autor que, no princípio, os dois sistemas funcionavam como “mundos apartados”: em tese, o Código Civil (a “Constituição do Direito Privado”), seguindo a milenar tradição romanística e representando os ideais individualistas da propriedade e do contrato, se encarregava de reger as relações entre os indivíduos; de outro lado, a Constituição incidia nas relações entre o indivíduo e o Estado, porém, via de regra, sua aplicabilidade não era direta, na medida em que dependia da interveniência da ação estatal.

E continua, dizendo que no estágio intermediário, ocorreu o processo de publicização do Direito Privado, marcado pelo advento de normas de ordem pública destinadas a fixar limites à autonomia da vontade, antes valorizada como absoluta. Nessa esteira, criaram-se instrumentos para adequar os contratos e a propriedade à sua função social e aos ditames da solidariedade.

E finalizou informando que no terceiro estágio, acentua-se o papel da Constituição na posição de núcleo da ordem jurídica, passando a funcionar como um

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista Quaestio Juris, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 1-48, 2006. p. 16.

⁴⁶ *Ibid.* p. 17.

⁴⁷ *Ibid.* p. 19-21.

filtro axiológico pelo qual tem de se submeter o direito civil, bem como todos os demais “Direitos”. Tal filtro constitui um arcabouço principiológico de cunho moralizante que permeia todo o ordenamento e inclui os imperativos de igualdade, razoabilidade, solidariedade, entre muitos outros.

Nesse cenário verificam-se transformações do ramo civil rumo às tendências de despatrimonialização e repersonalização. Através dessas tendências, enfatizou-se a importância de aspectos “espirituais” do bem-estar humano, em adição aos interesses econômicos.

2.3.2 Dignidade humana e os direitos fundamentais de personalidade

Após a Segunda Guerra Mundial, criou-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e a ideia de dignidade passou a ser positivada em documentos internacionais e nas constituições democráticas por todo o mundo⁴⁸. A atual Constituição Federal insere o Brasil nesse processo histórico de metamorfose da teoria jurídica ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República (art. 1º, III).

O princípio da dignidade da pessoa humana, pode ser caracterizado como à promoção de condições mínimas de existência a todo e qualquer ser humano, de modo que se assegure sua autonomia e seu valor distinto decorrente de sua humanidade.

Vale transcrever trechos do texto “Dignidade da Pessoa Humana”, constante do Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional, de redação de Guilherme Amorim Campos da Silva⁴⁹:

Apesar de a dignidade da pessoa humana ser conceito sujeito a múltiplas interpretações, há certo consenso, na doutrina, acerca de tratar-se de princípio de direito fundamental, o qual determina interpretação sobre os direitos da pessoa, revelando um *minimum* [sic]

⁴⁸ BARROSO. Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 251.

⁴⁹ SILVA, Guilherme Amorim Campos da. Dignidade da Pessoa Humana. In: DIMOULIS, Dimitri (coord.). Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional. 1 ed. São Paulo, Saraiva, 2007. p. 114.

jurídico invulnerável que todo estatuto político deve assegurar. O texto constitucional busca assegurar a possibilidade de o indivíduo encontrar meios para promover o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Para tanto, o indivíduo deve ter assegurada, para si, a possibilidade de autodeterminar seu destino, o que tem levado a doutrina a afirmar acerca da autodisponibilidade de exercício e fruição da dignidade da pessoa humana. [...]

Em síntese, definem o ser humano, na sua dignidade de pessoa, a igualdade, a liberdade, certos atributos como o direito fundamental à vida e outros (direito à intimidade, à honra, à própria imagem etc.), à subsistência em condições dignas. Encerra direito fundamental que põe a salvo o indivíduo contra qualquer violação por parte dos demais membros da coletividade e das instituições por eles controladas. Nesta dimensão, o Poder Judiciário se afiança como garantidor da observância dos limites de ação que o preceito encerra, conforme o texto do art. 5º, XXXV. O STF decidiu que “sendo fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, o exame da constitucionalidade de ato normativo faz-se considerada a impossibilidade de o Diploma Maior permitir a exploração do homem pelo homem” (RE 359.444, rel. Min. Carlos Velloso, DJ, 28-5-2004, p. 7).

O contexto profundamente humanista da nova ordem constitucional pautada na dignidade humana é o pano de fundo do fenômeno da valorização dos direitos de personalidade. Estes nada mais são que meios jurídicos de defesa dos caracteres inerentes e essenciais da pessoa, tais quais a honra, a autoria, a integridade física, a liberdade de pensamento, dentre outros.

Enfim, faz-se proveitoso lançar mão das palavras de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves, para os quais, “em síntese estreita, os direitos de personalidade estão, inexoravelmente, ligados ao desenvolvimento, caracterizando-se como garantia para a preservação de sua dignidade”⁵⁰.

Essa classe de direitos se volta à preservação da personalidade e, por sua natureza especial, ostentam os atributos de intransmissibilidade e irrenunciabilidade⁵¹,

⁵⁰ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 138.

⁵¹ A irrenunciabilidade constitui um verdadeiro “dogma” dentro da doutrina dos direitos de personalidade. Essa concepção, no entanto, dá origem a polêmicas indagações sobre o respeito à dignidade humana e os limites à autonomia individual quanto à escolha de diferentes modos de vida. O caso da auto exposição em redes sociais e da abdicação da própria intimidade em reality shows ilustram que a vedação renúncia de direitos de personalidade não é absoluta. Nesse sentido, cf. ROCHA, Rafael da Silva. *Autonomia Privada e Direitos de Personalidade*. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 30, p. 145-158, abr. 2011.

consoante o já mencionado artigo 11 do Código Civil, que proíbe a limitação voluntária do exercício desses direitos.

Além disso, estes se caracterizam pelos seguintes aspectos: absolutismo, imprescritibilidade; impenhorabilidade; não sujeição à desapropriação; e vitaliciedade⁵².

2.3.3 Reparação do dano moral como direito fundamental

O direito à reparação por dano moral foi positivado na Constituição Federal de 1988, art. 5º, incisos V e X, e no Código Civil de 2002, art. 186 – e, assim, consagrou-se como um direito fundamental direcionado a resguardar outros direitos fundamentais, ligados aos bens da personalidade.

Os direitos fundamentais ocupam uma posição preponderante na ordem político-constitucional. Constituem parâmetros de organização e de limitação dos poderes constituídos, sob pena de invalidade dos atos que os desatenderem⁵³.

A fundamentalidade material dos direitos fundamentais se embasa no conceito filosófico de dignidade. Desse modo, “os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana”⁵⁴.

Por isso, o binômio de que o preço estipulado não pode ser tão irrisório que não satisfaça a vítima, nem tão elevado que impossibilite o seu pagamento pelo ofensor.

O caráter fundamental do direito à indenização integral pelo dano moral repousa no fato de que tal direito confere efetividade de reparação aos bens da personalidade, ao se atribuir ao ofensor o dever de reparar esses bens tão

⁵² GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. Cit. p. 377.

⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 167.

⁵⁴ *Ibid.* p. 159.

substanciais à vida digna, é possível demonstrar que esses bens são devidamente escudados pelo Direito.

2.4. Evolução Doutrinária

A teoria de reparação dos danos morais nunca foi pacífica, durante longo período existiram embates doutrinários contra e a favor da reparação. Wilson Melo da Silva refere-se a oito objeções à reparação dos danos morais. São elas: falta de um efeito penoso durável; a incerteza de um verdadeiro direito violado; dificuldade de se descobrir a existência do dano; indeterminação do número de pessoas lesadas; impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro; imoralidade de compensar uma dor com dinheiro; ilimitado poder que se deve conferir ao juiz; impossibilidade jurídica de se admitir a reparação.⁵⁵

A essas oito objeções, os autores costumam acrescentar uma nona: o enriquecimento sem causa ou ilícito da vítima. Como bem observa Wilson Melo da Silva, este argumento não pode ser considerado. A vítima em qualquer caso sempre há de preferir o retorno das coisas ao seu estado anterior, a ter que conviver com sua dor, seu sofrimento. Além disso, “no dano moral, a indenização que se manda pagar a vítima nunca é sem causa. É ela consequência de verdadeiro dano, de real apoucamento ao patrimônio espiritual do lesado”⁵⁶. Por outro lado, sendo prestação de indenizar uma prestação acessória, o titular do direito de exigi-la tem, em primeiro lugar, de forçar o devedor ou o agente causador do dano ao seu cumprimento.

Brevemente, são necessários apontamentos acerca das objeções ao dano moral apontadas pelo autor.

Quanto a primeira, “falta de um efeito penoso durável”, por óbvio não podemos pensar que o dano, mesmo que momentâneo, não deva ser compensado, inclusive não é esse o entendimento da Constituição Federal, que protege a reparação integral do dano, não fazendo qualquer menção a duração.

⁵⁵ SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e sua Reparação*. cf., p.336-337.

⁵⁶ *Ibid*, p.583.

Em relação a segunda objeção apontada, temos “a incerteza de um verdadeiro direito violado”, o direito existe e é tutelado pela Carta Magna e legislação infraconstitucional, em especial reafirmamos o constante no artigo 186⁵⁷ do Código Civil quanto a responsabilização em decorrência de dano, no citado artigo é explícito a necessidade de indenização do dano, “ainda que exclusivamente moral”.

Acerca da terceira objeção apontada, “quanto a dificuldade de se descobrir a existência do dano”, esse é um dos pontos centrais discutidos, a avaliação da existência e sua quantificação, no entanto, qualquer dificuldade não pode ser objeção a existência de dano e sua conseqüente necessidade de reparação/compensação.

Outra objeção (quarta) apontada é a “indeterminação do número de pessoas lesadas”, essa objeção vai em caminho oposto ao apresentado pela Lei de Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor, uma vez que estes dois institutos, expressamente conceituam e protegem a coletividade (direitos difusos e coletivos) tudo em conformidade com a Carta Magna, portanto a indeterminação ou a indivisibilidade do dano e sua conseqüente reparação não pode ser óbice a existência do dano.

Nova objeção (quinta) apontada é quanto a “impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro”, como já apontado, dificuldades não podem ser empecilhos na busca pela justiça social, por óbvio, uma reparação pecuniária de danos morais é muito simples de ser apresentada e quantificação de uma contaminação de lençol freático é quase impossível de ser mensurado, mas a dificuldade de mensuração não deverá ser como dito um empecilho para que o causador do dano seja devidamente punido.

Outra objeção (sexta) apontada é quanto uma suposta “imoralidade de compensar uma dor com dinheiro”, concluímos não existir imoralidade na compensação, uma vez que, não havendo outra forma de fazê-lo, é o que se pode utilizar, ou seja, além de outras formas de punição que serão apresentadas no decorrer da dissertação, a forma pecuniária não deve ser deixada de lado, deve existir.

⁵⁷ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Quanto a sétima objeção, “ilimitado poder que se deve conferir ao juiz”, entendemos que, o livre arbítrio do juiz é extremamente perigoso e sem critérios, no entanto, como nos outros pontos discutidos, o grande poder do judiciário não pode e não deve ser óbice para a caracterização e a consequente indenização.

Em relação a última (oitava) objeção apresentada, a “impossibilidade jurídica de se admitir a reparação”, como apontado na discussão acerca da quarta objeção, essa objeção vai em caminho oposto ao apresentado pela Lei de Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor, uma vez que estes dois institutos, expressamente conceituam e protegem a coletividade (direitos difusos e coletivos) tudo em conformidade com a Carta Magna.

Entre os que não admitiam a indenização dos danos morais, e os que admitiam a plena reparação, existiram os que só admitiam sua reparação nos seus reflexos patrimoniais. Por vezes, um dano moral pode repercutir na esfera patrimonial do lesado. Essa teoria limitativa da reparação dos danos morais foi de grande importância para que se chegasse à teoria da reparação plena.

Nos dias atuais, tem prevalecido, no exterior, a tese da reparabilidade plena, existindo em alguns países expressa previsão legal, entre eles, podemos citar o Código Civil alemão, o argentino, o mexicano, o italiano, o peruano, etc.. No Brasil, também prevalece a teoria da plena reparação, principalmente após a Constituição Federal de 1988 que considerou os danos morais indenizáveis. Mas, essa noção de reparabilidade dos danos morais não é recente no Brasil. Segundo Bittar⁵⁸, ela está presente em nosso Código Civil de 1916 e em disposições anteriores a ele. Entre elas, podemos mencionar as seguintes disposições do Código Civil: o art. 1.547, que trata da indenização por injúria ou calúnia, e o art. 1.548, que regula o direito à indenização da mulher agravada em sua honra.

De acordo com Martins da Silva⁵⁹, essa noção vem desde as Ordenações do Reino, passando pela Consolidação das Leis Cíveis de Teixeira de Freitas, pelo

⁵⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 352p.

⁵⁹ SILVA, Américo Martins da. *O Dano Moral e sua Reparação Civil*. cf. p.155-160.

Código Penal de 1890, que em seu art. 276 assegurava à mulher uma prestação pecuniária como forma de reparar o dano sofrido, nos casos de atentado à sua honra, e pela Lei n.º 2.681, de 07 de dezembro de 1912, que previa expressamente a indenização por danos morais à vítima e aos seus parentes, no caso de morte (arts. 21 e 22). Mas, apesar de existirem algumas disposições legais que admitiam a reparabilidade, a doutrina e a jurisprudência brasileiras nem sempre entenderam neste sentido, tendo muitas vezes adotado a teoria de não indenizabilidade dos danos morais.

É o caso da decisão proferida pelo juiz de Bebedouro, São Paulo, em 08/07/1915, Érico Vieira de Almeida:

“A noção de delito é restrita ao fato, ou omissão, de que resulta, ou pode resultar, dano ao patrimônio do ofendido, uma vez, porém, que o delito criminal não resulte dano apreciável em dinheiro. Neste caso cessa a competência da lei civil, cuja alçada, neste particular, é restrita á tutela dos direitos patrimoniais, e que, nos delitos criminais, que dão lugar à reparação do dano, deve este ser calculado simplesmente na razão da maior ou menor perda que do fato criminoso tenha resultado aos bens ou interesses do ofendido.”⁶⁰

Assim, com a publicação da Constituição Federal de 1988, dúvida não resta sobre a indenizabilidade dos danos morais, qualquer tipo de discussão pertence agora ao passado. O que se pode discutir são critérios mais precisos para sua configuração e indenização.

⁶⁰ SILVA, Américo Martins da. *O Dano Moral e sua Reparação Civil*. cf. p.162.

CAPITULO III

ASPECTOS GERAIS ACERCA DO DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO

3.1. Introdução

Após uma contextualização do tema dano moral, passaremos a discutir o tema central do trabalho, o dano extrapatrimonial coletivo.

A valorização e o reconhecimento crescente dos interesses de dimensão transindividual são resultados da transformação sofrida pela sociedade, a partir do século XX, com destaque para as consequências da forte expansão industrial e comercial e dos problemas gerados pela desigualdade social em um cenário de visível opressão econômica, como também pela busca da efetividade do sistema de proteção à dignidade da pessoa humana e à coletividade, previstos na Constituição de 1988.

É exatamente nesse panorama que se coloca a questão do dano extrapatrimonial coletivo, como forma de tutela desses direitos e interesses difusos e coletivos. Nesse sentido, a relevância do presente estudo se dá não só pela abordagem coletiva da proteção da pessoa humana, mas em virtude da crescente ocorrência de lesões e da necessidade de uma adequada resposta do ordenamento e sistema jurídico aos seus violadores, de forma a proporcionar uma justa reparação, que, na maioria das vezes, é representada por uma quantia pecuniária arbitrada por um magistrado.

Esse é o problema central que será enfrentado, a ausência de clareza dos critérios utilizados pelos magistrados para o arbitramento e quantificação do dano moral coletivo, gerando decisões desarrazoadas e insegurança jurídica.

O desafio proposto é, assim, investigar e analisar critérios objetivos de quantificação e as funções que exercem na reparação, ressaltando a extrema necessidade de sua previsão nas decisões judiciais, de modo que sejam pautados também em observância aos princípios constitucionais, para que possibilite a justa reparação do ilícito ocorrido.

Desta forma, por meio do presente trabalho, investigar-se-á, também, a inegável importância da reparação do dano extrapatrimonial coletivo para a sociedade, compreendendo o seu diferenciado sistema de aplicação para uma condenação eficaz.

Assim é que serão demonstradas as bases para a aceitação do dano extrapatrimonial da coletividade, e, também apresentar-se-á a proposta de solução, que possui como norte a perspectiva civil-constitucional, em que se reconhece a incidência das normas constitucionais nas relações privadas como garantia da unidade do sistema. Ao final, serão apresentadas, de forma crítica e propositiva, as formas de que o ordenamento jurídico dispõe para a reparação dessa espécie de danos, bem como critérios consagrados pela doutrina e pela jurisprudência que auxiliam o juiz na intrincada tarefa de arbitrar o montante da indenização dos danos extrapatrimoniais coletivos, problema este igualmente existente nos danos individuais.

O chamado dano extrapatrimonial coletivo constitui mais uma etapa no evolutivo tratamento doutrinário e jurisprudencial que tem sido dispensado ao dano moral no direito brasileiro.

Recentemente, o assunto está provocando significativa repercussão na jurisprudência e atraindo a atenção da doutrina.

3.2 Terminologia

Os bens e valores jurídicos não patrimoniais compõem uma esfera de interesse a ser protegido pelo ordenamento jurídico, tendo recebido diferentes expressões para apontar os mesmos tipos de danos. A expressão consagrada é “dano moral”, porém ao seu lado encontram-se muitas outras, como “dano extrapatrimonial”; “dano não patrimonial”; “dano imaterial”; “prejuízos morais”; e “agravo moral”, dentre outros possíveis.

Como será observado na conclusão, o termo usual “dano moral coletivo” é inadequado para a correta aplicação do instituto.

Concluimos que as expressões que utilizam o vocábulo “moral” ficam ligadas aos direitos de personalidade e aos sentimentos inerentes ao ser humano, deixando desprotegida uma gama de direitos da pessoa jurídica e em especial da coletividade.

Independentemente da denominação que se queira utilizar, estamos nos referindo ao mesmo grupo de direitos, servindo o conhecimento das diferentes expressões usadas apenas para uma rápida identificação destes direitos.

3.3 Evolução Histórica

O conceito de dano moral, já foi e continua sendo objeto de estudo pela doutrina nacional e estrangeira, havendo uma variedade de definições e indagações, porém, ainda persistem inúmeras dúvidas sobre sua configuração, natureza jurídica, formas de reparação, dentre diversas outras dúvidas.

O tema é dos mais explorados, já existe muito conteúdo produzido, no entanto, sem ainda uma unanimidade quanto as formas de reparação, especialmente no que diz respeito às coletividades de pessoas e mesmo às pessoas jurídicas, apesar destas últimas receberem tratamento em boa parte da doutrina que estuda o tema, ainda que de forma sucinta.

Para bem compreender o instituto do dano moral, faz-se necessária uma abordagem histórica e conceitual do assunto para, a partir de então, podermos ingressar na temática do dano extrapatrimonial coletivo.

Ressalte-se que a doutrina e a jurisprudência têm papel de destaque na construção do instituto do dano extrapatrimonial e sua reparação.

A evolução do dano moral no Brasil passou por fases em que, do surgimento a sua consolidação, passaram-se décadas de intensa produção acadêmico-científica a respeito, bem como debates calorosos na doutrina e nos tribunais.

O marco divisor do tratamento dado ao instituto do dano moral é a Constituição da República de 1988, sendo que o período que a antecede e o que a sucede são nitidamente díspares.

No que se refere ao primeiro período, podemos apontar dois momentos importantes, um anterior e outro posterior ao Código Civil de 1916. Em relação ao segundo período, destaca-se a introdução no ordenamento jurídico pátrio da Lei n.º 10.406 de 2002.

As normas anteriores ao Código Civil de 1916 eram esparsas, sendo que a Lei n.º 2.861, de 1912, que versava sobre a responsabilidade civil das estradas de ferro, em seu art. 21, estabelecia a reparação por danos extrapatrimoniais, em especial nos casos de deformidade ou lesão corpórea.

Como regra, as disposições esparsas deste período, que diziam respeito aos danos extrapatrimoniais, ficavam ligadas a uma indenização quando o dano afetava também o patrimônio da vítima, ou então simplesmente não estabeleciam a reparação do dano moral.

O Código Civil de 1916, não fez menção expressa à reparação do dano moral, no entanto, o art. 159 do referido diploma legal apresentava termos como “dano” e “prejuízo” sem adicionar ou impor limites, inclusive de natureza moral, como se pode perceber claramente da redação utilizada:

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.521 a 1.532 e 1.542 a 1.553.⁶¹

A interpretação do dispositivo legal acima possibilitava estender o alcance da norma também para os danos morais, porém a construção do pensamento jurídico sobre o tema, reconhecendo sua aplicabilidade também neste tipo de lesão, foi

⁶¹ BRASIL. Código Civil. Lei n. 3.073, de 1ª de janeiro de 1916. Legislação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm Acesso em: 19 de nov. 2018.

gradual e mais notável na doutrina do que na jurisprudência. A visão era mais negativista do que afirmativa dos danos morais dentro do ordenamento jurídico pátrio.

Todavia, outro dispositivo do Código Civil brasileiro de 1916 que permitia uma interpretação sistemática de modo a aceitar o dano moral e a sua reparação é o art. 76, o qual estabelecia que “para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral”.

Art. 76. Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral.

Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou á sua família.⁶²

Outros artigos do Código Civil de 1916, diferentemente do art. 159, que consistia em uma regra geral, dispunham de forma específica sobre danos imateriais, ou seja, sem qualquer vinculação ao patrimônio do ofendido. É o caso dos arts. 1.539, 1.543, 1.545, 1.547, 1.548 e 1.549.

Art. 1.539. Se da ofensa resultar defeito, pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua o valor do trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Art. 1.543. Para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa (art. 1.544), estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contando que este não se avanteje àquele.

Art. 1.545. Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento.

Art. 1547. A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se este não puder provar prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grão máximo da pena criminal respectiva (art. 1.550).

Art. 1.548. A mulher agravada em sua honra tem direito a exigir do ofensor, se este não puder ou não quiser reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente à condição e estado da ofendida:

I. Se, virgem e menor, for deflorada.

II. Se, mulher honesta, for violentada, ou aterrada por ameaças.

III. Se for seduzida com promessas de casamento.

IV. Se for raptada.

⁶² BRASIL. Código Civil. Lei n. 3.073, de 1ª de janeiro de 1916. Legislação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm Acesso em: 19 de nov. 2018.

Art. 1.549. Nos demais crimes de violência sexual, ou ultraje ao pudor, arbitrar-se-á judicialmente a indenização.⁶³

A partir da promulgação da Constituição da República de 1988, o instituto do dano moral passa a receber um novo tratamento, isso porque, tanto no plano individual quanto no coletivo, a proteção à pessoa humana assume novas feições, muito mais amplas, de modo a assegurar a dignidade. E para que não restassem dúvidas sobre a reparação integral dos danos, o constituinte apresentou dois preceitos expressos, inseridos no artigo 5º, que versa sobre os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, a saber:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;⁶⁴

Dessa forma, a reparação dos danos morais passou a ser irrestrita, com fundamento constitucional, inclusive em seu âmbito coletivo.

A afirmação quanto a possibilidade de reparação irrestrita a partir da Constituição Federal de 1988 nos induz ao pensamento de que quaisquer discussões acerca do instituto foram encerradas, o que não é verdade, pois, como já mencionado, mesmo com várias discussões acerca do tema, dois pontos apenas não encontram controvérsia, a possibilidade de reparação dos danos morais e sua conceituação, no entanto, a questão da indenização é o maior problema que ainda hoje deve ser enfrentado.

⁶³ BRASIL. Código Civil. Lei n. 3.073, de 1ª de janeiro de 1916. Legislação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm Acesso em: 19 de nov. 2018.

⁶⁴ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Legislação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 19 de nov. 2018.

Parelho com a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002, estabeleceu a obrigação de indenizar em decorrência do dano moral, sendo característica a reparação integral do dano.

Os arts. 186 e 927 do Código Civil, combinados, trazem expressamente a possibilidade de responsabilidade civil, inclusive quando se tratar de dano moral:

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

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.⁶⁵

A legislação civil atual pôs fim ao individualismo que caracterizava o Código de 1916, estendendo seu alcance ao âmbito social e coletivo, reafirmando a proteção aos direitos patrimoniais, mas tutelando agora também a pessoa e a sua personalidade.

3.4. Da Reparação Do Dano

A reparação do dano moral tem como primeira função o caráter compensatório, em que, pela condenação, busca-se tentar recompor ou minimizar os efeitos danosos da conduta ilícita.

Porém, é importante frisar que não se trata de indenização, pois este termo refere-se à uma volta ao estágio inicial, ou seja, que não sofreu dano ou prejuízo. A característica central do dano imaterial consiste na própria impossibilidade de se recompor o estado original, sendo que uma vez sofrido o dano, a dor sofrida pode levar muito tempo para desaparecer. E não será uma punição pecuniária que restaurará o estado anterior, ela apenas servirá como forma de atenuar a dor sofrida,

⁶⁵ BRASIL. Código Civil. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Legislação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 19 de nov. 2018.

confortando a vítima. Maria Celina Bodin de Moraes, ao analisar o uso do termo “indenizar” pela doutrina e mesmo pela Constituição da República, pondera:

Aquele que sofre um dano moral deve ter direito a uma satisfação de cunho compensatório. Diz-se compensação, pois o dano moral não é propriamente indenizável; “indenizar” é palavra que provém do latim, *in dene*, que significa devolver (o patrimônio) ao estado anterior, ou seja, eliminar o prejuízo e suas consequências – que, evidentemente, não é possível no caso de uma lesão de ordem extrapatrimonial. Prefere-se, assim, dizer que o dano moral é “compensável”, embora o próprio texto constitucional, em seu artigo 5º, X, se refira à “indenização” do dano moral.⁶⁶

O valor recebido a título de danos morais poderá ser usado, a critério da vítima, para comprar ou pagar algo de modo a gerar sentimentos capazes de reduzir aquele outro nascido pela conduta danosa.

Outra função da condenação por dano moral é a penal ou punitiva, que consiste numa medida moralizadora e sancionadora, em que o ofensor vê atingido seu patrimônio, com sua conseqüente diminuição, pondo fim a um sentimento natural de vingança do ser humano, e causando um impacto suficiente para que o ofensor não volte a praticar esta mesma conduta danosa novamente.

Efetivamente quanto a reparação, o princípio da reparação integral do dano garante que a responsabilidade civil alcance todas as espécies de danos, a fim de se manter a paz e harmonia social, além do equilíbrio jurídico.

Diversos dispositivos do Código Civil de 2002 reforçam a tese da reparação integral do dano.

Nessa medida, estão o art. 12, que garante a indenização plena por perdas e danos na hipótese de lesão a direito de personalidade; o art. 52, que estende a proteção dos direitos extrapatrimoniais às pessoas jurídicas, e os arts. 927, 941, 946, 948, 949, 950, 952, 953 e 954, que atribuem ao juiz a fixação do valor da condenação, mediante arbitramento consubstanciado na equidade e na razoabilidade.

⁶⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos a pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 145.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Art. 941. As penas previstas nos arts. 939 e 940 não se aplicarão quando o autor desistir da ação antes de contestada a lide, salvo ao réu o direito de haver indenização por algum prejuízo que prove ter sofrido.

Art. 946. Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar.

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

Art. 952. Havendo usurpação ou esbulho do alheio, além da restituição da coisa, a indenização consistirá em pagar o valor das suas deteriorações e o devido a título de lucros cessantes; faltando a coisa, dever-se-á reembolsar o seu equivalente ao prejudicado.

Parágrafo único. Para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa, estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contanto que este não se avante àquele.

Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.

Art. 954. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se

este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.

Parágrafo único. Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal:

I - o cárcere privado;

II - a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé;

III - a prisão ilegal.⁶⁷

O dano moral deve ser reparado por meio de uma compensação pelo prejuízo sofrido pela vítima. E não havendo outro meio de se compensar tal dano, deve-se impor o pagamento, pelo ofensor à vítima, de um valor em dinheiro.

Atingir o patrimônio do ofensor é o meio mais utilizado, não necessariamente o melhor, para efetivar a reparação pela lesão ocasionada. Ainda que não se possa voltar ao estado anterior, tornando indene o prejuízo, o pagamento de soma a ser fixada pelo juiz possibilita uma atenuação psicológica dos efeitos lesivos do dano, além de ser uma resposta possível do ordenamento jurídico.

3.5. Do Sujeito Passivo Da Reparação Do Dano

A responsabilidade pela reparação do dano extrapatrimonial coletivo, a primeira vista é direta, ou seja, imputada aquele que praticou ou causou o dano, independentemente de culpa.

Assim, o dever de reparar recairá sobre pessoas físicas e jurídicas e até mesmo sobre entes não personalizados.

Entende-se também, que como o dever de indenização (responsabilidade) é objetivo, recairá sobre a pessoa jurídica mesmo sendo de direito público.

Pessoas jurídicas de direito público são aquelas determinadas no artigo 41 do Código Civil, quais sejam a “União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, os Municípios, as autarquias, inclusive as associações públicas, as demais entidades de caráter público criadas por lei”.

⁶⁷ BRASIL. Código Civil. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Legislação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 19 de nov. 2018.

As pessoas jurídicas de direito público, como mencionado, não são excluídas quanto a responsabilização quando da ocorrência de danos extrapatrimoniais coletivos.

Inicialmente, invoca-se o preceito do art. 37⁶⁸, §6º da Constituição Federal, dispondo que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Da leitura do parágrafo do referido artigo concluímos que quando da referência ao termo “dano”, não existem restrições conceituais, sendo assim estendido a todas as suas facetas, material ou moral, individual ou coletivo, bem como quando da menção a vítima do dano, a Constituição apenas menciona o termo “terceiros”, o que alcança a pessoa física, jurídica ou a coletividade.

Assim, é constitucional a responsabilização jurídica dos entes públicos.

Ocorre que, quando analisamos a responsabilização do poder público perante os danos causados a coletividade, estaremos diante de um grande impasse, o valor a ser pago a título de compensação pecuniária deverá sair de uma determinada conta contábil que provavelmente fará falta frente a algum tipo de investimento público.

Não estamos apontando aqui que caso o poder público venha a causar danos extrapatrimoniais coletivos, que o ente não deva ser condenado, uma vez que existe a necessidade da existência da função sancionatória-preventiva, bem como da reparação aos danos ocasionados.

Portanto, o poder público, caso venha a ocasionar danos extrapatrimoniais coletivos, deve fazer parte da relação jurídica, deve ser condenado a reparar os danos

⁶⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto et al. 27ª ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2001.

ocasionados, deve ser condenado a uma “contrapropaganda”, reparação pública quanto aos danos causados, mas, não deve ser condenado a qualquer valor pecuniário a ser depositado em algum fundo ou ser revertido a alguma entidade específica, uma vez que os valores condenatórios sairiam do orçamento que provavelmente seria retirado de alguma outra parcela da população.

3.6. Da Quantificação Do Dano

Quase que na totalidade dos casos, a reparação do dano moral é feita por meio de pagamento de soma em dinheiro, ante a impossibilidade da reparação natural do dano, assim, com a compensação, busca-se a função de neutralizar ou atenuar as consequências negativas impostas pela conduta lesiva.

Uma vez que não se pode fixar soma equivalente ao prejuízo sofrido, como ocorre no dano material, o valor a ser pago pelo ofensor, nesse caso, tem que ser arbitrado pelo juiz, razão de inúmeras controvérsias, devendo – se levar em conta inúmeras variáveis, somente analisáveis no caso concreto. Nesse sentido, aduz Xisto Tiago de Medeiros Neto:

Há de ser destacado, outrossim, o compreensível grau de complexidade presente no dimensionamento, em dinheiro, do quantum correspondente à reparação do dano moral por força das diversas variantes que se revelam, caso a caso, quando se cuida de bens ideais, extrapatrimoniais, ínsitos à esfera da dignidade humana da vítima, a exigir do juiz, pois, redobrado senso de observação e equidade.⁶⁹

Antes do advento da Constituição da República de 1988, a corrente que negava a possibilidade de reparação por danos morais argumentava exatamente a falta de critérios para se dimensionar economicamente o dano como óbice a reparação, bem como não era entendimento dominante a possibilidade de ressarcimento sem a existência de danos materiais⁷⁰.

⁶⁹ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. Dano moral coletivo. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 78.

⁷⁰ Foi somente em 1992, posterior a Constituição Federal de 1988 que o STJ entendeu ser possível a cumulação de danos morais e danos materiais oriundas do mesmo fato, conforme súmula 37 da citada corte.

Todavia, já analisamos que o ordenamento jurídico atual não só prevê a reparação do dano moral, como também a estendeu à pessoa jurídica, conforme a súmula 227 do STJ⁷¹ e à coletividade, e atribuiu o princípio da reparação integral do dano.

As normas que tabelam os danos morais ou que fixam valores mínimos e máximos são, na mesma linha do entendimento do STF, inconstitucionais⁷², por ferirem o princípio da efetiva reparação de danos, podendo gerar até mesmo um efeito inverso e contrário à paz e harmonia social.

O legislador infraconstitucional positivou diversos critérios que a doutrina apontava como necessários para a determinação do *quantum* indenizatório.

Atualmente, em especial com a Reforma Trabalhista, Lei nº 13.467/2017, novamente fora instituído tabelamento legislativo.

O artigo 223-G⁷³ da atual CLT aponta diversos critérios que os juízes devem considerar ao apreciar os pedidos.

⁷¹ BRASIL. Súmulas do Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf. Acesso em: 20 de nov. 2018

⁷² A Lei de Imprensa, Lei n.º 5.250/67, em seus arts. 51 e 53, tabelava as indenizações a serem pagas pelos jornalistas no caso de condutas lesivas. A súmula 281 do STJ de 2004 determinou que “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”. A Lei de Telecomunicações, Lei. n.º 4.117/62, em seu art. 84, já revogado, também apresentava uma tabela, balizando a indenização por danos morais entre cinco e cem salários mínimos. A revogação ocorreu por uma lei de 1967, onde resta claro que desde a essa época, balizar valores de indenizações de “sentimentos” não é fácil, senão impossível sem a análise do caso concreto.

⁷³ Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

- I - a natureza do bem jurídico tutelado;
- II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação;
- III - a possibilidade de superação física ou psicológica;
- IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;
- V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;
- VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;
- VII - o grau de dolo ou culpa;
- VIII - a ocorrência de retratação espontânea;
- IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa;
- X - o perdão, tácito ou expresso;
- XI - a situação social e econômica das partes envolvidas;
- XII - o grau de publicidade da ofensa.

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

- I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;
- II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;
- III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

Luiz Antonio Rizzatto Nunes⁷⁴ sugere alguns critérios para fixar o quanto devido a título de dano moral, considerando os princípios constitucionais que garantem a inviolabilidade aos bens extrapatrimoniais, quais sejam:

- a) natureza específica da ofensa sofrida;
- b) a intensidade real, concreta, efetiva do sofrimento do ofendido;
- c) a repercussão da ofensa no meio social em que vive o ofendido e também sua posição social;
- d) a existência de dolo por parte do ofensor, na prática do ato danoso, e o grau de sua culpa; e) a situação econômica do ofensor;
- f) a capacidade e a possibilidade real e efetiva de o ofensor voltar a praticar e/ou vir a ser responsabilizado pelo mesmo fato danoso;
- g) a prática anterior do ofensor relativa ao mesmo fato danoso, ou seja, se ele já cometeu a mesma falta;
- h) as práticas atenuantes realizadas pelo ofensor visando diminuir a dor do ofendido.

A partir desses critérios, segundo o autor, o julgador, ao arbitrar o valor do dano moral, poderá efetivamente minimizar os efeitos danosos da conduta do ofensor.

A citada lei que determinou a alteração da legislação trabalhista, da mesma forma como anteriormente mencionado em relação a já revogada lei de imprensa, trata-se de dispositivo inconstitucional.

Na mesma linha da pesquisa, a Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) ajuizou, no Supremo Tribunal Federal (STF), a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5870, com pedido de medida cautelar, contra dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), alterados em decorrência da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017) e, posteriormente, pela edição da Medida Provisória (MP) 808/2017. Os dispositivos questionados (incisos I a IV do parágrafo 1º do artigo 223-G da CLT) estabelecem limites para a fixação de valores da indenização por dano moral decorrente da relação de trabalho. Para a entidade, a lei não pode impor limitação ao Poder Judiciário para a fixação de indenização por dano moral, sob pena de limitar o próprio exercício da jurisdição.

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

§ 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.

§ 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.

⁷⁴ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2ª ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 72.

Além disso, na fundamentação da ADIN, a Anamatra explica que o STF, quando declarou a inconstitucionalidade da Lei de Imprensa (ADPF 130⁷⁵), firmou jurisprudência no sentido de que o dano decorrente da ofensa praticada pela imprensa não poderia ficar limitado, para fins de indenização, a valores previamente fixados em lei. Em um dos fundamentos apresentados, a questão em debate é semelhante. “Se a tarifação da indenização por dano moral decorrente de ofensa à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas é inconstitucional, a tarifação da indenização por dano moral decorrente da relação de trabalho, também se mostra inconstitucional”.

No mesmo sentido da (ADI) 5870, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizou no STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6069, também questionando o tabelamento do tarifamento legislativo criado pela reforma trabalhista. A OAB argumenta que os artigos 223-A e 223-G, parágrafos 1º e 2º, da CLT criaram “uma espécie de tarifação para o pagamento de indenização trabalhista, utilizando como parâmetro o último salário contratual do ofendido”.

Sobre o arbítrio jurisdicional, Ronaldo Alves de Andrade⁷⁶ diz:

Como é intuitivo, ante a inexistência de critério legal para valorar o dano moral, ao juiz é dado o poder discricionário para a valoração de dano de tal espécie, entretantes, isso não importa dizer que as partes estão sujeitas à arbitrariedade do juiz, pois a liberdade do juiz para valorar o dano moral, a exemplo do que ocorre com o princípio de direito processual da livre apreciação da prova, encontra limitação na obrigação do juiz de motivar a sua decisão [...]

Ainda sobre o arbítrio jurisdicional, temos que considerar um importante ponto, a impossibilidade de o magistrado julgar além dos pedidos feitos em inicial, seja em ações individuais, seja em ações coletivas.

⁷⁵ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>

⁷⁶ ANDRADE, Ronaldo Alves de. Dano moral à pessoa e a sua valoração. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 47.

O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte, é o que determina o artigo 141⁷⁷ do Código de Processo Civil.

Sendo assim, é vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado, novamente conforme o determinado pelo atual Código de Processo Civil em seu artigo 492⁷⁸.

Notória causa envolvendo danos morais arbitrados judicialmente é a Reclamação n.º 13.200 - GO (2013/0197835-7).

Na referida reclamação onde são partes o Banco Bradesco S.A. e uma pessoa física, o banco, em face de acórdão proferido pela Segunda Turma Julgadora Mista dos Juizados Especiais do Estado de Goiás. Segundo a inicial, Roberto Ferreira Araújo ajuizou ação de indenização por danos morais em face do banco, perante o Primeiro Juizado Especial Cível da Comarca de Goiânia, por ter permanecido em fila bancária para atendimento por mais de 30 (trinta) minutos.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido, condenando o Banco Bradesco S.A. a pagar ao autor a importância de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) a título de danos morais, a ser atualizado pelo índice de correção INPC, desde a data da sentença, e incidência de juros de 1% (um por cento) ao mês, a partir do evento danoso.

As partes, então, interpuseram recurso inominado, tendo a Segunda Turma Julgadora dos Juizados Especiais de Goiânia, de forma unânime, dado provimento ao recurso do autor, para majorar o valor do dano moral para R\$ 2.500,00, e negado provimento ao recurso da instituição financeira. Outrossim, de ofício, a Turma Julgadora aplicou condenação de R\$ 15.000,00 a título de dano social.

⁷⁷ Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

⁷⁸ Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

RECURSO INOMINADO. ESPERA EM FILA DE BANCO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DEMONSTRADA. QUANTUM. DANO SOCIAL. FIXAÇÃO EX OFFICIO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. 1. Por se tratar de relação de consumo, aplica-se a inversão do ônus da prova, consoante determina o Código de Defesa do Consumidor. Cumpria ao requerido comprovar que o requerente não permaneceu durante cinquenta e três minutos à espera de atendimento. Como assim não procedeu, merece crédito as alegações do recorrido, que se viu obrigado a permanecer por todo esse tempo na fila do Banco, no dia 17/01/2011, segunda-feira. 2. Em dia como esse, a Lei municipal de Goiânia tolera até 20 minutos como tempo razoável para atendimento do consumidor, de modo que o autor acabou tendo que esperar muito mais do que esse tempo. 3. O desgaste decorrente do tempo excessivo em fila de agência bancária ultrapassa a linha do mero aborrecimento para residir no campo do dano moral, podendo alcançar até o dano material, desde que devidamente comprovado. 4. O paliativo da dor moral deve ser fixado sem excessos, evitando-se o enriquecimento sem causa da parte atingida pelo ato considerado lesivo e significando medida profilática à prática de novas abusividades pelo ofensor.

Nesse aspecto, merece reforma o decisum fustigado, pelo que majoro a condenação pelos danos morais sofridos para R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais). 5. Ademais, verifica-se também a ocorrência de outro dano, embora a título diverso e com outro destinatário – sem violação do princípio da congruência, em face da locução latina da *mihi factum, dabo tibi jus* –, uma vez que a narrativa dos fatos, o pedido deduzido em juízo e a prova documental acostada, permitem fixar indenização a título de dano social. 6. O juiz está legitimado a estender o âmbito da decisão mesma *absent parties*, ou precisamente erga omnes. Não representa reformatio in pejus, porquanto trata-se de condenação *ex officio*, pelo órgão revisor. 7. É garantido ao juiz a possibilidade de proferir decisão alheia ao pedido formulado, visando a assegurar o resultado equivalente ao do adimplemento, conforme o art. 84, do Código de Defesa do Consumidor. 8. A indenização derivada do dano social não é para uma pessoa específica, porque vítima é toda a sociedade, portanto, será destinada à CEVAM - Centro de Valorização da Mulher Consuelo Nasser. 9. Dessa forma, reconheço de ofício a ocorrência de dano social, condenando o recorrido ao pagamento de indenização no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). Tanto a indenização por danos morais, quanto por danos sociais serão atualizadas monetariamente pelo INPC a partir da data desde acórdão, com juros de um por cento (1%) ao mês incidindo a partir do fato danoso. O valor a título de dano social será depositado no Juízo de origem e revertido à CEVAM - Centro de Valorização da Mulher Consuelo Nasser, para levantamento mediante alvará judicial. 10. Recurso apresentado por Roberto Ferreira Araújo conhecido e provido. Recurso apresentado por Banco Bradesco S/A conhecido e Improvido.

Defendeu a instituição financeira ter havido julgamento ultra e extra petita, pois a Turma Recursal concedeu os danos sociais de ofício, tendo sido fixados somente a partir da apreciação da lide pelo órgão julgador em segunda instância.

Enfatizou que o tema não foi tratado na petição inicial, nem na contestação, nem no recurso inominado.

Ao final do processo, acertadamente, o juízo, julgou procedente “a presente reclamação a fim considerar nulo o acórdão reclamado, afastada a condenação de ofício por dano social, com a devolução dos autos para que a lide seja apreciada pela Turma Recursal, nos limites em que foi proposta”.

Assim, os tribunais não poderão valer-se de tabelamento legislativo ou judicial para as decisões, por tratarem-se de questões únicas, bem como nas decisões, não podem julgar além dos pedidos feitos individual ou coletivamente.

Além da natureza compensatória do valor da reparação por dano moral, o juiz em geral arbitra um valor considerando um caráter educativo, de forma que o ofensor não voltasse a praticar a mesma conduta danosa. A indenização por dano moral tem, assim, um caráter compensatório-punitivo, atenuando os efeitos danosos decorrentes da atitude lesiva do ofensor, bem como punindo esse ofensor com o objetivo de evitar a repetição da conduta, seja em relação à vítima ou a terceiros.

Se o valor for fixado apenas com o caráter compensatório, a indenização poderá atenuar o sofrimento do ofendido, que teve seu psicológico abalado, mas não estimulará o ofensor a buscar formas de evitar danos, no entanto, se o valor da indenização também tiver caráter punitivo, o ofensor será estimulado a evitar novos danos pois sabe que poderá afetar seu patrimônio.

Escritores como Luiz Antônio Rizzatto, sustentam que esse caráter punitivo geraria um enriquecimento ilícito ou sem justa causa, não é a conclusão do autor, uma vez que, caso não exista esse caráter dualista (compensatório-punitivo, ou até mesmo com mais facetas como veremos adiante) da indenização não existirá a efetivação do caráter disciplinador da norma.

No entanto, o caráter compensatório-punitivo da indenização, não irá reparar o dano moral efetivamente sofrido, uma vez que é impossível, como ocorre no dano material, como já descrito, que a “moral” seja restabelecida ao *status a quo*.

Diante do exposto acerca da quantificação dos danos, é necessário que os Tribunais e a doutrina comecem a avaliar formas alternativas de reparação de danos morais.

3.7. Da Prescrição

Inicialmente faz-se necessário uma breve abordagem sobre o que é prescrição. Em linhas gerais, trata-se da extinção da pretensão do titular de um direito, em decorrência do transcurso de prazo fixado no ordenamento jurídico para que o direito seja reivindicado.

O Código Civil disciplina em seus artigos 189⁷⁹, 205⁸⁰ e 206⁸¹ que, para a ocorrência da prescrição, deverá existir um direito e que, em sendo violado, surgirá

⁷⁹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁸⁰ Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

⁸¹ Art. 206. Prescreve:

§ 1º Em um ano:

I - a pretensão dos hospedeiros ou fornecedores de víveres destinados a consumo no próprio estabelecimento, para o pagamento da hospedagem ou dos alimentos;

II - a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo:

a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador;

b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão;

III - a pretensão dos tabeliães, auxiliares da justiça, serventuários judiciais, árbitros e peritos, pela percepção de emolumentos, custas e honorários;

IV - a pretensão contra os peritos, pela avaliação dos bens que entraram para a formação do capital de sociedade anônima, contado da publicação da ata da assembleia que aprovar o laudo;

V - a pretensão dos credores não pagos contra os sócios ou acionistas e os liquidantes, contado o prazo da publicação da ata de encerramento da liquidação da sociedade.

§ 2º Em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem.

§ 3º Em três anos:

I - a pretensão relativa a aluguéis de prédios urbanos ou rústicos;

II - a pretensão para receber prestações vencidas de rendas temporárias ou vitalícias;

III - a pretensão para haver juros, dividendos ou quaisquer prestações acessórias, pagáveis, em períodos não maiores de um ano, com capitalização ou sem ela;

IV - a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa;

V - a pretensão de reparação civil;

VI - a pretensão de restituição dos lucros ou dividendos recebidos de má-fé, correndo o prazo da data em que foi deliberada a distribuição;

VII - a pretensão contra as pessoas em seguida indicadas por violação da lei ou do estatuto, contado o prazo:

a) para os fundadores, da publicação dos atos constitutivos da sociedade anônima;

b) para os administradores, ou fiscais, da apresentação, aos sócios, do balanço referente ao exercício em que a violação tenha sido praticada, ou da reunião ou assembleia geral que dela deva tomar conhecimento;

c) para os liquidantes, da primeira assembleia semestral posterior à violação;

uma pretensão para o seu titular e que se não for exercida dentro de um prazo determinado, resultará em sua impossibilidade.

Feitas as considerações iniciais acerca dos institutos da prescrição, o ilustre doutrinador Xisto Tiago de Medeiros Neto, em sua obra *Dano moral Coletivo*⁸², é enfático em afirmar a impossibilidade da incidência da prescrição no âmbito da tutela dos direitos coletivos (*lato sensu*).

Na citada obra ele afirma que os direitos transindividuais, em razão de se ter como características básicas a indeterminação dos integrantes da coletividade, a indivisibilidade dos respectivos interesses e, além disso, a extrapatrimonialidade presente em sua configuração, já que não se traduzem como direitos equivalentes a um crédito, é inconcebível, pois, falar – se em aplicação do instituto da prescrição, uma vez que se faz alheio, quanto a aplicação, a essa categoria de direitos e do sistema e modelo teórico que lhes são peculiares.

O autor afirma ainda que não é possível imaginar a inercia quanto a postulação relativa a uma pretensão de natureza coletiva, imputada aos indivíduos abrangidos pela coletividade, se não possuem eles legitimação para reivindicar, diretamente, a tutela.

Fundamenta ainda o seu posicionamento quanto a impossibilidade de prescrição da pretensão compensatória no argumento de que o ordenamento pertinente ao sistema processual coletivo, em especial a lei n.º 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), não faz referência acerca da prescrição.

VIII - a pretensão para haver o pagamento de título de crédito, a contar do vencimento, ressalvadas as disposições de lei especial;

IX - a pretensão do beneficiário contra o segurador, e a do terceiro prejudicado, no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório.

§ 4º Em quatro anos, a pretensão relativa à tutela, a contar da data da aprovação das contas.

§ 5º Em cinco anos:

I - a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular;

II - a pretensão dos profissionais liberais em geral, procuradores judiciais, curadores e professores pelos seus honorários, contado o prazo da conclusão dos serviços, da cessação dos respectivos contratos ou mandato;

III - a pretensão do vencedor para haver do vencido o que despendeu em juízo.

⁸² MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano Moral Coletivo*, cit. p. 186-189

Conclui ainda que seria imprescritível a pretensão compensatória em decorrência da natureza indisponível do direito, sendo assim a ação civil pública imprescritível.

Data máxima venia o posicionamento acima exposto, entendemos que alguns pontos devem ser abordados e, novamente, com o devido respeito, quiçá poderemos concluir pela prescritibilidade da pretensão.

A atual Constituição Federal prevê no seu artigo 5º, incisos LXIX, LXX, LXXI e LXXIII determinadas ações judiciais para a realização e garantia dos direitos individuais e coletivos, bem como atribuiu como função institucional do Ministério Público promover a ação civil pública para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, sem prejuízo da legitimidade de terceiros para propositura da referida ação (art. 129, inc. III e § 1º). A estas ações judiciais com previsão na Constituição, costuma-se dar o nome de ações constitucionais ou remédios constitucionais, sendo elas o mandado de segurança individual (art. 5º, inc. LXIX) e o coletivo (art. 5º, inc. LXX), o mandado de injunção individual e coletivo (art. 5º, inc. LXXI) e a ação popular (art. 5º, inc. LXXIII).

As 4 (quatro) ações constitucionais acima citadas possuem regulamentação legal, mas, no momento, apenas a da ação civil pública, lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, nos interessa.

Como o Código de Processo Civil é a lei que rege o processo na jurisdição civil, artigo 13⁸³ do CPC/2015, todas as leis reguladoras das ações constitucionais preveem a sua aplicação subsidiária naquilo que não contrariem as disposições das referidas leis, nem a natureza específica das ações. O dispositivo legal na ação civil pública que trata da subsidiariedade é o artigo 19⁸⁴ da referida lei nº 7.347/85.

⁸³ Art. 13. A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte.

⁸⁴ Art. 19. Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições.

A lei da ação civil pública faz referência expressa ao Código de Processo Civil de 1973, lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, entretanto como este foi revogado pelo Código de Processo Civil de 2015, é este dispositivo que deve ser aplicado subsidiariamente, conforme determina a regra de transição inscrita no artigo 1.046⁸⁵, § 2º e § 4º do CPC/2015.

A lei processual estabelece os pressupostos para que se possa estabelecer a relação jurídica processual e diz o que devem fazer, de forma lógica em sua estrutura, as partes, juízes, serventuários e o Ministério Público, com a finalidade de se obter a prestação jurisdicional por parte do Estado para a tutela jurídica pretendida. Deste modo, as leis processuais são portadoras de normas gerais e abstratas (regra de conduta que exprime um juízo de valor) que disciplinam a relação jurídica processual.

A aplicação subsidiária do Código de Processo Civil para as ações constitucionais é necessária, pois estas não tratam de todo o processo e sim de especificidades em relação ao procedimento de cada uma. Ora, como são ações judiciais, o arcabouço geral está delineado no Código de Processo Civil, devendo apenas se respeitar as regras específicas nas normas legais de cada uma delas.

Ainda, para o correto entendimento, como já mencionado, o argumento de que na lei que cria e regulamenta a ação civil pública não existe menção expressa para uma possibilidade de prescrição, temos assim que nos socorrer na legislação civil que tratará do instituto.

O Código Civil conceitua e apresenta os prazos prescricionais entre os seus 189⁸⁶, 205⁸⁷ e 206⁸⁸.

⁸⁵ Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

§ 2º Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código.

§ 4º As remissões a disposições do Código de Processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhes são correspondentes neste Código.

⁸⁶ Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

⁸⁷ Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

⁸⁸ Art. 206. Prescreve:

§ 1º Em um ano:

Nos referidos artigos são apresentados que, em caso de violação de direitos, nasce a possibilidade de se buscar a reparação e que esta se extingue com a prescrição, assim, em caso de inexistência de menção quanto a prescritibilidade da distribuição da ação civil pública para a satisfação de compensação de direitos violados, deverá o aplicador da lei se socorrer nas legislações processual e material existentes e não se valer de um equívoco quanto a não existência expressa de determinação legal de prazo prescricional para admitir o pensamento da imprescritibilidade da ação compensatória.

O segundo a ser abordado é quanto a segurança jurídica, trata-se de um dos dois que devem ser avaliados quanto a prescritibilidade da pretensão compensatória.

A segurança jurídica sempre foi objeto de estudo da doutrina, isto porque o homem busca incessantemente a certeza das coisas, da sociedade, dos fatos que o cercam. Para garantir a segurança em suas relações, o homem utiliza-se do direito como instrumento. Em tempos de crise e de instabilidade surgem novas reflexões objetivando sempre o equilíbrio social, ou seja, a segurança.

A segurança jurídica consiste em um princípio que objetiva garantir a estabilidade das relações jurídicas e advém das leis promulgadas pelo Estado visando o bem dos cidadãos e o controle da conduta social.

Afirmar que a inércia por parte dos lesados indeterminados, por não serem eles os legítimos para a busca judicial de compensação dos possíveis danos extrapatrimoniais coletivos, seria extrapolar e muito os conceitos de prescrição e da segurança jurídica.

(...)

§ 2º Em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem.

§ 3º Em três anos:

(...)

§ 4º Em quatro anos, a pretensão relativa à tutela, a contar da data da aprovação das contas.

§ 5º Em cinco anos:

(...)

Existe a titularidade do direito a ser pleiteado, uma coletividade, existe o direito, uma vez que em existindo danos, esses devem ser ressarcidos (art. 927 CC).

Se existe a titularidade e existe o bem a ser tutelado, quanto tempo deve o devedor dos danos extrapatrimoniais coletivos ficar aguardando ser “chamado” aos bancos do Judiciário para promover o ressarcimento, eternamente?

A resposta a indagação é clara, em hipótese alguma pode-se admitir a imprescritibilidade da ação de compensação pelos danos como já mencionado, uma vez que a insegurança jurídica pairaria em uma situação de eterna possibilidade de que a coletividade postule em juízo em desfavor ao lesante.

O objetivo não é a determinação do prazo prescricional, mas, dizer que não se trata de uma questão imprescritível, uma pela regulamentação subsidiária que a ação civil pública tem através das legislações civis materiais e processuais e outra, pela insegurança jurídica que pairaria no direito caso entendamos que trata-se de uma ação imprescritível.

Não há dúvida de que, após a análise da doutrina e da jurisprudência citadas no presente trabalho, é possível que a coletividade seja ressarcida quando da ocorrência de danos extrapatrimoniais coletivos, no entanto, mesmo sendo contrário a grandes doutrinadores e boa parte da jurisprudência, discordamos quanto a imprescritibilidade da pretensão compensatória dos danos extrapatrimoniais coletivos.

CAPITULO IV

DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO

4.1. Breves Considerações Sobre as Gerações de Direito

Após a abordagem quanto a assuntos gerais sobre o dano extrapatrimonial coletivo, trataremos de questões mais específicas sobre o tema.

Diante da grande evolução frente ao absolutismo e o fortalecimento das repúblicas, as conquistas dos direitos passaram a ser positivadas nas inovadoras Constituições. Posto isso, os direitos fundamentais ganharam força e novos direitos foram conquistados e declarados pelas seguintes Constituições posteriores a americana e francesa do século XVIII.

A essas conquistas a doutrina, mais precisamente seguida por Norberto Bobbio na sua obra “A era dos direitos” chamou de “gerações”, sendo que outros autores mais corretamente a reconheceram por “dimensões”.

A primeira geração de direitos humanos é associada ao contexto do final do século XVIII – mais precisamente à independência dos Estados Unidos e criação de sua constituição, em 1787 – e à Revolução Francesa, em 1789. Seu marco histórico é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Essa geração tem como elemento principal a ideia clássica de liberdade individual, concentrada nos direitos civis e políticos.

Os direitos civis ou individuais são prerrogativas que protegem a integridade humana contra o abuso de poder ou qualquer outra forma de arbitrariedade estatal.

Já os direitos políticos asseguram a participação popular na administração do Estado. O núcleo desse direito envolve o direito ao voto, direito a ser votado, direito a ocupar cargos ou funções políticas e por fim o direito a permanecer nesses cargos.

A diferença entre os direitos civis e políticos é que o primeiro é universal, ou seja, abrange a todas as pessoas, sem qualquer distinção. Mas os direitos políticos são direitos de participação restritos à cidadania e por isso atingem somente os eleitores, garantindo-lhes direito a participar da vida político-institucional de seu país.

Os direitos humanos de segunda geração surgem após a Primeira Guerra Mundial, quando começa a se fortalecer a concepção de Estado de Bem-Estar Social. Surge de uma necessidade do Estado garantir direitos e oportunidades iguais a todos os cidadãos, através de políticas públicas como acesso básico à saúde, educação, habitação, trabalho, lazer, entre outros.

Assim, a segunda geração está ligada ao conceito de igualdade e mais preocupada com o poder de exigir do Estado a garantia dos direitos sociais, econômicos e culturais, todos imprescindíveis à possibilidade de uma vida digna.

Estes direitos aparecem na forma dos chamados direitos fundamentais, pois impõem ao Estado um conjunto de obrigações que se materializam em normas constitucionais, execução de políticas públicas, programas sociais e ações afirmativas. Cabe ao Estado a obrigação de cumpri-las, sujeito a sanções em caso contrário.

No Brasil, os direitos sociais, característicos da segunda geração, aparecem no artigo 6º da nossa mais recente constituição, que assegura:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.⁸⁹

A partir dos anos 1960, surge uma terceira geração de direitos humanos, objeto central deste estudo, norteadas pelo ideal de fraternidade ou solidariedade. A principal preocupação passa a ser com os direitos difusos – ou seja, direitos cujos

⁸⁹ BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Legislação**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 19 de nov. 2018.

titulares não se pode determinar, nem mensurar o número exato de beneficiários – e com os direitos coletivos, que possuem um número determinável de titulares, que por sua vez compartilham determinada condição.

No Brasil, a terceira geração de direitos configura-se pelo direito ambiental, direitos do consumidor, da criança, adolescente, idosos e portadores de deficiência, bem como a proteção dos bens que integram o patrimônio artístico, histórico, cultural, paisagístico, estético e turístico.

4.2 Direitos Transindividuais ou Coletivos *Lato Sensu*

Para a análise dos danos causados a coletividade faz-se necessária a conceituação dos chamados direitos transindividuais ou coletivos *lato sensu*, pois há uma valorização e reconhecimento desta categoria de direitos que são característicos da sociedade de massa, de relações e conflitos complexos e cuja proteção tornou-se imprescindível ao equilíbrio social e a dignidade do ser humano.

Os direitos transindividuais encontram-se inseridos na categoria de direitos de terceira dimensão ou geração acima descrita, pois são decorrentes das transformações ocorridas na sociedade contemporânea. Observa-se o surgimento destes direitos quando o homem se voltou para perspectivas de caráter social e solidário, postulando assim pelo reconhecimento e proteção de direitos que ultrapassam os interesses individuais em favor dos direitos coletivos.

Esses direitos correspondem a modalidade dos direitos transindividuais, pois se projetam além da esfera individual, posicionando-se na órbita coletiva, cuja titularização indeterminada individualmente está em grupo, uma classe, uma categoria de pessoas, ou até mesmo na coletividade.

Para Teori Zavascki⁹⁰, “os direitos coletivos são direitos subjetivamente transindividuais e meramente indivisíveis”.

⁹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 2005. 290 f. Doutorado em Direito – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

Já para Carlos Eduardo Volante, os direitos transindividuais ou coletivos *lato sensu* estão localizados numa situação intermediária entre o interesse público e o interesse privado indo além do âmbito puramente individual, mas não se constituem em interesse público:

Tais interesses são compartilhados por diversos titulares individuais indeterminados, ou unidos por uma mesma relação fática ou jurídica, ou ainda por uma circunstância de que o sistema jurídico reconhece a necessidade de que o acesso individual dos lesados à Justiça seja substituído por um processo coletivo.⁹¹

Assim, os direitos transindividuais ou coletivos *lato sensu* podem ser considerados designação genérica para as duas modalidades de direitos transindividuais: o difuso e o coletivo *stricto sensu*.

A conceituação legal dos direitos transindividuais foi fixada pelo Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078 de 1990, em seu artigo 81⁹², com o intuito de pontuar as características básicas e permitir a devida proteção do estado.

4.3 Direitos Transindividuais no Brasil: Avanços na Constituição de 1988 e na Legislação

Apesar de os interesses transindividuais sempre haverem existido na sociedade, somente a partir das décadas de 1960 e 1970, é que se deu a conscientização quanto à sua real relevância. Evidenciaram-se os males causados à natureza, ameaçada pelo consumo, pela poluição industrial, e ao consumidor,

⁹¹ VOLANTE, Carlos Eduardo. Dano Moral coletivo nas relações de consumo. 2010. 133 f. Dissertação (Mestre em Direito) – UNIFIEO, Centro Universitário FIEO, Osasco, 2010. Disponível em: <http://www.unifieo.br/pdfs/Carlos_Eduardo_Volante.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2018

⁹² Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

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

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

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

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

fragilizado em meio ao poder e ambição aparentemente ilimitados das grandes empresas.

Esse movimento impulsionou transformações nos ordenamentos de muitos países rumo à previsão legal dos direitos coletivos⁹³. Paralelamente, fizeram-se necessários instrumentos processuais para a defesa judicial desses direitos.

O conceito de dano moral, nas últimas décadas, já foi objeto de estudo pela doutrina nacional e estrangeira, havendo uma variedade de definições. Porém, ainda persistem inúmeras dúvidas, especialmente sobre sua quantificação e formas de reparação.

No Brasil, considera-se que a primeira medida substantiva do Legislador no sentido de tutelar os interesses transindividuais foi a Lei n.º 7.347/1985, que disciplinou a Ação Civil Pública.

No entanto, desde vinte anos antes, já existia a Ação Popular, até hoje regulamentada pela Lei n.º 4.717/1965, a qual atribui legitimidade a qualquer cidadão para ajuizá-la a fim de pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, no entanto não tão abrangente em relação as possibilidades de tutela e sobre a legitimidade ativa para propô-las, segundo alguns doutrinadores, apenas aos portadores de título de eleitor. A Constituição de 1988, em seu art. 5º, inciso LXXIII⁹⁴, ampliou as hipóteses de cabimento para os casos de lesão à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Enfim, a percepção dos limites da Ação Popular motivou o nascimento da Ação Civil Pública.

⁹³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 2005. 290 f. Doutorado em Direito – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. p. 19.

⁹⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

Originalmente a Lei n.º 7.347/1985 previa a responsabilização por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Com a promulgação da Carta Magna de 1988, a Ação Civil Pública ganha status constitucional (art. 129, III⁹⁵), ao ser introduzida entre as competências do Ministério Público, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Dispõe a Constituição Federal, em seu art. 5º, LXX⁹⁶, acerca do Mandado de Segurança Coletivo, que pode ser impetrado por partidos políticos, entidades de classe ou associação em defesa dos respectivos membros e associados. Em seu art. 8º, inciso III⁹⁷, prevê, ainda, que compete ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria em questões judiciais ou administrativas, artigo esse extremamente fragilizado com a publicação da lei 13.467 de julho de 2017, denominada de Reforma Trabalhista, que reduziu o poder dos sindicatos.

A Constituição Federal afirma seu compromisso com vários direitos coletivos: o meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225⁹⁸); a probidade administrativa (art. 37, § 4º); o patrimônio cultural (art. 216⁹⁹); a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII); o meio ambiente de trabalho sadio, higiênico e seguro (art. 7º, VII); o

⁹⁵ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

⁹⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;
b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

⁹⁷ Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: (...)

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

⁹⁸ Art. 225. 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.

⁹⁹ Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: (...)

direito de greve (art. 9º, *caput*); os direitos dos indígenas (art. 231¹⁰⁰ e 129), dentre outros.

Poucos anos mais tarde, outro importante passo na consolidação do sistema brasileiro de tutela de direitos transindividuais foi dado com a aprovação da lei n.º 8.078/1990, o conhecido Código de Defesa do Consumidor. O Código traz a conceituação legal dos direitos coletivos, segundo a qual estes passam a ser classificados em três categorias: difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

A lei n.º 8.078/1990 inovou ao acrescentar o inciso IV ao art. 1º da lei n.º 7.347/1985 no sentido de autorizar a propositura de ações de responsabilidade por danos materiais e morais causados “a qualquer outro interesse coletivo ou difuso” (redação atual do art. 1º, inciso IV, da Lei n.º 7.347/1985). Cumpre observar que os sistemas da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor se integram reciprocamente¹⁰¹, como se infere da interpretação combinada dos artigos 21, daquela, e 90, deste.

Muitos outros avanços legislativos compõem o subsistema processual coletivo, a saber: a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n.º 6.938/1981); a Lei dos Investidores dos Mercados de Valores Imobiliários (Lei n.º 7.913/1989); a Lei das Pessoas Portadoras de Deficiência (Lei n.º 7.853/1989); o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990); a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/1992); o Estatuto do Idoso (Lei n.º 10.471/2003); e a Lei do Mandado de Segurança (Lei n.º 12.016/2009).

Tais leis se somam para fazer surgir “um microsistema legal de tutela de direitos e interesses de grande alcance ou abrangência, metaindividuais, dirigido a

¹⁰⁰ Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

¹⁰¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 20 ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 668.

proteger classes ligadas por certos fenômenos, ideais, e valores comuns”¹⁰². Para Teori Zavascki, “não há como deixar de reconhecer, em nosso sistema processual, a existência de um subsistema específico, rico e sofisticado, aparelhado para atender aos conflitos coletivos, característicos da sociedade moderna”¹⁰³.

4.4 Classificação Legal Dos Direitos Coletivos *Lato Sensu*

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 81, define os interesses ou direitos transindividuais (ou coletivos *lato sensu*), classificando-os em três categorias: difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

Os direitos difusos são os transindividuais, de natureza indivisível, cujos titulares sejam pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (art. 81, parágrafo único, inciso I, do CDC). Do conceito legal, deflui serem quatro as características dos direitos difusos: a transindividualidade, a indivisibilidade, o fato de as pessoas serem indeterminadas e sua ligação por circunstâncias fáticas¹⁰⁴.

A transindividualidade reside na natureza coletiva do titular, que não corresponde a um só indivíduo, mas a um grupo. Por sua vez, a indivisibilidade do direito quer dizer que seu objeto não pode ser decomposto em frações separadas para cada um dos componentes do grupo. Por isso, a lesão ou a satisfação do direito vale necessariamente para o grupo como um todo.

Além desses aspectos, os direitos difusos se singularizam porquanto o titular é uma coletividade de pessoas indeterminadas, o que significa que a determinação ou identificação prática de cada uma delas é inviável. O que aproxima todos os membros do grupo é simplesmente uma situação fática comum e não um vínculo jurídico específico, daí por que os efeitos da violação se difundem ou disseminam pela sociedade, não afetando apenas certas classes de cidadãos.

¹⁰² RIZZARDO, Arnaldo. *Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa*. 2 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 9.

¹⁰³ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. Cit. p. 24.

¹⁰⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. Cit. p. 116.

Os direitos coletivos em sentido estrito são os transindividuais e indivisíveis, cujo titular seja um grupo, classe ou categoria de pessoas unidas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (art. 81, parágrafo único, inciso II, do CDC).

Como os direitos difusos, os coletivos *stricto sensu* são transindividuais e indivisíveis, razão pela qual uns e outros são agrupados dentro da categoria de “essencialmente coletivos”. Estes diferenciam-se daqueles, contudo, pelo fato de serem determináveis os sujeitos da coletividade e de existir um elo jurídico que confere certa coesão a ela.

Apesar da determinabilidade dos indivíduos e da maior uniformidade do grupo que titulariza o direito coletivo, a configuração deste nem sempre indica a existência de uma estrutura formal organizada (em torno de uma entidade representativa, por exemplo)¹⁰⁵.

4.5 Do Dano Moral em Face da Ofensa a Direitos Metaindividuais

Em 2015 ocorreu um enorme desastre ambiental no Brasil, tivemos diversos outros como o caso de Paulínia¹⁰⁶. O rompimento da barragem de dois reservatórios da mineradora Samarco, cujos donos são a empresa Vale e a anglo-australiana BHP, causou uma enxurrada de lama no distrito de Bento Rodrigues, município de Mariana. Essa lama atingiu o Rio Doce e se espalhou por vários municípios, alcançando Governador Valadares e, posteriormente, Colatina, no estado do Espírito Santo.

No caminho, a lama devastou a fauna e a flora locais, deixando um rastro de desolação, que inclui a morte de peixes, vegetação de mata atlântica destruída, córregos entupidos de lama, patrimônio histórico soterrado e falta de água.

¹⁰⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. Cit. p. 119.

¹⁰⁶ Disponível em: <http://quimicosunificados.com.br/shell/a-contaminacao-no-recanto-dos-passaros-em-pauliniasp/>; <https://oglobo.globo.com/economia/uma-fabrica-de-contaminacao-mortes-em-paulinia-4405362> e http://ecelambiental.com.br/Arquitetura/PDF/CONTAMINA%C3%87%C3%83O_AMBIENTAL_-_SHELL_PAUL%C3%8DNIA.pdf . Acesso em 28 de fev. 2019.

Ocorre que, os responsáveis não foram devidamente punidos, legislações não foram endurecidas no tocante a punições e autorizações para funcionamento, bem como, o judiciário não foi efetivo para punir os responsáveis pela citada tragédia ambiental e humanitária ocorrida no município de Mariana no estado de Minas Gerais.

O congresso mineiro (legislativo) teve a oportunidade modificar ou criar legislações que apresentassem rotinas mais eficientes e contínuas para evitar que tragédias como essas se repetissem, mas, em 2019, constatamos que medidas não foram tomadas.

No dia 05 de julho de 2016, um projeto de lei foi apresentado na Assembleia Legislativa de Minas Gerais, e em sua ementa consta a informação que dispunha “sobre o licenciamento ambiental e sobre fiscalizações de barragens no Estado”, este projeto de lei recebeu o n.º 3.676/2016¹⁰⁷.

Em análise breve acerca da tramitação do Projeto de Lei no sítio *online* da Assembleia Legislativa do estado de Minas Gerais é possível constatar que o projeto de lei ainda não foi aprovado.

Caso tivesse sido aprovado, ou se o judiciário tivesse sido efetivo, talvez, uma nova tragédia no mesmo estado de Minas Gerais não tivesse ocorrido.

No mês de janeiro de 2019, uma nova tragédia ambiental e humanitária ocorreu no Brasil, novamente em Minas Gerais e agora no município de Brumadinho. Ainda não foram concluídos todos os levantamentos sobre os problemas para o meio ambiente e sobre a quantidade de vidas perdidas, a conclusão é que o Poder Público, Judiciário (Ministério Público, Magistratura, IBAMA, etc....) e Legislativo foram ineficientes em punir e fiscalizar para evitar novas tragédias.

Somente após novo grave desastre ambiental e humanitário que as autoridades competentes trabalharam para buscar evitar novos problemas.

107

Disponível

em:

https://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/tramitacao_projetos/texto.html?a=2016&n=3676&t=PL. Acesso em 28 de jan. 2019. Texto integral do projeto de lei no anexo K.

No dia 22 de fevereiro de 2019, após muita pressão popular e embates entre o Ministério Público e o legislativo, a Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, aprovou, dentre outras alterações e propostas, o Projeto de Lei n.º 3676/2016¹⁰⁸ que “estabelece normas de segurança para as barragens destinadas à disposição final ou temporária de rejeitos de mineração no Estado”.

Nesse cenário, torna-se fácil concluir a inegável existência de imensuráveis danos tanto na esfera patrimonial, quanto na esfera moral individual e extrapatrimonial coletiva da sociedade. É que, justamente sob circunstâncias fáticas potencialmente lesivas à sociedade, tornou-se possível construir a tese segundo a qual admite a possibilidade de configuração de um dano extrapatrimonial afeto à coletividade como um todo, em especial grupos que se veem atingidos injustamente em seu patrimônio imaterial ou ideal, tornando-se, portanto, merecedores de tutela pelo ordenamento jurídico.

Elucida Carlos Alberto Bittar Filho sobre a responsabilidade civil moderna e os danos extrapatrimoniais coletivos:

[...] vem a teoria da responsabilidade civil dando passos decisivos rumo a uma coerente e indispensável coletivização. Substituindo, em seu centro, o conceito de ato ilícito pelo de dano injusto, tem ampliado seu raio de incidência, conquistando novos e importantes campos, dentro de um contexto de renovação global por que passa toda a Ciência do Direito, cansada de vetustas concepções e teorias. É nesse processo de ampliação de seus horizontes que a responsabilidade civil encampa o dano moral coletivo, aumentando as perspectivas de criação e consolidação de uma ordem mais justa e eficaz¹⁰⁹.

Ocorre, porém, que a mudança de entendimento que influenciou na evolução do instituto da responsabilidade civil, reconstruindo suas bases em concepções solidárias e humanistas, foi justamente a sociedade de massa, marcada pelo impacto da evolução da tecnologia e pelas relações jurídicas complexas, através

108

Disponível

em:

https://www.almg.gov.br/acompanhe/noticias/arquivos/2019/02/22_parecer_aprovado_administracao_pl3676.html. Acesso em 28 de jan. 2019.

¹⁰⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de Direito Civil*. cf. p44.

do movimento de coletivização ou socialização do qual surgiram os direitos metaindividuais¹¹⁰.

Nesse sentido, no tocante ao dano extrapatrimonial coletivo, o sujeito afetado não é a pessoa física individual, mas sim um grupo ou categoria que, coletivamente e por uma mesma causa global, se vê afetado em direitos ou interesses de significação vital que são tutelados pela Constituição e pela lei.

Não obstante a superação doutrinária da dificuldade de inserção da tutela dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, na dogmática pátria construída sobre bases de interesses individualistas, ainda assim o estudo e aplicabilidade do dano extrapatrimonial coletivo dividiu o Superior Tribunal de Justiça em posições antagônicas.

Através do voto proferido pelo relator ministro Teori Albino Zavascki, da 1ª Turma do STJ, em 02/05/2006 no Recurso Especial de nº 598.281, assim como pelo voto exarado pelo ministro Luiz Fux no mesmo acórdão, e, por fim, pelo voto proferido, anos depois, pela relatora ministra Eliana Calmon, da 2ª Turma do Egrégio Tribunal, em 01/02/2009, no Recurso Especial de nº 1.057.274, evidenciou-se, respectivamente, a discussão jurisprudencial a respeito da proteção extrapatrimonial à tutela de interesses transindividuais.

Anderson Schreiber trabalha a presente dualidade de posições, elucidando que, enquanto o ministro da 1ª Turma adotava uma posição de rejeição à figura do dano, afirmando reiteradamente a “impossibilidade lógica” do dano moral coletivo, já que a “ofensa moral sempre se dirige à pessoa enquanto portadora de individualidade própria, de um *vultus* singular e único”¹¹¹. Em sentido oposto posicionou-se a tanto o ministro Luiz Fux, que teve seu voto vencido no mesmo julgado, e, mais tarde, a ministra Eliana Calmon da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, o qual ensejou

¹¹⁰ FLORENCE, Tatiana Magalhães. Danos Extrapatrimoniais coletivos. *cit.*, p. 119.

¹¹¹ Para o ministro é perfeitamente viável a tutela do bem jurídico salvaguardado pela Constituição (meio ambiente ecologicamente equilibrado), tal como a realizada nesta ação civil pública, mediante a determinação de providências que assegurem a restauração do ecossistema degradado, sem qualquer referência a um dano moral. (REsp 598.281-MG - 1ª T. - STJ - maioria - rel. p/ o acórdão Min. Teori Albino Zavascki. DJ 01.06.2006 p. 147).

um célebre precedente. O caso analisado pela ministra envolvia a submissão de idosos a procedimento de cadastramento para o gozo do benefício do passe livre, quando o Estatuto do Idoso exige apenas a apresentação de documento de identidade, reconhecendo, assim, a configuração do dano moral coletivo¹¹².

A ministra categoricamente reconheceu que:

O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base.

O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos¹¹³.

Assim é que se pode afirmar, sem mais dúvidas doutrinárias ou jurisprudenciais, que, da mesma forma como a pessoa humana, individualmente considerada, possui um patrimônio ideal, não há como negar que à coletividade também é atribuído um patrimônio mínimo, composto pelos interesses difusos e coletivos ou individuais homogêneos, diferenciando-se estes, em apertada síntese, de acordo com a possibilidade de determinação de sujeitos e a relação jurídica base analisada.

Desta forma, o fundamento do dano extrapatrimonial coletivo encontra respaldo legal na Constituição Federal, que, ao consagrar essa espécie de dano no artigo 5º, X, não fez qualquer restrição à titularidade. Ao contrário, o artigo em questão encontra-se inserido no Capítulo I do Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), o qual se refere aos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, inovando em relação à Constituição anterior que não mencionava direitos fundamentais coletivos, mas apenas individuais¹¹⁴.

¹¹² SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos Filtros da reparação à diluição dos Danos*. cf. p.86-88.

¹¹³ Resp. nº 1.057.274 - RS - 2ª Turma - STJ- relatora ministra Eliana Calmon, DJ em 01/02/2009.

¹¹⁴ FLORENCE, Tatiana Magalhães. *Danos Extrapatrimoniais coletivos*. *cit.*, p. 128-129.

Se o legislador constitucional não dispôs expressamente sobre o dano extrapatrimonial coletivo, o legislador infraconstitucional corrigiu essa omissão no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), elaborado com fundamento nos princípios constitucionais, que, em seu artigo 6º, VI e VII, assim determina:

Art.6º São direitos básicos do consumidor:

VI. A efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e **morais, individuais, coletivos e difusos**;

VII. O acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados. (Grifo nosso)

A previsão legal expressa dos danos extrapatrimoniais supraindividuais encontra - se não só no Código de Defesa do Consumidor, mas também no artigo 1º da Lei 7.347/85, *in verbis*:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I – ao meio ambiente;

II – ao consumidor;

III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico;

IV – a qualquer outro interesse difuso e coletivo;

V – por infração da ordem econômica.

Notório, portanto, que o meio ambiente, o consumidor, individual e coletivamente, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e urbanístico estão tutelados não só na Constituição Federal, mas também na Lei da Ação Civil Pública, conforme supramencionado.

Cabe, ainda, notar que se a doutrina e a jurisprudência, ao se pronunciarem sobre o dano moral individual, ressaltam que as ofensas de menor importância, o aborrecimento banal ou a mera sensibilidade não são suscetíveis de serem indenizados, de igual forma, verifica-se essa observação em relação ao dano extrapatrimonial coletivo,¹¹⁵ como mencionado no início do capítulo acerca do dano moral.

¹¹⁵ FLORENCE, Tatiana Magalhães. Danos Extrapatrimoniais coletivos. *cit.*, p. 120.

Revelam-se, portanto, injustificadas as discussões a respeito da existência e dever de reparação dos danos extrapatrimoniais coletivos, como no emblemático caso da cidade de Mariana e o de Brumadinho, ambas do estado de Minas Gerais, acima citados, uma vez que é plausível, que cabe a indenização aos danos extrapatrimoniais.

Deste ponto parte o entendimento de que a agressão deve ser significativa; por isso o fato que agride o patrimônio coletivo deve ser de tal intensidade e extensão que implique na sensação de repulsa coletiva a ato intolerável.

Assim, o desafio enfrentado insere-se na dificuldade concreta de quantificação desses valores. Como mensurar a contaminação e a poluição de rios e mares com rejeitos de lama tornando-os inutilizáveis por décadas, por exemplo, ou como monetarizar o vazamento de óleo dos navios, ou sob a ótica consumerista, a veiculação de propaganda enganosa ou, discriminatória? Ou, ainda, na esfera trabalhista, como mensurar os danos nos casos de exploração de crianças e adolescentes por meio de trabalho escravo?¹¹⁶

4.6 Do Dimensionamento do Dano

Como anteriormente fundamentado, na hipótese do dano extrapatrimonial coletivo, assim como o dano moral individualmente considerado, o prejuízo sofrido pelas vítimas é insuscetível de mensuração econômica na exata proporção do dano, uma vez que os valores extrapatrimoniais do ser humano, por sua própria natureza, são imensuráveis, são impossíveis de retornar ao *status a quo*.

No âmbito da responsabilidade civil, a concretização dos valores espirituais, culturais, ambientais e demais valores da coletividade esbarram no maior desafio encontrado pela responsabilidade civil atualmente, qual seja, a dificuldade de quantificação¹¹⁷.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 67.

¹¹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos a pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*, cf. p.50.

A premissa não parte do desconhecimento por parte dos magistrados da necessidade de fundamentação do seu raciocínio ou, especificamente do dever de fundamentar, em critérios, o *quantum* apurado.

Podemos afirmar que a atribuição de um valor econômico a uma obra de arte mundialmente valorizada representa, apenas, critério superficial de troca ou venda, considerando que ninguém pode apreciar, em dinheiro, o *quantum* reparador de um valor estético ou imaterial de uma obra historicamente reconhecida, ou da mesma forma quantificar uma lesão ao meio ambiente, como no trágico caso da histórica cidade de Mariana em Minas Gerais, cuja dificuldade de mensuração de todos os danos, mesmo pautada em diversos critérios, ultrapassa em muito nossa capacidade e limites da responsabilidade civil, uma vez que é possível que seja determinado via judiciário a reconstrução total das casas, comércios e indústrias locais, mas o patrimônio histórico e as fontes de recursos naturais será de impossível reparação pecuniária.

Tratando-se de dano extrapatrimonial coletivo a reparação adequada, que se dá nos moldes de uma indenização punitiva, opera-se por meio da imposição ao ofensor de uma parcela em dinheiro, em medida que venha a refletir a função sancionatória e pedagógica que informa a natureza desse procedimento peculiar a tutela dos direitos transindividuais, de maneira a não restar impune a lesão.

Assim, o valor da condenação a ser arbitrado pelo juiz, sob o norte da equidade e do bom senso, deverá observar, em sua expressão, suficiência para representar sanção eficaz para o agente causador do dano e, por efeito, força para dissuadir outras condutas danosas.

Desta forma, na falta de previsão de critérios objetivos para quantificação dos danos extrapatrimoniais, a matéria sempre foi deixada ao que comumente chama-se “prudente arbítrio do juiz” quando da aplicação do Direito ao caso concreto. É o que analisa Pablo Stolzer e Rodolfo Pamplona:

O juiz, investindo-se na condição de árbitro, deverá fixar a quantia que considere razoável para compensar o dano sofrido. Para isso, pode o

magistrado valer-se de quaisquer parâmetros sugeridos pelas partes, ou mesmo adotados de acordo com sua consciência e noção de equidade, entendida esta na visão aristotélica de 'justiça no caso concreto'¹¹⁸.

No mesmo sentido preconiza Maria Celina Bodin de Moraes:

No entanto, como o juiz deverá proceder? Diz-se, comumente que deve seguir determinados critérios preestabelecidos, na lei, na doutrina ou na própria jurisprudência, os quais deverão nortear a (complexíssima) tarefa de quantificar, nos seus mais diversos aspectos, os danos à pessoa humana. Por outro lado, e mais relevante, os critérios de avaliação usualmente aceitos, embora não sejam critérios legais, apresentam-se como lógicos, devendo, porém, ser sempre explicitado na decisão [...])¹¹⁹.

A falta irrestrita de critérios, assim como a não clareza na exposição de alguns, na construção do *decisum* pelos magistrados, objetivando o arbitramento e quantificação do dano moral coletivo, gera decisões desarrazoadas e insegurança jurídica.

Nesse sentido, torna-se incontestável a necessidade e o dever de superação dessa dificuldade em nosso sistema jurídico, uma vez que, na medida em que as necessidades da sociedade se modificam muito mais rápido do que o direito avança, o ordenamento jurídico e o entendimento dos magistrados e demais aplicadores do direito também precisam se modificar.

É que o crescimento do envolvimento da sociedade na busca pela efetividade dos seus direitos também reflete na necessidade de uma justa solução, o que se estende a um arbitramento justificado do que é devido, permitindo, assim, solucionar os conflitos suscitados de forma fundamentada para todas as partes envolvidas.

¹¹⁸ STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. cf. p. 400.

¹¹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos a pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*, cf. p.72.

Esse entendimento parte da noção prática de que não adianta o arbitramento de um *quantum debeatur* justo e pautado em critérios, verdadeiramente pertinentes, se apenas quem fixou os conhece.

Necessário, ainda, consignar que são raras as sentenças que buscam delimitar cada um dos fatores ou critérios que levaram o magistrado a fixar aquele determinado *quantum* como condenação. Assim, é possível concluir, sem dúvidas, que, na prática, o dano moral é arbitrado sem que sejam explicitadas quais as circunstâncias utilizadas pelo juiz para a formação de seu convencimento¹²⁰.

Mister considerar a inegável amplitude que o dever de reparação que o dano extrapatrimonial coletivo alcança dentro do ordenamento pátrio. Nesse sentido, destaca-se não só no ramo do direito civil, mas também fortemente no âmbito do direito do trabalho, que por sua vez tem se projetado na busca pela proteção da dignidade da pessoa humana, coletivamente considerada.

Merece análise a decisão que condenou a empresa de telecomunicações TIM a pagar R\$ 400 mil a título de dano moral coletivo por venda casada de chip e aparelho fixo¹²¹.

Embora no Recurso Especial Nº 1.397.870 - MG, apreciado pela 2ª turma do STJ pelo relator ministro Mauro Campbell Marques, em 02 de dezembro de 2014, discutia-se, restritamente, quanto à existência de dano extrapatrimonial coletivo, bem como alegado cerceamento de defesa na produção de provas. No que concerne à quantificação, torna-se possível identificar a generalidade na fixação do *quantum debeatur*.

Com base em diversas reclamações de consumidores do Estado de Minas Gerais, segundo os quais só poderiam adquirir chips "Tim Fixo Pré" ou "Tim Fixo Pós" se também comprassem aparelhos da empresa, o Ministério Público do estado de Minas Gerais ajuizou a ação civil pública contra a referida empresa.

¹²⁰ FLORENCE, Tatiana Magalhães. Danos Extrapatrimoniais coletivos. *cit.*, p. 170.

¹²¹ Acesso em: 20 de nov. de 2018. <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI212215,21048-TIM+e+condenada+em+R+400+mil+por+venda+casada+de+chip+e+aparelho+fixo>

No referido recurso especial, restou observado que o digno juízo de 1º grau consignou em seu *decisum* que, apesar de instado a ser manifestar, o réu ficou-se inerte quanto à impugnação específica dos elementos de prova que instruíam a ação, possibilitando, com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, veja-se:

Nestas circunstâncias, há a obrigação da Requerida em reparar o dano moral difuso, conforme previsto no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, c/c o art. 21, da Lei 7.347/85 c/c art. 81, parágrafo único, inciso I e art. 6º, inciso VI, da Lei 8078/90. Há que se estabelecer o valor da multa. Entendo que o montante de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), atende bem os princípios da razoabilidade e proporcionalidade que devem nortear a sua fixação, servindo de caráter pedagógico, para que a Requerida não reitere ações que visem lesar o consumidor, considerando-se, ainda, que a empresa é de grande porte. Assim, julgo, amparado pelos dispositivos legais retromencionados, procedente o pedido, para declarar abusiva a conduta da Ré, determinando que se abstenha de promover a venda casada de seus serviços e produtos, nos exatos termos do pedido exordial. Determino, ainda, que a Requerida fixe preços distintos e razoáveis para os serviços de telefonia e venda de aparelhos telefônicos, comprovando-os em juízo, no prazo de 30 dias.

Percebe-se, portanto, que decisões como a exemplificada não são incomuns no sistema processual, de forma que se verificam tanto no âmbito coletivo, e, principalmente, na esfera individual em que as demandas são quantitativamente maiores. A problemática piora quando são analisadas questões como a prejudicialidade do contraditório e impossibilidade de revisão das decisões.

Essa falta de fundamentação das decisões, pautadas pela falta de uma base jurídica, faz com que tenhamos uma insegurança jurídica, uma vez que, decisões com objetos semelhantes podem ser extremamente diferentes quanto ao *quantum* arbitrado, sendo desigual ao iguais e igual aos desiguais, assim, Xisto Tiago de Medeiros Neto, elenca 5 (cinco) aspectos principais que deveriam ser levados em conta para a quantificação da condenação em sede de dano extrapatrimonial coletivo:

- (I) *A natureza, a gravidade e a repercussão da lesão*
Deve-se verificar, nesse ponto, exemplificativamente, a essência e a relevância do interesse lesado e o valor que representa para a sociedade. Além disso, também ensejam consideração os aspectos da irreversibilidade e gravidade do dano e da extensão dos seus efeitos (se localizados, limitados ou de abrangência maior, seja quanto ao espaço, seja quanto a coletividade afetada).

- (II) *A situação econômica do ofensor*
Destaca-se, aqui, a importância quanto a não se perder de vista a condição financeira e patrimonial do autor do dano e a expressão econômica da sua atividade. Será este, por lógico, o elemento balizador para guiar a fixação do valor objeto da condenação, em face da observação da presença dos demais aspectos indicados. O magistrado poderá se valer, pois, acaso entenda necessário, de informações patrimoniais, contábeis, bancárias e até fiscais respeitantes ao ofensor, obtidas por qualquer meio, inclusive mediante requisição aos órgãos competentes, de maneira a garantir que o *quantum* fixado nem seja insuficiente para estabelecer uma sanção eficaz, nem seja demasiadamente exagerado, para conduzir a parte a insolvência.
- (III) *O eventual proveito obtido com a conduta ilícita*
É fundamental ter-se a percepção do benefício ou vantagens auferidas pelo agente com a prática ilícita, aspecto que aponta a motivação para a ocorrência do dano, ampliando-se a visão da intolerabilidade quanto a conduta, de maneira que o valor da condenação possa neutralizar tal condição. É possível observar, igualmente, se se tratou de uma conduta isolada ou de uma prática reiterada do ofensor, para obter ganhos ao longo do tempo, dado importante para a tarefa de arbitramento da parcela.
- (IV) *O grau de culpa ou do dolo, se presentes, e a verificação da reincidência*
A conduta, sendo dolosa ou espelhando culpa grave, enseja evidentemente, uma reação de maior força do sistema jurídico, correspondendo, no particular, a uma agravante para justificar uma maior expressão do valor indenizatório. Ademais, a verificação de reincidência do ilícito vem a demonstrar o desprezo reprovável do autor quanto as regras e princípios integrantes do ordenamento, constituindo aspecto inaceitável no plano jurídico, a exigir, também, o incremento da parcela da condenação.
- (V) *O grau de reprovabilidade social da conduta adotada*
Facilmente se apreende, de acordo com o que aponta o senso comum, a reprovação social que determinadas condutas ilícitas suscitam, em face do dano observado, a vista do desrespeito a valores fundamentais da coletividade. O órgão judicial será necessariamente o intérprete dessa realidade, a ser tomada como ponto de consideração para traduzir-se o critério de justiça exigido na resposta a ser dada. Esse é, portanto, aspecto importante a ser contemplado na tarefa de arbitramento do *quantum* pertinente a condenação, pois, dependendo das características peculiares a determinadas coletividades e do padrão de valores vigente, os efeitos da prática ilícita podem-se sentir de maneira diferenciada, sendo maior ou menor a repercussão negativa na sociedade.¹²²

Na mesma linha, como anteriormente mencionado, a fixação da indenização por danos morais é uma das tarefas que mais atormentam os operadores de direito, desde a aceitação do instituto em nosso ordenamento jurídico, tanto na esfera individual quanto coletiva.

¹²² MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano Moral Coletivo. cit.*, p.164-166.

Não é novidade a grande quantidade de decisões que arbitram valores completamente distantes em hipóteses bastante semelhantes ou valores muito próximos onde, em tese, as reparações jamais poderiam ser equivalentes. Nesse sentido, preconiza Humberto Theodoro Júnior:

Se a vítima pudesse exigir a indenização que bem quisesse, e se o juiz pudesse impor a condenação que lhe aprovesse, sem condicionamento algum, cada caso que fosse ter à Justiça se transformaria num jogo lotérico, com soluções imprevisíveis e as mais disparatadas.¹²³

Assim, é que, infelizmente, resta incontestável a afirmação de que dependendo do juiz e da câmara, para onde seja distribuída a ação, o valor da indenização pode ser muito alto ou irrisório, mesmo tratando-se de dissídios coletivos.

Desta forma, o Superior Tribunal de Justiça, a partir de reiterados acórdãos e visando estabelecer um controle sobre as reparações, vem adotando o entendimento de que para modificação do valor condenatório por danos extrapatrimoniais, caberá recurso especial, apenas de forma excepcional, nos casos em que o valor arbitrado contrariar a lei ou o bom senso ou afrontar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, mostrando-se irrisório ou exorbitante¹²⁴.

Nesse sentido, fundamenta o acórdão proferido pelo ministro relator Luis Felipe Salomão, no agravo regimental em recurso especial nº 531.755-MG, em 21/08/2014, a título exemplificativo. Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. DANO MORAL COLETIVO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO DO VALOR DOS DANOS MORAIS. ALEGAÇÃO DE VALOR EXAGERADO. REEXAME DO SUPORTE FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. O Tribunal de origem, com base nos fatos e provas dos autos, concluiu pela ocorrência do dano moral coletivo. Dessa forma, rever a conclusão do Tribunal de origem demandaria o reexame do contexto fático probatório, conduta vedada ante o óbice da Súmula 7/STJ.

¹²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p.89.

¹²⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos a pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*, cf. p.275-278.

2. Nos termos da jurisprudência consolidada neste Superior Tribunal de Justiça, a revisão de indenização por danos morais só é possível em recurso especial quando o valor fixado nas instâncias locais for exorbitante ou ínfimo, de modo a afrontar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Ausentes tais hipóteses, incide a Súmula 7 do STJ, a impedir o conhecimento do recurso.
3. No presente caso, não se vislumbra nenhuma excepcionalidade que seria capaz de ensejar a redução pelo STJ do valor da indenização por danos morais arbitrado nas instâncias ordinárias.
4. Agravo regimental não provido.

A consolidação desse entendimento de inadmissibilidade, em regra, de recurso especial para revisão do *quantum debeatur* dos danos morais, parte da aplicação, de acordo com sua jurisprudência consolidada, da vedação ao reexame de questões fático-probatórias, conforme preconiza a súmula n.º 7 do Superior Tribunal de Justiça¹²⁵.

Nas hipóteses excepcionais admitidas, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que há violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tratando-se de questão de direito, e não matéria fática, de modo que a revisão não seria um óbice da referida súmula. É o que justifica o ministro Luiz Fux no julgado abaixo:

A jurisprudência desta Corte Superior tem-se posicionado no sentido de que esse quantum deve ser arbitrado pelo juiz de maneira que a composição do dano seja proporcional à ofensa, calcada nos critérios da exemplaridade e da solidariedade. Assim, cabe ao S.T.J aumentar ou reduzir o valor fixado a título de indenização por danos morais, quando este se configure irrisório ou exorbitante, sem que isso, implique análise de matéria fática. STJ, 1a T., REsp 901.897, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 25/11/2008.

Por causa da súmula n.º 7, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça considera apenas os fatos expressamente consignados nas decisões de primeiro e segundo grau de jurisdição, e não revê o entendimento do tribunal local quanto à existência da ofensa, à presença do nexo de causalidade e à existência de culpa, fatores esses em “erosão” conforme Anderson Schreiber em sua obra “Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil - da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos”.

¹²⁵ Súmula nº 7 - A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

A questão que remanesce é, quando um valor apresenta-se realmente exorbitante ou irrisório? O parâmetro utilizado foi adequado? O livre arbítrio do juiz é realmente livre?

O livre arbítrio do juiz é constantemente questionado, uma vez que, tratam – se de possibilidades infinitas de posicionamentos e decisões diferenciadas a todo momento.

Nos parece que a adoção de um critério para o *quantum debeat* dos danos morais é de extrema importância, no entanto, questões não devem ser deixadas de lado, uma a de que este critério deva ser utilizado desde os juízos de primeiro grau, possibilitando assim reavaliações dos temas abordados, que as decisões sejam extremamente bem fundamentadas e que, não se deixe de avaliar a questão punitiva necessária a ser inserida no *quantum debeat* dos danos morais, bem como da avaliação de uma possibilidade de além de valores monetários, uma análise quanto à possibilidade e a necessidade de existência em paralelo de uma reparação alternativa dos danos.

Entendemos que critérios para um início de entendimento quanto a real necessidade de uma decisão fundamentada e arrazoada são indispensáveis, mas, como já acontecera com entendimentos anteriores dos tribunais quanto a balizamentos criados pelo legislativo, concluimos que esses critérios não devam ser utilizados como única fundamentação para as decisões, elas tem que ser únicas, os casos são únicos, as particularidades dos casos são únicos, os problemas causados por desastres ambientais provavelmente são piores dos que os causados por um propaganda irregular, mas, os danos extrapatrimoniais existiram e devem ser analisados e devidamente punido o causador dos danos.

4.7 Os Limites do Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça vem adotando um método para a análise dos casos envolvendo danos extrapatrimoniais coletivos e a consequente quantificação do *quantum indenizatório*.

O tribunal superior nomeou o critério de análise e quantificação como método bifásico.

O STJ, vem utilizando o método em alguns casos e recentemente, em seu portal de notícias¹²⁶, publicou artigo¹²⁷ no qual é descrito a forma de utilização do critério.

O artigo em comento inicia com a reafirmação do já apontado quanto a grande dificuldade de quantificação do dano para efeito de indenização.

A ministra Nancy Andrighi, aponta que no critério bifásico, um valor básico para a reparação é analisado considerando o interesse jurídico lesado e um grupo de precedentes. Depois, verificam-se as circunstâncias do caso para fixar em definitivo a indenização, critério também apontado pelo ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes. Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo à determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz.

O ministro Sanseverino, ainda no referido artigo descreveu o que é na prática a indenização pecuniária a título do dano extrapatrimonial:

“Diante da impossibilidade de uma indenização pecuniária que compense integralmente a ofensa ao bem ou interesse jurídico lesado, a solução é uma reparação com natureza satisfatória, que não guardará uma relação de equivalência precisa com o prejuízo extrapatrimonial, mas que deverá ser pautada pela equidade”.

Na prática, mesmo após decisões reiteradas do Superior Tribunal de Justiça utilizando o critério bifásico, não é possível afirmar que todos os magistrados,

¹²⁶ Superior Tribunal de Justiça – STJ: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/O-m%C3%A9todo-bif%C3%AAsico-para-fixar-em-definitivo-a-indeniza%C3%A7%C3%B5es-por-dano-moral. Acesso: 04 de jan. de 2019.

¹²⁷ Anexo A

de todas as comarcas do país utilizam o critério em suas decisões, uma vez que a utilização do método pelo STJ não torna vinculante as decisões dos tribunais inferiores.

O que facilmente é possível afirmar é que mesmo com as decisões dos tribunais superiores e com a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, é corriqueiro na análise de decisões a título de danos extrapatrimoniais coletivos, o arbitramento de valores sem a devida pormenorização dos critérios utilizados na quantificação, bem como não existe uma distinção entre valores compensatórios e valores punitivos.

Assim, caso o entendimento dos ilustres ministros seja pela utilização do critério como base de fundamentação, deverão ser adotados procedimentos que vinculem as decisões dos tribunais inferiores.

4.8 Posição do STF Quanto ao Balizamento e Critérios de Fixação do *Quantum*

Resta evidente que não há e nem poderia haver, no ordenamento jurídico brasileiro, valores previamente estabelecidos (para propaganda enganosa, R\$ 10.000,00 (dez mil), danos ambientais R\$ 1.000.000,00 (um milhão), danos extrapatrimoniais coletivos trabalhistas R\$ 100.000,00 (cem mil), que pudessem vincular o juiz no arbitramento do valor da reparação do dano extrapatrimonial coletivo.

Corroborando o pensamento de impossibilidade de valores previamente estabelecidos, mas com a existência de alguns critérios, Vitor Fernandes Gonçalves afirma que:

No direito italiano, a Lei n.º 349, de 8.7.1986, ao tratar sobre a questão da reparação do dano ambiental, previu em seu art. 18, § 1º, que qualquer fato doloso ou culposos em violação das disposições legais pertinentes a proteção do meio ambiente, obriga o autor do fato a um ressarcimento. Estabeleceu, também, no § 6º do mesmo preceito que o juiz da causa, para determinação quantitativa da soma pecuniária a ser imposta ao sujeito imputável, leva em conta a gravidade da sua culpa e o lucro que obteve com a ação.¹²⁸

¹²⁸ GONÇALVES, Vitor Fernandes. *A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos. cit.*, p. 201.

Deve preponderar, repita-se, na fixação do *quantum* da condenação, o objetivo de fazer o ofensor sentir, por força da parcela pecuniária imposta¹²⁹, exemplarmente, as consequências da conduta danosa, considerando a lesão a direitos fundamentais da coletividade.

Ressaltamos que entendemos que com a não existência de valores pré-determinados, sempre haverá o risco de ocorrer discrepância entre os valores arbitrados pelos órgãos judiciais, em ocorrendo o já citado, tratamento igual aos desiguais e desigual aos iguais, mas, em ocorrendo, caberá ao STJ o controle da quantia arbitrada:

O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, quando a quantia arbitrada se mostra ínfima, de um lado, ou visivelmente exagerada, de outro.¹³⁰

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal¹³¹ tem corretamente interpretado que “toda limitação, prévia e abstrata, ao valor da indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República Federativa do Brasil.

No acórdão do RE n.º 447.584, relatado pelo Ministro Cesar Peluso, muito bem fundamentado no sentido de que o que deve ser tomado por base é que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 emprestou ao dano moral tratamento especial - art. 5º, V e X - desejando que a indenização decorrente desse dano fosse a mais ampla possível. É o que se extrai, do disposto nos citados incisos V e X: 'é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem' (inciso V); 'são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação' (inciso X).

¹²⁹ Repisa-se em “parcela pecuniária imposta” pois, como em diversos momentos já afirmamos, entendemos que a condenação deve ser além de apenas “dinheiro”, deve existir no quantum fixado, parcela compensatória, parcela reparatória, parcela educativa-punitiva e a condenação em “contrapropaganda”, termo utilizado pelo Código de Defesa do Consumidor.

¹³⁰ STJ – REsp. n.º 443.095-SC, 4 T, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 14.04.2003.

¹³¹ Recurso Extraordinário n.º 447.584, Rel. Min. Cesar Peluso, j. 28.11.2006.

Assim, não seria possível, sujeitar a decisão de condenação por danos extrapatrimoniais coletivos aos limites da lei de imprensa. Se o fizéssemos, estaríamos interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição, já que esta é pressuposto de validade e de eficácia de toda a ordem normativa instituída pelo Estado.

Portanto, em posicionamento atual (2006), o STF é contrário a balizamentos limitantes no que tange às condenações a título de danos extrapatrimoniais coletivos.

4.9 A Excepcionalidade da Função Punitiva no Arbitramento dos Danos Extrapatrimoniais Coletivos

Como já apontado, o interesse comum em se alcançar a paz e a harmonia social, levando-se em conta interesses individuais, da coletividade, bem como as regras de convivência e organização, conduzem à valorização cada vez maior da responsabilidade civil como um mecanismo estrutural jurídico de garantia do equilíbrio da sociedade.

Nesse sentido, análises cautelosas das funções da reparação dos danos extrapatrimoniais são de extrema necessidade, uma vez que a quantificação do valor correspondente à lesão sofrida constitui aspecto dos mais relevantes. Cabe ressaltar, ainda, o compreensível grau de complexidade presente no dimensionamento do *quantum* correspondente, ocasionado por força das variantes que se revelam caso a caso, ainda mais se tratando de bens ínsitos à esfera extrapatrimonial, na qual, conforme já mencionado, exige do magistrado redobrado senso de observação, objetivando-se, ao final, a não banalização do próprio instituto da responsabilidade civil.

À vista das características próprias dos danos extrapatrimoniais coletivos, cabe frisar que a sua análise enseja um tratamento próprio no plano de responsabilização do agente causador, o que se difere em relação à função que orienta, por excelência, os danos extrapatrimoniais individuais. Nesse sentido, o norte

do presente trabalho parte da noção de excepcionalidade da função punitiva como método utilizável para auferir o *quantum debeatur* da condenação, inserindo-se, portanto, os danos à coletividade como exceção à posição adotada por parte da doutrina que preconiza uma preponderância da função compensatória como viés reparador das lesões.

Assim, é necessário fundamentar a excepcionalidade da função punitiva no arbitramento do dano extrapatrimonial coletivo. No que concerne à esfera coletiva, não são poucas as situações em que se torna possível verificar que condutas ilícitas, refletindo efeitos danosos à coletividade, deixam seus ofensores isentos de uma responsabilização adequada, em que pese o proveito obtido com as violações praticadas, sobretudo se fosse aplicado na quantificação do dano apenas o caráter reparador da função compensatória.

Nesse cenário, aliado a dificuldade do real e integral dimensionamento do dano extrapatrimonial coletivo, em razão da imprecisão dos parâmetros para compensar o dano, torna-se ainda mais pertinente o objetivo de sancionar o agente causador, por meio da aceitação e incorporação na esfera coletiva do caráter sancionador da condenação, com o fim maior de desestimular outras possíveis condutas ofensivas.

Sobre o tema, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho pronuncia-se:

Havendo dano a interesse público ou difuso, perfeitamente possível a imposição de reparação civil com caráter marcadamente sancionatório sob a forma de dano punitivo. Contudo, a imposição de indenização com caráter de sanção deve ser cercada de cuidados para não exorbitar sua finalidade repressiva e dissuasiva. [...] A sua aplicação comedida e prudente levaria a uma maior esfera de proteção ao interesse público e aos novos conceitos de interesse difuso e coletivo. A reparação, nesses casos, deve ser feita por arbitramento judicial, a exemplo do que ocorre no dano moral tradicional¹³².

Destaca-se, ainda, a posição abalizada de José Augusto Garcia:

¹³² CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Responsabilidade por dano não patrimonial a interesse difuso*, cf. p.37.

Antes de forma um tanto receosa, e ultimamente de maneira bem mais resoluto, passou-se a admitir uma função punitiva para as condenações relativas a danos morais. Na verdade, poderíamos falar, mais apropriadamente, em uma função preventivo-pedagógica para os danos morais, a qual se mostra intimamente conectada ao tema da coletivização jurídica. De fato, em conflitos meramente intersubjetivos, a aludida função preventivo-pedagógica pouco tem a brilhar, mormente porque se trata, em regra, de lides eventuais, não habituais, não profissionais. Tudo muda de figura, entretanto, quando estamos diante de conflitos carregados de dimensão coletiva. [...]A função preventiva da indenização por danos morais e a ênfase na conduta do ofensor, para efeitos de quantificação da indenização, há anos e anos não traduzem mais novidade alguma no meio jurídico. [...] Com efeito, a manifestação pretoriana há de demonstrar cabalmente a reprovação estatal em relação a comportamentos que infrinjam a ordem pública [...], desestimulando o infrator da maneira a mais persuasiva possível. Não é possível que a decisão judicial, mesmo condenando (o ofensor), estimule ainda mais o proceder ilícito¹³³.

Cabe, ainda, frisar que Maria Celina Bodin de Moraes¹³⁴, embora tenha assumido uma posição restritiva no que diz respeito à natureza punitiva da reparação do dano moral individual, admite o dano punitivo, em sua função de exemplaridade, quando a ação versar sobre casos em que se faça imperioso dar uma resposta à sociedade, isto é, à consciência social.

A autora, enfaticamente, reconhece:

Um caráter punitivo na reparação de dano moral para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos, tanto na relação de consumo quanto no Direito Ambiental. Aqui, a *ratio* será a função preventivo-precautória que o caráter punitivo inegavelmente detém, em relação às dimensões do universo a ser protegido. Nesse casos, porém, o instituto não pode se equiparar ao dano punitivo como hoje é conhecido, porque o valor a maior da indenização a ser pago "punitivamente", não deverá ser destinado ao autor da ação, mas, coerentemente com o nosso sistema [...], servirá a beneficiar um número maior de pessoas, através do depósito em fundos [...]¹³⁵.

Com base nessas assertivas, é possível concluir que, nas questões individuais, onde as peculiaridades da lesão em face da vítima são mais visivelmente identificadas, a função compensatória assume supremacia em relação ao caráter

¹³³ GARCIA, José Augusto. *O princípio da dimensão coletiva das relações de consumo: reflexos no "processo do consumidor", especialmente quanto aos danos morais e as conciliações*, cf. p.28.

¹³⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos a pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*, cf. p.263.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 162.

punitivo ou sancionador pedagógico, ensejando sobre si maior consideração na esfera jurisprudencial. Mas, nas hipóteses de dano extrapatrimonial coletivo, em vista da inegável relevância de sua reparação, torna-se essencial cumprir as duas funções (ou mais funções como será apontado adiante).

Tatiana Florence, citando dois autores argentinos, Matilde Zavala de González e Rodolfo Martín González, fundamenta que a indenização punitiva teria três funções a desempenhar: a) sancionar o responsável; b) prevenir condutas lesivas similares e c) eliminar os benefícios injustamente obtidos através da atividade danosa. Sobre essa última, afirmam que “não se infere um ‘mal adicional’ ao ofensor, mas se destrói o ‘benefício adicional’ que ele criou em interesse próprio e sobre o sacrifício alheio”¹³⁶.

Nesse sentido, o desafio que se configura é exatamente o de superar o contrassenso de considerar uma sanção punitiva nas hipóteses do dano extrapatrimonial coletivo caracterizado por responsabilidade objetiva, sem que se estabeleça a razão pela qual o ofensor está sendo punido.

4.10 Critérios Relativos à Função Compensatória e Punitiva

Como visto, cuida-se a reparação do dano extrapatrimonial coletivo, diante do imperativo constitucional de proteção e tutela a direitos transindividuais, de modalidade peculiar de quantificação, uma vez que se admite a função punitiva. Deste modo, a relevância da previsão legal dessa reparação por danos extrapatrimoniais coletivos (artigos 1º e 13 da Lei n.º 7.347/85), é facilmente verificada quando se constata que a simples cessação da conduta danosa ilícita ou o cumprimento de determinada obrigação de fazer ou não fazer, deixaria impune o ofensor, se comparar o proveito obtido com a violação, que muitas vezes revela-se exorbitante, em detrimento, portanto, de bens e valores titularizados pela coletividade.

Nesse sentido, considerando que os critérios adotados para a fixação do dano extrapatrimonial representam a resposta do sistema jurídico a essas condutas

¹³⁶ FLORENCE, Tatiana Magalhães. *Danos Extrapatrimoniais coletivos*. cf. p.166.

danosas, surge a necessidade de que o magistrado esteja orientado pela observância dos princípios da equidade e da motivação lógico-racional, estabelecendo e separando no seu *decisum* o valor atribuído com relação a cada critério adotado.

Contudo, antes de separar e explicar alguns critérios apontados doutrinariamente torna-se importante revisar que, não obstante a vedação do tabelamento para fixação do *quantum debeatur* da condenação, como a já mencionada a revogação do tabelamento da lei de imprensa, parte da doutrina via na entrada em vigor do Código Civil de 2002 a oportunidade de uma orientação legal e objetiva de critérios. Entretanto, os critérios para a fixação do dano extrapatrimonial não foram regulados pelo Código Civil¹³⁷.

Elucida com clareza Maria Celina Bodin de Moraes:

[...] Para o dano moral, a liquidação fica exclusivamente ao arbítrio do juiz, não estando ele adstrito a qualquer limite legal ou tarifa pré-fixada. Com efeito, a amplitude do dispositivo constitucional acerca da indenização por dano moral fez com que, tanto em doutrina como na jurisprudência, viessem a ser considerados inconstitucionais todos os limites previstos em lei para tal reparação¹³⁸.

Dessa forma, o desafio dessa previsão ficou sob responsabilidade da doutrina e da própria jurisprudência, que apontam diversos outros critérios objetivos, a serem observados.

Em relação às funções compensatória e punitiva, também chamada de sancionatória ou pedagógica-preventiva, verifica-se, através dos entendimentos de autores como Maria Celina Bodin de Moraes e Xisto Tiago de Medeiros Neto, que se pode separar e elencar, com base nos aspectos principais de cada função, os critérios mais adotados.

Relativo à função compensatória, destaca-se o critério da natureza, gravidade e extensão da lesão, abrangendo a corrente que adota dentro dessa

¹³⁷ O Código Civil de 1916 chegou a indicar alguns critérios a serem observados no ressarcimento dos danos extrapatrimoniais, como, por exemplo, nos arts. 1.538, 1.547 e 1.548.

¹³⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos a pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*, cf. p.162-163.

perspectiva a prevalência do interesse do bem jurídico lesado. Já com relação à função punitiva, verifica-se que são mais regularmente adotados os critérios da condição social, econômica e política do ofensor e da vítima; o grau de culpabilidade; os benefícios obtidos ou almejados com a conduta ilícita; o grau de reprovabilidade social da conduta e a finalidade dissuasiva futura perseguida¹³⁹.

Apresenta o critério da verificação da extensão do dano extrema relevância para a fixação da reparação por dano extrapatrimonial coletivo, o qual é consagrado no artigo 944 *caput* do Código Civil: “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

Nesse sentido, afirma-se que a extensão do dano é mensurada considerando o bem ou interesse jurídico lesado como a vida, liberdade, solidariedade, honra, imagem, intimidade, saúde, entre outros; a gravidade do dano perpetrado, seja ele pequeno, médio ou grande; a duração do dano, se por um curto, médio, longo prazo ou permanente, e a repercussão social do dano.

Enfatiza, ainda, Tatiana Florence¹⁴⁰ que a análise da extensão do dano sempre foi necessária para quantificação da indenização, independentemente de previsão legal nesse sentido. Esclarece, portanto, a impossibilidade de não se ater ao impacto, a natureza e a repercussão da lesão na vida dos ofendidos para se chegar a um valor justo que possa representar uma mitigação ao sofrimento experimentado.

Concernente ao critério de extensão do dano, parte da doutrina entende que deve prevalecer o critério de valorização do bem ou interesse jurídico lesado. Este entendimento foi exposto pelo ministro Paulo de Tarso Sanseverino¹⁴¹ em brilhante voto que debatia os critérios de quantificação (critério bifásico) em determinado caso, o qual foi analisado brevemente.

O ministro enfatiza que esse critério foi sugerido por Judith Martins-Costa, ao observar que o arbítrio do juiz na avaliação do dano deve ser realizado com

¹³⁹ *Ibid.*, p.275-295.

¹⁴⁰ FLORENCE, Tatiana Magalhães. *Danos Extrapatrimoniais coletivos*. cf. p.178.

¹⁴¹ Resp. 959.780-ES, 3ª T, Rel. Paulo de Tarso Sanseverino, DJ 26.4.11

observância ao “comando da cláusula geral do artigo 944, regra central em tema de indenização”.

Essa vertente sugere, ainda, que:

[...] O ideal seria o estabelecimento de “grupos de casos típicos”, “conforme o interesse extrapatrimonial concretamente lesado e consoante a identidade ou a similitude da *ratio decidendi*, em torno destes construindo a jurisprudência certos tópicos ou parâmetros que possam atuar, pela pesquisa do precedente, como amarras à excessiva flutuação do entendimento jurisprudencial”. Ressalva que esses “tópicos reparatórios” dos danos extrapatrimoniais devem ser flexíveis de modo a permitir a incorporação de novas hipóteses e evitar a pontual intervenção do legislador.¹⁴²

O jurista segue considerando que a vantagem desse método é a preservação da igualdade e da coerência nos julgamentos pelo juiz ou tribunal. Assegura igualdade, porque casos semelhantes recebem decisões similares, e coerência, pois as decisões variam na medida em que os casos se diferenciam. Outra vantagem desse critério seria permitir a valorização do interesse jurídico lesado, ensejando que a reparação do dano extrapatrimonial guarde uma razoável relação de conformidade com o bem jurídico efetivamente ofendido.

Entretanto, um problema já apontado é que esse método apresenta alguns problemas de ordem prática, o primeiro deles o fato de ser utilizado individualmente por cada juiz, ainda não há uma “Súmula Vinculante” sobre o tema, ou até mesmo uma criação ou alteração de uma legislação no sentido de positivizar o critério bifásico de quantificação. Outro problema reside no risco de sua utilização com excessiva rigidez, conduzindo a um indesejado tarifamento judicial das indenizações por prejuízos extrapatrimoniais, o que, por sua vez, ensejaria um engessamento da atividade jurisdicional, transformando o seu arbitramento em uma simples operação de subsunção, e não mais de concreção.

Desta forma, concluir que o tarifamento judicial, tanto quanto o legal, não se mostra compatível com o princípio da reparação integral, uma vez que possui como

¹⁴² Resp. 959.780-ES, 3ª T, Rel. Paulo de Tarso Sanseverino, DJ 26.4.11

uma de suas funções fundamentais, a exigência de avaliação concreta da indenização, inclusive por prejuízos extrapatrimoniais.

Para a análise da quantificação do dano extrapatrimonial, faz – se a análise dos critérios punitivos apontados pela doutrina e jurisprudência.

No critério da condição social, econômica e política do ofensor e da vítima verifica-se, uma tendência geral à imputação de valores indenizatórios mais elevados a determinados ofensores com alta capacidade econômica, ao passo que outros de baixo padrão socioeconômico arcam com indenizações menores. Maria Celina Bodin de Moraes assevera que “o critério do nível socioeconômico do ofensor é o verdadeiro critério da punição. No entanto, é sempre apontado como tendo de ser conjugado ao porte econômico da vítima”¹⁴³.

A pertinente afirmação da autora visa evitar a configuração do instituto do enriquecimento sem causa do ofendido e o empobrecimento do ofensor, é, como podemos apontar como pensamento análogo, o princípio da capacidade contributiva no Direito Tributário e o da capacidade x possibilidade no Direito Civil – família - alimentos. Entretanto, na esfera dos danos extrapatrimoniais coletivos verifica-se uma impossibilidade fática dessa ocorrência, em razão não só da impossibilidade de análise das condições econômicas de todos os sujeitos, quando determináveis ou indetermináveis, mas, sobretudo, em razão da destinação do *quantum* da condenação.

Nessa lógica, a Lei n.º 7.347, de 1985, prevê em seu artigo 13¹⁴⁴ que as condenações em dinheiro havidas no âmbito das ações civis públicas reverterão a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais, com a necessária participação do Ministério Público e de representantes da comunidade, sendo seus

¹⁴³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos a pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*, cf. p.298.

¹⁴⁴ Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

§ 1º. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária.

recursos destinados à reconstituição dos bens lesados, o qual se inclui nessa parcela os valores concernentes à reparação de dano moral coletivo.

Não discutiremos acerca da possibilidade de alteração da destinação das reparações diferentemente do que é apresentado pelo citado artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública.

Assim, adverte Xisto Tiago de Medeiros Neto, com relação à importância da verificação objetiva da condição financeira e patrimonial do autor do dano na esfera coletiva:

[...] condenações sem expressão pecuniária significativa, em face de empresas ou corporações de grande porte - principalmente aquelas que se revelam contumazes descumpridoras das normas jurídicas -, não significará nem sanção eficaz, nem também dissuasão suficiente a impedir novas violações do ordenamento jurídico e a reiteração dos danos¹⁴⁵.

Fundamenta, entretanto, Tatiana Florence a importância de consignar que esse critério, concernente ao ofendido, mesmo nos casos dos tradicionais danos morais individuais, não deve ser utilizado como orientação para a fixação da indenização, por configurar-se como discriminatório e violador do princípio da isonomia. Entende, também, que levando tal aplicação para a prática, esse critério leva à conclusão de que “a honra, a privacidade, a integridade física, enfim, a dignidade de uma pessoa abastada vale mais do que daquele que não desfruta de uma boa situação financeira. Tal entendimento é completamente contrário aos ideais de justiça e moral em que foi fundada a Constituição Federal”¹⁴⁶.

O critério do grau de culpabilidade tem sido um dos parâmetros mais lembrados pela jurisprudência na fixação da condenação por danos extrapatrimoniais.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem decidido que o ofensor deve pagar mais se agiu com dolo ou maior negligência,

¹⁴⁵ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. *Dano Moral Coletivo*. cf. p.211.

¹⁴⁶ FLORENCE, Tatiana Magalhães. *Danos Extrapatrimoniais coletivos*. cf. p.76.

imprudência ou imperícia. Percebe-se, portanto, que esse é um critério mais punitivo do que compensatório.

Estampa com clareza a utilização desse critério o ministro Paulo de Tarso Sanseverino:

Na análise da intensidade do dolo ou do grau de culpa, estampa-se a função punitiva da indenização do dano moral, pois a situação passa a ser analisada na perspectiva do ofensor, valorando-se o elemento subjetivo que norteou sua conduta para elevação (dolo intenso) ou atenuação (culpa leve) do seu valor, evidenciando-se claramente a sua natureza penal, em face da maior ou menor reprovação de sua conduta ilícita.

Importante esclarecer que o Código Civil de 1916 acolheu a teoria da integral reparação do dano, não fazendo qualquer alusão à culpa do ofensor ao dispor sobre as perdas e danos em seus artigos 1.059 a 1.061¹⁴⁷. Nesse sentido, a conduta do ofensor não gozava de relevância para a reparação da lesão.

Observa Maria Celina Bodin de Moraes que:

A escolha legislativa pela irrelevância do grau de culpa foi uma opção de ordem lógica. Uma alternativa excluía a outra, porque das duas, uma: ou bem se determinava a indenização de todo o dano, e o grau da culpa não poderia ser levado em consideração, ou bem se media a conduta, permitindo a indenização menor do que seria necessário à reparação, em caso de culpa mais leve¹⁴⁸.

Entretanto, como visto anteriormente, o Código Civil vigente, por meio do seu artigo 944, parágrafo único, estabelece que, não obstante a indenização ser medida de acordo com a extensão do dano (*caput*), “se houver excessiva

¹⁴⁷ Art. 1.059. Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor, abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. Parágrafo único. O devedor, porém, que não pagou no tempo e forma devidos, só responde pelos lucros, que foram ou podiam ser previstos na data da obrigação.

Art. 1.060. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato.

Art. 1.061. As perdas e danos nas obrigações de pagamento em dinheiro, consistem nos juros da mora e custas, sem prejuízo da pena convencional. Código Civil - Lei nº 3.071 de 01 de Janeiro de 1916.

¹⁴⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos a pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*, cf. p.297.

desproporção entre a gravidade da culpa e o dano poderá o juiz reduzir a indenização”.

A gradação da culpa, então, passa a ter relevância, mas especificamente em relação à análise do grau de culpa do ofensor para a fixação do dano moral, o legislador nada dispôs.

Nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes fundamenta que o caráter punitivo do critério da culpabilidade não teria sido consagrado como critério para a fixação do dano moral, já que o aludido parágrafo único do artigo 944 possibilita ao magistrado apenas reduzir a indenização em função da conduta do ofensor, mas não aumentá-la. Esse dispositivo, portanto, em obrigatória interpretação a contrário *sensu*, deveria impedir que o juiz aumentasse a indenização além da extensão do dano, mesmo que o ofensor tenha agido com dolo¹⁴⁹.

O critério dos benefícios econômicos auferidos pelo ofensor parte do entendimento da necessidade da percepção dos eventuais benefícios ou vantagens, principalmente de ordem econômica, em razão da prática ilícita. Para Xisto Tiago de Medeiros Neto esse critério pode sinalizar a existência de motivação para a causação do dano, ampliando a visão da gravidade da conduta e, por consequência, da necessidade de um arbitramento que signifique sanção e desestímulo a sua repetição.

Continua esse autor:

É possível verificar, igualmente, se se tratou de conduta única ou de uma prática reiterada do ofensor, para obtenção de ganho indevido ao longo do tempo, elemento que influirá na fixação de um valor mais significativo da condenação¹⁵⁰.

Para Tatiana Florence¹⁵¹ essa circunstância é especialmente relevante no tocante à danosidade ambiental, que na maioria dos casos se dá em virtude da não observância de medidas de prevenção ou de parâmetros para despejo de resíduos

¹⁴⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos a pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹⁵⁰ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. *Dano Moral Coletivo*. cf. p.212.

¹⁵¹ FLORENCE, Tatiana Magalhães. *Danos Extrapatrimoniais coletivos*. cf. p.179.

das atividades potencialmente poluidoras. Esclarece que muitos optam pela rentabilidade da produção do dano e o pagamento da indenização do que atender exigências previamente estabelecidas.

O critério punitivo do grau de reprovabilidade social da conduta lesiva nem sempre é demonstrado nas decisões judiciais, mas não é difícil de identificar a reprovação social de acordo com o que reflete o senso comum à vista do desrespeito a valores fundamentais.

Passa-se a analisar um último parâmetro puramente punitivo, o chamado critério do caráter pedagógico punitivo das indenizações, uma vez que faz referência expressa à parcela da condenação que visa a punir o ofensor para que ele não volte a incorrer na ofensa. Ressalte-se, ainda, que há diversas denominações para se referir a essa finalidade, como desestimuladora e punitiva da reparação.

Assim como o critério do grau de reprovabilidade social da conduta, esse critério, quando usado, nem sempre é explicitado nas decisões, mas, quando mencionado, apresenta essa função desestimuladora como algo separado dos demais critérios punitivos, como o da culpabilidade e da capacidade econômica do ofensor.

Conjugando o critério de desestímulo com a condição econômica da vítima, elucida a ministra Nancy Andrighi:

Assim, no cumprimento do dever de uniformizar a interpretação da lei e jurisprudência federais, cumpre ao STJ sopesar a proporcionalidade e a razoabilidade dos valores fixados, para garantir que a reparação não se constitua motivo de enriquecimento indevido, mas, ao mesmo tempo, seja elemento de desestímulo à repetição do ato ilícito¹⁵².

Assim, não se pode olvidar que, em sede de tutela de direitos metaindividuais, o sistema de responsabilidade civil somente será eficaz socialmente, e atenderá às suas finalidades, se a reparação pecuniária estabelecida pela Justiça

¹⁵² REsp 1.025.104, STJ, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 27.04.2010.

representar um valor arbitrado equitativamente e pautado em critérios fundamentados, de forma que sejam, também, superiores aos do custo da prevenção do dano. E é por isso que o procedimento de fixação judicial do valor da condenação por dano moral coletivo não pode ignorar a necessária análise econômica da responsabilidade civil, para que haja coerência e efetividade nesse mesmo sistema.

4.11. O Paradigma da Despecuniarização da Responsabilidade Civil

Ao longo desse estudo sobre os critérios de quantificação e sobre alguns reflexos das condenações a reparação de danos extrapatrimoniais coletivos, em especial, em forma de pecúnia, pode-se afirmar que, uma conclusão é certa: não se chegou a nenhum critério que pudesse pacificar por derradeiro o debate sobre sua quantificação.

Somando-se a isso, e como consequência das alterações verificadas ao instituto ao longo do tempo, pode-se afirmar que ocorreu uma crescente expansão das demandas reparatórias ajuizadas perante o Poder Judiciário, tanto no aspecto quantitativo, ligado ao número de processos, quanto qualitativo, os chamados novos interesses extrapatrimoniais.

Nesse sentido, Anderson Schreiber¹⁵³ critica a posição do nosso ordenamento ao adotar como única resposta às lesões a interesses não patrimoniais o seu “remédio tradicional”, que se configura estritamente patrimonial, que é o dever de indenizar.

O autor fundamenta, ainda, que essa manutenção exclusivamente pecuniária induz à conclusão de que lesões aos bens e interesses existenciais podem ser autorizadas, desde que o ofensor arque com o preço correspondente ao dano, assim, grandes possuidores de imensas posses, como sempre, serão favorecidos, caso não sejam devidamente punidos (reparação material; reparação extrapatrimonial; critério punitivo; e pedido público de “desculpas” - retratação).

¹⁵³ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos Filtros da reparação à diluição dos Danos*. cf. p.195.

Nesse contexto, visando superar essa dificuldade, o autor elucida que diversas culturas jurídicas vêm experimentando, mesmo que de forma ainda inicial, “um movimento de despatrimonialização, não já do dano, mas da sua reparação”¹⁵⁴.

Quanto a esse aspecto não há como discordar do autor, quando claramente fundamenta que:

As infindáveis dificuldades em torno da quantificação da indenização por dano moral revelam a inevitável insuficiência do valor monetário como meio de pacificação dos conflitos decorrentes de lesões a interesses extrapatrimoniais, e fizeram a doutrina e a jurisprudência de toda parte despertarem para a necessidade de desenvolvimento de meios não pecuniários de reparação¹⁵⁵.

Como exemplo de um meio não pecuniário de reparação, torna-se imperioso citar a necessidade de aplicação pelos tribunais do instrumento da retratação pública, previsto pela Lei de Imprensa nº 5.250, de 1967 e pelo Código de Defesa do Consumidor, de 1990, possibilitando um efeito de desestímulo à conduta lesiva, alcançando a máxima preconizada pela mencionada função preventiva, sem que se recorra à atribuição desarrazoada de prestações demasiadamente punitivas.

Concluimos que a retratação pública deve ser aplicada em conjunto com todas as outras formas de reparação que o livre arbítrio do julgador assim determinar.

Schreiber¹⁵⁶, ainda, destaca que a despatrimonialização da reparação assume importante papel no atual cenário da responsabilidade civil, por fazer frente ao processo de mercantilização das relações existenciais e ao entendimento que vê a reparação do dano moral como uma questão interna do próprio mercado. Assim, ele arremata que “mesmo no campo necessariamente patrimonial, outros meios de tutela, como a reparação específica, vão sendo cada vez mais privilegiados, podendo-se falar, de forma geral, se não de despatrimonialização, de uma despecuniarização ou desmonetarização da reparação dos danos”.

¹⁵⁴ SCHREIBER, Anderson. *Novas tendências da responsabilidade civil brasileira*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 22, 2005.

¹⁵⁵ *Ibid*

¹⁵⁶ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos Filtros da reparação à diluição dos Danos*. cf. p.198-200.

É notório a prevalência na doutrina de acórdãos¹⁵⁷ em sede de “dano moral coletivo¹⁵⁸” que se dedicam unicamente a propiciar uma reparação unicamente monetária, sem o embasamento ou diferenciação das formas de reparação (punitiva ou compensatória), nem mesmo, na maioria dos casos, existe a utilização do método bifásico de quantificação mencionado e utilizado em diversos casos pelo Superior Tribunal de Justiça.

Assim, torna-se possível vislumbrar em sede de danos extrapatrimoniais advindos da ofensa a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos a relevância dessas novas formas de reparação, pois, sendo titular de proteção jurídica a coletividade, resta impossibilitada a reparação individualizada, ensejando assim o dever de sempre buscar-se a opção mais adequada e justa para reparar os danos extrapatrimoniais, especialmente os metaindividuais, resguardando sempre a proteção da dignidade da pessoa humana e demais princípios constitucionais como norte para a fixação da reparação em sua maior medida.

¹⁵⁷ Anexos “B” a “J”.

¹⁵⁸ Repisa-se que não é a nomenclatura utilizada pelo autor no presente trabalho, inclusive, na conclusão o autor expõe que entende ser inadequado o termo por não tratar de ofensas a personalidade como ocorre no dano moral individual, mas, nas ementas citadas nos anexos, em sua maioria, a nomenclatura utilizada é “dano moral coletivo”, por isso a utilização do termo no presente parágrafo para a referência aos anexos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O dano moral, como exposto, caracteriza-se como uma lesão aos direitos da personalidade, sendo, portanto, uma lesão de caráter imaterial e abstrato. É uma lesão ao patrimônio imaterial de uma pessoa, podendo atingir tanto o patrimônio afetivo quanto o social, mas, como já defendido, quando pensado de forma coletiva, difusa, uma ofensa imaterial ao patrimônio ambiental (como exemplo), é também passível de ressarcimento.

Sua reparação tem expressa previsão constitucional e infraconstitucional, mas para chegar a previsão expressa a teoria da indenização dos danos morais e extrapatrimoniais teve longo caminho a percorrer passando por três fases: não indenização, indenização apenas nos reflexos patrimoniais e atualmente, plena indenização.

Hoje, pode-se afirmar que o dano extrapatrimonial, devido as suas características - dano subjetivo, imaterial e abstrato - não pode ser reparado, mas apenas compensado. Não há meios de se ressarcir o patrimônio atingido, seja através da reparação em espécie, seja através de um equivalente em dinheiro, por isso concluímos que este dano não se repara, só se compensa. A compensação pode ser feita de várias formas, mas seu objetivo é atenuar a dor da vítima, punir o autor do dano e demonstrar que a sociedade se solidariza com ela.

O fundamento mais robusto que alicerça a possibilidade jurídica do dano extrapatrimonial transindividual está em que o próprio reconhecimento dos direitos coletivos de ordem extrapatrimonial implica a existência de lesões imateriais infligidas aos grupos.

Com a análise dos artigos 6º, VI e VII, do Código de Defesa do Consumidor e do art. 1º, *caput*, da Lei da Ação Civil Pública, alterado pela Lei n.º 8.884/1994, é razoável falar também de previsão legal do instituto, qual seja a da indenização por danos extrapatrimoniais coletivos.

Especificamente sobre o dano extrapatrimonial coletivo, o instituto é definido como a afronta a direitos essencialmente coletivos (difusos e coletivos *stricto sensu*) insuscetíveis de avaliação pecuniária, cujo prejuízo ou satisfação alcança igualmente todos os indivíduos interessados.

Entretanto, segundo outra versão, que tem obtido grande adesão da jurisprudência, o dano extrapatrimonial coletivo identifica-se com a ofensa a “valores coletivos” ou ao “patrimônio moral da sociedade”, redundando na frustração coletiva. Argui-se que as duas linhas de entendimento seriam compatíveis, uma vez que o patrimônio moral da coletividade e os valores que o integram seriam objeto de direitos difusos, pois constituiriam bens indivisíveis de toda a sociedade.

Relativamente à natureza jurídica, conclui-se que, igualmente ao que sucede com o dano moral individual, a indenização cumpre função mista. De um lado há o caráter sancionatório, punitivo e preventivo-pedagógico; de outro, o compensatório. O sentido de compensação, embora seja frequentemente menosprezado, parece estar expresso na Lei de Ação Civil Pública, cujo artigo 13 determina que o produto da indenização pecuniária será aplicado na restituição dos bens lesados.

O principal destino da reparação do dano extrapatrimonial coletivo é o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, cujo propósito é o emprego dos recursos arrecadados com vistas à recomposição dos interesses ofendidos. Fundos análogos existem na seara dos direitos trabalhistas, da proteção à criança e ao adolescente e dos direitos do consumidor.

Essas destinações afiguram-se adequadas em razão da transindividualidade dos direitos envolvidos. Entretanto, estudiosos têm propugnado a possibilidade de direcionamentos alternativos a fim de otimizar o cumprimento da finalidade reparatória, pensamento este brevemente expressado na presente dissertação.

Apresentamos argumento no sentido da responsabilização ampla de qualquer que seja o ofensor, com atenção especial a imputação de sanção ao Poder

Público caso cometa atos ilícitos ou lícitos que destes advenham danos extrapatrimoniais coletivos, no entanto, ressaltamos que o ente governamental deva apenas ser compelido a busca da restituição do status *a quo* do patrimônio público e também ser imputada a necessária contrapropaganda quanto aos danos causados, mas, não pode ser o Poder Público compelido ao pagamento de valores pecuniários a título pedagógico pois, os valores sairão conseqüentemente de contas as quais farão falta frente a outros necessários investimentos públicos.

Argumentamos ainda quanto a prescritibilidade da busca pela compensação pelos danos extrapatrimoniais coletivos. Nossa argumentação teve como base o princípio da segurança jurídica e a existência em legislação processual e material civil fundamentos para a prescritibilidade da busca pela compensação, mesmo diante da inércia da Lei da Ação Civil Pública.

Em conclusão, entende o aluno que a nomenclatura “dano moral” está equivocada em se tratando de danos coletivos, uma vez que o termo moral é intimamente ligado ao sentimento pessoal e conseqüentemente a pessoa, a frustração dos direitos da personalidade discutidos no primeiro capítulo, argumento esses utilizados por doutrinadores de grande saber e repercussão, Rui Stoco e Teori Albino Zavascki, pois para eles, não há a possibilidade de existir dano moral coletivo pôr o dano moral envolver, necessariamente, dor, sentimento, lesão psíquica, afetando assim o ser humano e, por isso, quanto a impossibilidade de utilização do termo moral no âmbito coletivo, assim, utilizou-se o termo ‘extrapatrimonial’ ao logo da dissertação para nos referirmos ao dano coletivo de caráter apatrimonial.

Concluimos também que os poderes constitucionalmente estabelecidos (Executivo, Legislativo e Judiciário) devem ser mais atuantes, fiscalizando, aplicando sanções e promovendo análises mais rígidas quando da liberação de obras que geram grandes impactos ambientais por exemplo; elaborando leis, se necessário, que visem a possibilidade de maior fiscalização e punições mais severas aos lesantes; e, quando ocorrerem danos extrapatrimoniais coletivos, que após as devidas apurações de autoria e responsabilidade, que sejam os lesantes devidamente punidos, com condenações que visem a compensação financeira, punitiva disciplinadora e a necessária e devida retratação pública.

Os poderes não poder servir aos grandes conglomerados mas sim a população, o poder advém do povo e para o povo.

E, finalmente, entende o aluno que a melhor forma de indenizar, assim evitando a crescente 'indústria do dano moral', é a utilização conjunta da indenização pecuniária (indenização dos danos materiais; reparação imaterial ou não patrimonial; indenização punitiva disciplinadora) com uma indenização não patrimonial ligada ao campo da divulgação ampla de uma retratação pública e notória do ente lesante, sejam pessoas físicas ou jurídicas, forma adotada pela revogada Lei de Imprensa nº 5.250, de 1967 e pelo Código de Defesa do Consumidor, lei n.º 8.078/90, que em seu artigo 60, trata da imposição a contrapropaganda, assim, em casos de discriminação a grupos ou coletividades, lesão ao patrimônio público ou quaisquer outras hipóteses de lesão extrapatrimonial da coletividade, o autor do dano reconhece a conduta, apresenta o seu arrependimento ou desfaz o equívoco ocorrido, tudo em conjunto com a já mencionada e essencial reparação pecuniária.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela Específica das Obrigações de Fazer e não Fazer na Reforma Processual*. 1ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. 245p.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade Civil por Dano a Honra*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. 359p.

ANDRADE, Ronaldo Alves de. *Dano moral à pessoa e a sua valoração*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro, Ives Gandra Martins. *Comentários a Constituição do Brasil: (promulgada em 5 de Outubro de 1988)*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988. 620p.

BARROSO. Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 352p.

_____. *Curso de Direito Civil*. V1. 1ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. 656p.

BRASIL. *Código Civil*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto et al. 52ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. *Código Penal*. Obra Coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais com a Colaboração de Luiz Flávio Gomes. 2ªed. São Paulo: RT, 2000.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto et al. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto et al. 27ª ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2001.

BUITONI, Ademir. *O direito na balança da estabilização econômica*. São Paulo: LTr, 1997.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CALMON DE PASSOS, J. J. *O imoral nas indenizações de dano moral*. Bahia: Revista Jus Navegandi, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993. 1228p.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Responsabilidade por dano não patrimonial a interesse difuso*. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 3, p. 21-42, 2000.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de Direito Romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. 20ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. 486p.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil v. 4: processo coletivo*. 9 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil v. 5: execução*. 5 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013.

FILHO, Carlos Alberto Bittar. *Do Dano Moral Coletivo no Atual Contexto Jurídico Brasileiro*. Revista de Direito do Consumidor, n. 12, p. 44-62, 1994.

FLORENCE, Tatiana Magalhães. *Danos Extrapatrimoniais coletivos*. Porto Alegre: [s.n.], 2009.

FRANÇA, Limongi Rubens. *Institutos de proteção à personalidade*. Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 57, n. 391, maio de 1968.

_____. *Instituições de Direito Civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996. 1051p.

FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. 1ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 290p.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *O Trabalho da Pessoa com Deficiência e a Lapidação dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 2006.

GARCIA, José Augusto. *O princípio da dimensão coletiva das relações de consumo: reflexos no "processo do consumidor", especialmente quanto aos danos morais e as conciliações*. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 4-28, 1998.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.357.

_____. *Direitos da Personalidade*. Revista dos Tribunais: Rio de Janeiro, 1966. V216.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro v. 1: parte geral*. 8 ed. São Paulo, Saraiva, 2010.

_____. *Direito Civil Brasileiro v. 4: responsabilidade civil*. 5 ed. São Paulo, Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Vitor Fernandes. *A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956, 474p.

MAGALHÃES, Jorge de Miranda. *Dano Moral*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do Consumidor em Juízo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 168p.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Tratado de Direito Constitucional*. vol. 1, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 20 ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. *Dano Moral Coletivo*. 2.^a ed. São Paulo: LTr, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. V. 26. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. 458p.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7^aed. São Paulo: Athas, 2000, 797p.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al (coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

_____. *Danos a pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 13^aed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. 499p.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Processo Coletivo* v. único. São Paulo, Método, 2012.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2^a ed., reform. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. *Responsabilidade Civil - Do seu abrandamento à luz da nova sistemática brasileira*: Curitiba: Juruá, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V.2. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. 382p.

_____. *Responsabilidade Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.346p.

_____. *Responsabilidade Civil*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. *Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa*. 2 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RODRIGUES, Silvio. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SALAZAR, Alcino de Paula. *Reparação do Dano Moral*. 1ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1943. 175p.

SCHREIBER, Anderson. *Novas tendências da responsabilidade civil brasileira*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 22, p. 45-69, 2005.

_____. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos Filtros da reparação à diluição dos Danos*. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 86-88.

_____. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p.13

SILVA, Américo Martins da. *O Dano Moral e sua Reparação Civil*. 1ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 372p.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. *Dignidade da Pessoa Humana*. In: DIMOULIS, Dimitri (coord.). *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*. 1 ed. São Paulo, Saraiva, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. 816p.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Vol. II; São Paulo: Forense, 1967, p. 526.

SILVA, Wilson Melo da. *O dano Moral e sua Reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

_____. *O Dano Moral e sua Reparação*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.728.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, v. III, 2003. p. 400.

TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil constitucional positivo*. In. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Problemas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 18^aed. V1. Rio de Janeiro: Forense, 1996. 713p.

_____. *Responsabilidade Civil pelo dano Moral*, Doutrina, v. 1, 1996.

VARELA, Antunes. *Direito das Obrigações: conceito, estrutura e função da relação obrigacional, fontes das obrigações, modalidades das obrigações*. 1^aed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. 383p.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 2005. 290 f. Doutorado em Direito – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

ANEXOS

ANEXO A – Notícia do site do Superior Tribunal de Justiça

Depois de reconhecida a ocorrência do dano moral, segue-se a tarefa “extremamente difícil para o julgador”, nas palavras da ministra Nancy Andrighi, de quantificar o suficiente para compensar a vítima, sobretudo diante da ausência de critérios objetivos e específicos para o arbitramento de valores.

Um meio de definir o montante das indenizações por danos morais que vem sendo adotado no Superior Tribunal de Justiça (STJ) é o método bifásico. Nesse modelo, um valor básico para a reparação é analisado considerando o interesse jurídico lesado e um grupo de precedentes. Depois, verificam-se as circunstâncias do caso para fixar em definitivo a indenização.

Julgados antigos já ponderavam esses dois grupos de fatores na busca de uma solução que mantivesse coerência com casos semelhantes e, ao mesmo tempo, evitasse reparações irrisórias e o enriquecimento sem causa.

Um exemplo foi a análise feita pela Terceira Turma em 2006 sobre a indenização a ser paga aos familiares de vítimas fatais de acidente rodoviário com ônibus. Ao julgar o REsp 710.879, a ministra Nancy Andrighi destacou que o inconformismo com o arbitramento da indenização ocorre quando o valor fixado destoa daqueles estipulados em outros julgados recentes do tribunal, observadas as peculiaridades de cada litígio.

A ministra afirmou que, em situações semelhantes (falecimento de familiar), os valores oscilavam entre o equivalente a 200 e 625 salários mínimos, sendo razoável o ajuste no caso concreto, já que as indenizações haviam sido estipuladas inicialmente em 1.500 salários mínimos e reduzidas em segunda instância para 142 salários.

A Terceira Turma estabeleceu um valor equivalente a 514 salários mínimos, de modo a não ser irrisório, tampouco significar enriquecimento sem causa para os familiares das vítimas.

Duas etapas

Em setembro de 2011, ao julgar o REsp 1.152.541, a Terceira Turma detalhou o conceito do método bifásico para a definição do montante a ser pago a título de indenização por danos morais.

Uma mulher havia sido incluída em cadastro de devedores sem aviso prévio. A sentença extinguiu o processo sem julgar o mérito, mas o tribunal de segunda

instância reconheceu o direito da consumidora à indenização, fixada em R\$ 300,00. No STJ, os ministros aumentaram o valor para 20 salários mínimos.

Na ocasião, o ministro Paulo de Tarso Sanseverino, relator, destacou a necessidade de elevar a indenização na linha dos precedentes da corte, considerando as duas etapas que devem ser percorridas para o arbitramento do valor.

“Na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes. Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo à determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz”, justificou.

Problema delicado

De acordo com o relator, na primeira etapa assegura-se uma exigência da justiça comutativa, que é uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes, da mesma forma como situações distintas devem ser tratadas desigualmente na medida em que se diferenciam.

Na segunda, partindo-se da indenização básica, eleva-se ou reduz-se o valor definido de acordo com as circunstâncias particulares do caso (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes), até se alcançar o montante definitivo, realizando um “arbitramento efetivamente equitativo, que respeita as peculiaridades do caso”.

Sanseverino afirmou que o procedimento segue as regras previstas no artigo 953 do Código Civil de 2002, aplicado por analogia ao caso concreto.

O ministro disse ainda que a questão relativa à reparação de danos extrapatrimoniais, especialmente a quantificação da indenização correspondente, constitui um dos problemas mais delicados da prática forense na atualidade, em razão da dificuldade de fixação de critérios objetivos para o seu arbitramento.

Ele citou comentários de sua autoria publicados no livro *Princípio da Reparação Integral – Indenização no Código Civil*, em que expõe fundamentos do critério bifásico, procurando compatibilizar o interesse jurídico lesado com as circunstâncias do caso.

Segundo Sanseverino, a legislação nacional evoluiu de hipóteses de tarifamento legal indenizatório para o arbitramento equitativo, conforme disposto no artigo 953 do Código Civil.

“Nessas hipóteses de tarifamento legal, sejam as previstas pelo Código Civil de 1916, sejam as da Lei de Imprensa, que eram as mais expressivas de nosso ordenamento

jurídico para a indenização por dano moral, houve a sua completa rejeição pela jurisprudência do STJ, com fundamento no postulado da razoabilidade”, declarou.

Reparação satisfatória

“Diante da impossibilidade de uma indenização pecuniária que compense integralmente a ofensa ao bem ou interesse jurídico lesado, a solução é uma reparação com natureza satisfatória, que não guardará uma relação de equivalência precisa com o prejuízo extrapatrimonial, mas que deverá ser pautada pela equidade”, acrescentou o ministro.

Sanseverino explicou que a autorização legal para o arbitramento não representa a outorga de um poder arbitrário, já que o valor deve ser fixado com base na razoabilidade e fundamentado com a indicação dos critérios utilizados.

“A doutrina e a jurisprudência têm encontrado dificuldades para estabelecer quais são esses critérios razoavelmente objetivos a serem utilizados pelo juiz nessa operação de arbitramento da indenização por dano extrapatrimonial. Tentando proceder a uma sistematização dos critérios mais utilizados pela jurisprudência para o arbitramento da indenização por prejuízos extrapatrimoniais, destacam-se, atualmente, as circunstâncias do evento danoso e o interesse jurídico lesado”, disse Sanseverino.

Uniformização

Em 2016, ao aplicar o método bifásico em um processo que tramitou sob sigilo de Justiça na Quarta Turma, o ministro Luis Felipe Salomão afirmou que a adoção dessa técnica uniformizava o tratamento da questão nas duas turmas do tribunal especializadas em direito privado.

O magistrado explicou que o método bifásico analisa inicialmente um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes que apreciaram casos semelhantes. Em um segundo momento, o juízo competente analisa as circunstâncias do caso para fixação definitiva do valor.

Salomão, em voto que foi acompanhado pelos demais ministros da turma, disse que na segunda fase do método o juiz pode analisar a gravidade do fato em si e suas consequências; a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente; a eventual participação culposa do ofendido; a condição econômica do ofensor e as condições pessoais da vítima. Para o magistrado, o método é mais objetivo e adequado a esse tipo de situação.

“Realmente, o método bifásico parece ser o que melhor atende às exigências de um arbitramento equitativo da indenização por danos extrapatrimoniais, uma vez que

minimiza eventual arbitrariedade de critérios unicamente subjetivos do julgador, além de afastar eventual tarifação do dano”, argumentou.

Ponto de equilíbrio

Ainda em 2016, ao julgar outro processo que tramitou sob sigilo de Justiça, a Quarta Turma analisou o valor da indenização a ser paga por um clube recreativo à família de uma criança que morreu afogada em uma de suas piscinas.

Na ocasião, o ministro relator, Luis Felipe Salomão, justificou a análise do valor da indenização tendo em vista a situação especial do caso. Ele afirmou que o método bifásico, como parâmetro para a aferição da indenização por danos morais, atende às exigências de um arbitramento equitativo, pois, além de minimizar eventuais arbitrariedades, evitando a adoção de critérios unicamente subjetivos pelo julgador, afasta a tarifação do dano.

Segundo o magistrado, o método “traz um ponto de equilíbrio, pois se alcançará uma razoável correspondência entre o valor da indenização e o interesse jurídico lesado, além do fato de estabelecer montante que melhor corresponda às peculiaridades do caso”.

Em primeira instância, o pedido de indenização havia sido negado. Após recurso, o tribunal estadual fixou em R\$ 30 mil o valor a ser pago por danos morais. No STJ, o valor foi aumentado para R\$ 220 mil (250 salários mínimos da época), e os ministros incluíram na condenação o pagamento de pensão mensal à mãe da vítima.

Ao aplicar o método bifásico, Salomão explicou que os danos experimentados em relação à mãe e aos irmãos da vítima são diferentes, sendo necessário encontrar critérios de discriminação plausíveis e razoáveis. O colegiado fixou a indenização em 150 salários para a mãe e 50 salários para cada irmão.

Ofensa pela internet

Em decisão unânime em outro processo que tramitou sob sigilo de Justiça, a Quarta Turma definiu em 130 salários mínimos a indenização por danos morais devida a uma jovem, na época menor de idade, que teve fotos íntimas com o namorado postadas na internet por terceiros. A indenização havia sido fixada pelo tribunal de origem em 30 salários mínimos.

Ao classificar os transtornos sofridos como imensuráveis e injustificáveis, o ministro Luis Felipe Salomão entendeu pela majoração da indenização, utilizando o método bifásico.

A turma considerou que o valor de 130 salários mínimos (equivalente a R\$ 114,4 mil na ocasião do julgamento) era razoável como reprimenda e compatível com o objetivo de desestimular condutas semelhantes.

O ministro levou em conta a ação voluntária com o objetivo único de difamação; o meio utilizado (internet), que permite a perpetuação da violação à intimidade; os danos psicológicos à adolescente; a gravidade do fato e o descaso com a vida da adolescente, assim como o fato de a vítima ser menor de idade à época. A soma desses fatores, segundo o magistrado, justificou o aumento da indenização.

“A conduta do recorrido é aquilo que se conceituou *sexting*, forma cada vez mais frequente de violar a privacidade de uma pessoa, que reúne em si características de diferentes práticas ofensivas e criminosas. Envolve *ciberbullying* por ofender moralmente e difamar as vítimas, que têm suas imagens publicadas sem seu consentimento, e, ainda, estimula a pornografia infantil e a pedofilia em casos envolvendo menores”, justificou Salomão.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s):

REsp 710879

REsp 1152541

ANEXO B – REsp. 1402475/SE

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO MORAL COLETIVO. SERVIÇO BANCÁRIO. TEMPO DE ESPERA EM FILA SUPERIOR A 15 OU 30 MINUTOS. DESRESPEITO A DECRETO MUNICIPAL RECONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INTRANQUILIDADE SOCIAL E FALTA DE RAZOABILIDADE EVIDENCIADAS. DANO MORAL COLETIVO CONFIGURADO. VIOLAÇÃO AO ART. 6º, VI, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1. O Tribunal de origem, embora ateste a recalcitrância da parte recorrida no cumprimento da legislação local, entendeu que ultrapassar o tempo máximo para o atendimento ao consumidor, por si, não provoca danos coletivos, visto que o dano moral indenizável não se caracteriza pelo desconforto, dissabor ou aborrecimento advindos das relações intersubjetivas do dia a dia, porquanto comuns a todos e incapazes de gerar dor ou atingir a dignidade da pessoa humana (fl. 709/e-STJ).

2. O STJ já estabeleceu as premissas para o reconhecimento do dano moral coletivo, não havendo que indagar – para a apreciação desse dano – sobre a capacidade, ou não, de o fato gerar dor ou atingir a dignidade da pessoa humana.

3. "O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas é inaplicável aos interesses difusos e coletivos". (REsp 1.057.274/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 26.2.2010)

4. "O dano moral coletivo é a lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a violação de direito transindividual de ordem coletiva, valores de uma sociedade atingidos do ponto de vista jurídico, de forma a envolver não apenas a dor psíquica, mas qualquer abalo negativo à moral da coletividade, pois o dano é, na verdade, apenas a consequência da lesão à esfera extrapatrimonial de uma pessoa." (REsp 1.397.870/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10.12.2014).

5. Se, diante do caso concreto, for possível identificar situação que importe lesão à esfera moral de uma comunidade – isto é, violação de direito transindividual de ordem coletiva, de valores de uma sociedade atingidos sob o ponto de vista jurídico, de forma a envolver não apenas a dor psíquica, mas qualquer abalo negativo à moral da coletividade – exsurge o dano moral coletivo. Precedentes: EDcl no AgRg no AgRg no REsp 1.440.847/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 7.10.2014, DJe 15.10.2014; REsp 1.269.494/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 24.9.2013, DJe 1º.10.2013; REsp 1.367.923/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 27.8.2013, DJe 6.9.2013; REsp 1.197.654/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 1º.3.2011, DJe 8.3.2012.

6. Na hipótese dos autos, a intranquilidade social decorrente da excessiva demora no atendimento ao consumidor dos serviços bancários é evidente, relevante e intolerável no Município afetado. Conquanto incontroversa a insatisfação da população local, a parte recorrida permaneceu – e quiçá ainda permanece – recalcitrante. Reverbera, por conseguinte, a violação ao art. 6º, VI, da Lei Consumerista, devendo a parte recorrida ser condenada por dano moral coletivo.

7. No que diz respeito ao arbitramento dos danos morais, compete à Corte a quo a sua fixação, observando o contexto fático-probatório dos autos e os critérios de moderação e proporcionalidade. Precedentes: AgRg no REsp 1.488.468/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 24.3.2015, DJe 30.3.2015; AgRg no Ag 884.139/SC, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 18.12.2007, DJ 11.2.2008, p. 112)

8. Recurso Especial provido, determinando-se a devolução dos autos à Corte de origem para arbitramento do valor dos danos morais coletivos. (STJ - Acórdão REsp 1402475 / SE, Relator(a): Min. Min. Herman Benja(1132), data de julgamento: 09/05/2017, data de publicação: 28/06/2017, 2ª Turma)

ANEXO C – REsp. 1517973/PE

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIGNIDADE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES OFENDIDA POR QUADRO DE PROGRAMA TELEVISIVO. DANO MORAL COLETIVO. EXISTÊNCIA.

1. O dano moral coletivo é aferível *in re ipsa*, ou seja, sua configuração decorre da mera constatação da prática de conduta ilícita que, de maneira injusta e intolerável, viole direitos de conteúdo extrapatrimonial da coletividade, revelando-se despidianda a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral. Precedentes.

2. Na espécie, a emissora de televisão exibia programa vespertino chamado "Bronca Pesada", no qual havia um quadro que expunha a vida e a intimidade de crianças e adolescentes cuja origem biológica era objeto de investigação, tendo sido cunhada, inclusive, expressão extremamente pejorativa para designar tais hipervulneráveis.
3. A análise da configuração do dano moral coletivo, na espécie, não reside na identificação de seus telespectadores, mas sim nos prejuízos causados a toda sociedade, em virtude da vulnerabilização de crianças e adolescentes, notadamente daqueles que tiveram sua origem biológica devassada e tratada de forma jocosa, de modo a, potencialmente, torná-los alvos de humilhações e chacotas pontuais ou, ainda, da execrável violência conhecida por *bullying*.
4. Como de sabença, o artigo 227 da Constituição da República de 1988 impõe a todos (família, sociedade e Estado) o dever de assegurar às crianças e aos adolescentes, com absoluta prioridade, o direito à dignidade e ao respeito e de lhes colocar a salvo de toda forma de discriminação, violência, crueldade ou opressão.
5. No mesmo sentido, os artigos 17 e 18 do ECA consagram a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral das crianças e dos adolescentes, inibindo qualquer tratamento vexatório ou constrangedor, entre outros.
6. Nessa perspectiva, a conduta da emissora de televisão - ao exibir quadro que, potencialmente, poderia criar situações discriminatórias, vexatórias, humilhantes às crianças e aos adolescentes - traduz flagrante dissonância com a proteção universalmente conferida às pessoas em franco desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, donde se extrai a evidente intolerabilidade da lesão ao direito transindividual da coletividade, configurando-se, portanto, hipótese de dano moral coletivo indenizável, razão pela qual não merece reforma o acórdão recorrido.
7. Quantum indenizatório arbitrado em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Razoabilidade e proporcionalidade reconhecidas.
8. Recurso especial não provido. (STJ - Acórdão REsp 1517973 / PE, Relator(a): Min. Min. Luis Felipe Salomão, data de julgamento: 16/11/2017, data de publicação: 01/02/2018, 4ª Turma)

ANEXO D – AgInt no AREsp 426382 / RJ

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EXPOSIÇÃO DE CABOS TELEFÔNICOS. RISCO PARA A COMUNIDADE. DANO MORAL COLETIVO. EXISTÊNCIA. RECONHECIMENTO PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. REVISÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. Conforme consolidada jurisprudência desta Corte, "Se, diante do caso concreto, for possível identificar situação que importe lesão à esfera moral de uma comunidade - isto é, violação de direito transindividual de ordem coletiva, de valores de uma sociedade atingidos sob o ponto de vista jurídico, de forma a envolver não apenas a dor psíquica, mas qualquer abalo negativo à moral da coletividade - exsurge o dano moral coletivo" (REsp 1.402.475/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 28/06/2017).

2. No caso, o Tribunal de origem, soberano no exame dos fatos, concluiu que a comunidade ficou exposta aos riscos decorrentes do não reposicionamento dos cabos de telefonia, que ficou ao alcance dos transeuntes que circulavam no local.
3. Dessa forma, para ser afastado o dano moral, ou avaliar o excesso do valor fixado, tal como pretendido nas razões de recurso especial, é necessária a revisão de fatos e provas, providência incompatível com a via do recurso especial, situação que atrai a incidência do óbice contido na Súmula 7/STJ.
4. Agravo interno não provido. (STJ - Acórdão AgInt no AREsp 426382 / RJ, Relator(a): Min. Min. Sérgio Kukina, data de julgamento: 23/10/2018, data de publicação: 30/10/2018, 1ª Turma)

ANEXO E – REsp 1464868/SP

PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. JOGO DE AZAR ILEGAL. BINGO. INEXISTÊNCIA DE LEGISLAÇÃO QUE AUTORIZE A ATIVIDADE. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. CABIMENTO.

1. Na hipótese dos autos, o Ministério Público Federal promoveu Ação Civil Pública visando à condenação dos réus ao pagamento de indenização por dano moral coletivo, por exploração de bingo ilegal.
2. No caso concreto, prevalece o interesse social na tutela coletiva. A necessidade de correção das indigitadas lesões às relações de consumo transcende os interesses individuais dos frequentadores das casas de jogos ilegais para dizer respeito ao interesse público na prevenção da reincidência da suposta conduta lesiva por parte dos exploradores dos jogos de azar, de onde exsurge o direito da coletividade a danos morais coletivos, ante a exploração comercial de uma atividade que, por ora, não encontra guarida na legislação. (REsp 1.509.923/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 6/10/2015, DJe 22/10/2015).
3. O dano moral sofrido pela coletividade decorre do caráter altamente viciante de jogos de azar, passíveis de afetar o bem-estar do jogador e desestruturar o ambiente familiar. A responsabilidade civil é objetiva, respondendo os réus, "independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores" (art. 12, *caput*, do CDC).
4. O dano moral coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, pois tal comprovação, embora possível na esfera individual, torna-se inaplicável quando se cuida de interesses difusos e coletivos. (REsp 1.410.698/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 30/6/2015; REsp 1.057.274/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 26/2/2010).
5. Recurso Especial provido. (STJ - Acórdão REsp 1464868 / SP, Relator(a): Min. Min. Herman Benja(1132), data de julgamento: 22/11/2016, data de publicação: 30/11/2016, 2ª Turma)

ANEXO F – EREsp 1410698/MG

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSO CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ORDEM URBANÍSTICA. LOTEAMENTO RURAL CLANDESTINO. ILEGALIDADES E IRREGULARIDADES DEMONSTRADAS. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO MUNICIPAL. DANO AO MEIO AMBIENTE CONFIGURADO. DANO MORAL COLETIVO. CABIMENTO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA DO MUNICÍPIO DE UBERLÂNDIA/MG A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Hipótese de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em face do espólio de Aldair Ferreira Tavares e do Município de Uberlândia/MG, postulando a regularização e reparação ambiental e patrimonial pela constituição de loteamento irregular e clandestino à margem do Rio das Pedras.
2. Entendimento deste STJ que reconhece a necessidade de reparação integral da lesão causada ao meio ambiente, permitindo a cumulação das obrigações de fazer, não fazer e de indenizar, inclusive quanto aos danos morais coletivos. Precedentes: REsp. 1.669.185/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 20.10.2017; AgRg no REsp. 1.526.946/RN, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 24.9.2015; entre outros.
3. Embargos de Divergência do MUNICÍPIO DE UBERLÂNDIA/MG desprovido. (STJ - Acórdão EREsp 1410698 / MG, Relator(a): Min. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, data de julgamento: 14/11/2018, data de publicação: 03/12/2018, 1ª Seção)

ANEXO G – AIRR - 222-5920125090005

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO ANTES DA LEI Nº13.015/2014.

1)INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO.

O Tribunal Regional, no que diz respeito ao tema "indenização por dano moral coletivo", consignou ser inegável que a conduta adotada pela ré, além de prejuízos materiais, gera lesão à esfera moral da coletividade de trabalhadores que lhe prestam serviços, à sociedade de modo geral e a própria ordem econômica, baseada na valorização do trabalho humano (art. 170 da CF), resultando uma instabilidade das relações sociais passível de enquadramento no conceito de dano moral coletivo, razão pela qual deve a ré suportar indenização reparatória. A parte não obteve êxito em desconstituir os fundamentos da decisão agravada. Agravo de instrumento não provido.

2)MULTA COMINATÓRIA. ASTREINTES.

No que concerne ao tema "multa cominatória", os arestos paradigmas não servem ao propósito pretendido porque não tratam do mesmo tema examinado no acórdão, inviabilizando a confrontação de teses jurídicas, eis que o Tribunal Regional considerou que restou devidamente comprovado que a reclamante incorreu em condutas merecedoras da condenação imposta. A parte não obteve êxito em desconstituir os fundamentos da decisão agravada. Agravo de instrumento não provido. (TST - Acórdão AIRR - 222-5920125090005, Relator(a): Min. Maria Helena Mallmann, data de julgamento: 15/06/2016, data de publicação: 24/06/2016, 2ª Turma)

ANEXO H – REsp 1487046 / MT

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS MORAIS COLETIVOS CAUSADOS AOS CONSUMIDORES DE CUIABÁ. INFIDELIDADE DE BANDEIRA. FRAUDE EM OFERTA OU PUBLICIDADE ENGANOSA PRATICADAS POR REVENDEDOR DE COMBUSTÍVEL.

1. O dano moral coletivo é aferível *in re ipsa*, ou seja, sua configuração decorre da mera constatação da prática de conduta ilícita que, de maneira injusta e intolerável, viole direitos de conteúdo extrapatrimonial da coletividade, revelando-se despicienda a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral.

2. No caso concreto, o Ministério Público do Estado de Mato Grosso ajuizou ação civil pública em face de revendedor de combustível automotivo, que, em 21.01.2004, fora autuado pela Agência Nacional de Petróleo, pela prática da conduta denominada "infidelidade de bandeira", ou seja, o ato de ostentar marca comercial de uma distribuidora (Petrobrás - BR) e, não obstante, adquirir e revender produtos de outras (artigo 11 da Portaria ANP 116/2000), o que se revelou incontroverso na origem.

3. Deveras, a conduta ilícita perpetrada pelo réu não se resumiu à infração administrativa de conteúdo meramente técnico sem amparo em qualquer valor jurídico fundamental. Ao ostentar a marca de uma distribuidora e comercializar combustível adquirido de outra, o revendedor expôs todos os consumidores à prática comercial ilícita expressamente combatida pelo código consumerista, consoante se infere dos seus artigos 30, 31 e 37, que versam sobre a oferta e a publicidade enganosa.

4. A relevância da transparência nas relações de consumo, observados o princípio da boa-fé objetiva e o necessário equilíbrio entre consumidores e fornecedores, reclama a inibição e a repressão dos objetivos mal disfarçados de esperteza, lucro fácil e imposição de prejuízo à parte vulnerável.

5. Assim, no afã de resguardar os direitos básicos de informação adequada e de livre escolha dos consumidores, protegendo-os, de forma efetiva, contra métodos desleais e práticas comerciais abusivas, é que o Código de Defesa do Consumidor procedeu à criminalização das condutas relacionadas à fraude em oferta e à publicidade abusiva ou enganosa (artigos 66 e 67).

6. Os objetos jurídicos tutelados em ambos os crimes (de publicidade enganosa ou abusiva e de fraude em oferta) são os direitos do consumidor, de livre escolha e de informação adequada, considerada a relevância social da garantia do respeito aos princípios da confiança, da boa-fé, da transparência e da equidade nas relações consumeristas. Importante destacar, outrossim, que a tipicidade das condutas não reclama a efetiva indução do consumidor em erro, donde se extrai a evidente intolerabilidade da lesão ao direito transindividual da coletividade ludibriada, não informada adequadamente ou exposta à oferta fraudulenta ou à publicidade enganosa ou abusiva.

7. Nesse contexto, a infidelidade de bandeira constitui prática comercial intolerável, consubstanciando, além de infração administrativa, conduta tipificada como crime à luz do código consumerista (entre outros), motivo pelo qual a condenação do ofensor

ao pagamento de indenização por dano extrapatrimonial coletivo é medida de rigor, a fim de evitar a banalização do ato reprovável e inibir a ocorrência de novas lesões à coletividade.

8. A intolerabilidade da conduta é extraída, outrossim, da constatada recalcitrância do fornecedor que, ainda em 2007 (ano do ajuizamento da ação civil pública), persistia com a conduta de desrespeito aos direitos de escolha e de adequada informação do consumidor, ignorando o conteúdo valorativo da autuação levada a efeito pela agência reguladora em 2004.

9. A quantificação do dano moral coletivo reclama o exame das peculiaridades de cada caso concreto, observando-se a relevância do interesse transindividual lesado, a gravidade e a repercussão da lesão, a situação econômica do ofensor, o proveito obtido com a conduta ilícita, o grau da culpa ou do dolo (se presentes), a verificação da reincidência e o grau de reprovabilidade social (MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. Dano moral coletivo. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 163/165). O quantum não deve destoar, contudo, dos postulados da equidade e da razoabilidade nem olvidar dos fins almejados pelo sistema jurídico com a tutela dos interesses injustamente violados.

10. Suprimidas as circunstâncias específicas da lesão a direitos individuais de conteúdo extrapatrimonial, revela-se possível o emprego do método bifásico para a quantificação do dano moral coletivo a fim de garantir o arbitramento equitativo da quantia indenizatória, valorados o interesse jurídico lesado e as circunstâncias do caso.

11. Recurso especial parcialmente provido para, reconhecendo o cabimento do dano moral coletivo, arbitrar a indenização em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), com a incidência de juros de mora, pela Taxa Selic, desde o evento danoso. (STJ - Acórdão REsp 1487046 / MT, Relator(a): Min. Min. Luis Felipe Salomão, data de julgamento: 28/03/2017, data de publicação: 16/05/2017, 4ª Turma)

ANEXO I – REsp 1410698 / MG

PROCESSO CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ORDEM URBANÍSTICA. LOTEAMENTO RURAL CLANDESTINO. ILEGALIDADES E IRREGULARIDADES DEMONSTRADAS. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO MUNICIPAL. DANO AO MEIO AMBIENTE CONFIGURADO. DANO MORAL COLETIVO.

1. Recurso especial em que se discute a ocorrência de dano moral coletivo em razão de dano ambiental decorrente de parcelamento irregular do solo urbanístico, que, além de invadir Área de Preservação Ambiental Permanente, submeteu os moradores da região a condições precárias de sobrevivência.

2. Hipótese em que o Tribunal de origem determinou as medidas específicas para reparar e prevenir os danos ambientais, mediante a regularização do loteamento, mas negou provimento ao pedido de ressarcimento de dano moral coletivo.

3. A reparação ambiental deve ser plena. A condenação a recuperar a área danificada não afasta o dever de indenizar, alcançando o dano moral coletivo e o dano residual. Nesse sentido: REsp 1.180.078/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 28/02/2012.

4. "O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base. (...) O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos" (REsp 1.057.274/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 26/02/2010.).

5. No caso, o dano moral coletivo surge diretamente da ofensa ao direito ao meio ambiente equilibrado. Em determinadas hipóteses, reconhece-se que o dano moral decorre da simples violação do bem jurídico tutelado, sendo configurado pela ofensa aos valores da pessoa humana. Prescinde-se, no caso, da dor ou padecimento (que são consequência ou resultado da violação). Nesse sentido: REsp 1.245.550/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16/04/2015.

Recurso especial provido. (STJ - Acórdão REsp 1410698 / MG, Relator(a): Min. Min. Humberto Martins, data de julgamento: 23/06/2015, data de publicação: 30/06/2015, 2ª Turma)

ANEXO J – REsp 1635465 / SP

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM SOBRE A INCIDÊNCIA, OU NÃO, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AO CASO. ÔNUS DA PROVA. FORNECIMENTO DE ÁGUA. QUALIDADE DA ÁGUA FORNECIDA. INEXISTÊNCIA DE PERÍCIA. DANO MORAL COLETIVO. POSSIBILIDADE.

1. Destaque-se inicialmente que, ao contrário do que estabeleceu o Tribunal de origem, é possível, em tese, a condenação por dano moral coletivo. Ou seja, não há impropriedade em reconhecer danos extrapatrimoniais à sociedade, desde que presentes os seus requisitos. Precedentes do STJ.

2. No que diz respeito ao ponto nevrálgico da controvérsia, qual seja, a inexistência de prova da ocorrência de dano difuso em razão da ausência de perícia destinada à comprovação de que estava sendo fornecida água de qualidade inadequada à população de Jaú, constata-se omissão no decisum vergastado.

3. Cumpre registrar que o art. 6º, VIII, do Estatuto Consumerista estabelece a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. Portanto, se reconhecida a aplicação da Lei Consumerista ao caso em análise e eventualmente invertido o ônus da prova, o resultado da demanda poderá ser diverso, favorecendo a tese do Ministério Público.

4. Mister que o Sodalício a quo esclareça se na hipótese dos autos incide, ou não, o Código de Defesa do Consumidor e, caso reconhecida sua incidência, determine a quem compete o ônus da prova.

5. Ademais, nota-se que a Corte de origem julgou a demanda considerando ausente a prova pericial; contudo, não propiciou sua produção, o que configura cerceamento de defesa.

6. Recurso Especial parcialmente provido, determinando-se o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que supra a omissão identificada no acórdão objurgado. (STJ - Acórdão REsp 1635465/SP, Relator(a): Min. Min. Herman Benja(1132), data de julgamento: 15/12/2016, data de publicação: 27/04/2017, 2ª Turma)

ANEXO K – Projeto de Lei n.º 3676/2016 – Assembleia Legislativa de Minas Gerais

PROJETO DE LEI Nº 3.676/2016

Dispõe sobre o licenciamento ambiental e a fiscalização de barragens no Estado.

A Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais decreta:

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º – Esta lei dispõe sobre o licenciamento ambiental e a fiscalização de barragens no Estado.

Parágrafo único – O licenciamento ambiental e a fiscalização de barragens no Estado serão realizados de forma articulada com a Política Nacional de Segurança de Barragens – PNSB – estabelecida pela Lei Federal nº 12.334, de 20 de setembro de 2010.

Art. 2º – O licenciamento ambiental e a fiscalização de barragens no Estado competem a órgãos e entidades do Sistema Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos – Sisema –, observado o disposto nesta lei e sem prejuízo das ações de fiscalização previstas no âmbito da PNSB.

Parágrafo único – Os órgãos e entidades competentes do Sisema articular-se-ão com os órgãos ou entidades responsáveis pela execução da PNSB, com vistas ao compartilhamento de informações e ações de fiscalização.

Art. 3º – Esta lei aplica-se a barragens que apresentem, no mínimo, uma das características a seguir e que sejam destinadas à acumulação ou à disposição final ou temporária de rejeitos ou resíduos industriais ou de mineração:

I – altura do maciço, contada do ponto mais baixo da fundação à crista, maior ou igual a 15m (quinze metros);

II – capacidade total do reservatório maior ou igual a 3.000.000m³ (três milhões de metros cúbicos);

III – reservatório com resíduos perigosos;

IV – potencial de dano ambiental médio ou alto, conforme regulamento.

§ 1º – Equipara-se a barragem, para os efeitos desta lei, qualquer depósito de rejeitos ou resíduos industriais ou de mineração em meio líquido que apresente, no mínimo, uma das características indicadas nos incisos do *caput*.

§ 2º – Esta lei aplica-se, igualmente, a barragens próximas ou contíguas que, consideradas em conjunto, apresentem no mínimo uma das características indicadas nos incisos do *caput*, desde que ao menos uma delas seja destinada à acumulação ou à disposição final ou temporária de rejeitos ou resíduos industriais ou de mineração.

Art. 4º – O órgão ou entidade competente do Sisema manterá cadastro das barragens instaladas no Estado e as classificará conforme seu potencial de dano ambiental, observados os critérios gerais estabelecidos no âmbito da PNSB.

Parágrafo único – O órgão ou entidade competente do Sisema elaborará e publicará, anualmente, inventário das barragens instaladas no Estado.

CAPÍTULO II

DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL DE BARRAGENS

Art. 5º – A instalação, a operação e a ampliação de barragens no Estado dependerão de prévio licenciamento ambiental, que compreende as etapas de Licença Prévia – LP –, Licença de Instalação – LI – e Licença de Operação – LO.

§ 1º – Para o licenciamento ambiental de que trata este artigo serão exigidos do empreendedor, conforme regulamento, estudos, manuais, planos, projetos ou relatórios, que serão elaborados por profissionais legalmente habilitados e terão as respectivas Anotações de Responsabilidade Técnica – ARTs.

§ 2º – A partir da análise do Estudo de Impacto Ambiental – EIA –, o órgão competente do Sisema poderá exigir do empreendedor, de forma devidamente motivada, que qualquer estudo, manual, plano, projeto ou relatório exigido para o licenciamento ambiental de que trata este artigo seja revisto por profissional independente e previamente credenciado perante o órgão ou entidade competente do Sisema, conforme regulamento.

§ 3º – O órgão competente do Sisema poderá estabelecer exigências adicionais em relação à qualificação dos responsáveis técnicos, ao conteúdo mínimo e ao nível de detalhamento dos estudos, manuais, planos, projetos ou relatórios exigidos para o licenciamento ambiental de que trata este artigo.

§ 4º – Antes da análise do pedido de LP, o órgão competente do Sisema promoverá audiência pública para discussão do projeto de concepção da barragem e do respectivo Relatório de Impacto Ambiental – Rima –, para a qual serão convidados o empreendedor, os prefeitos dos municípios possivelmente atingidos pela instalação ou operação da barragem e as populações situadas na área a jusante da barragem.

§ 5º – Em caso de barragens com pequeno ou médio potencial de dano ambiental, o órgão competente do Sisema poderá restringir ou dispensar exigências que sejam consideradas desnecessárias para o licenciamento ambiental.

§ 6º – As exigências de que trata este artigo serão comprovadas antes da concessão das respectivas licenças, sendo vedada sua inserção como condicionante para etapa posterior do licenciamento.

§ 7º – O não cumprimento de condicionante de licença a que se refere o *caput* acarretará a suspensão da licença concedida.

§ 8º – Qualquer omissão referente às exigências de que trata este artigo acarretará a nulidade de eventual licença concedida.

Art. 6º – O EIA, que será exigido para análise do pedido de LP, deverá atestar a ausência ou a inviabilidade, inclusive por razões de ordem econômica, de alternativa técnica ou locacional com menor potencial de impacto ou risco de acidente ou desastre ambiental, para a destinação dos rejeitos ou resíduos.

Parágrafo único – Em caso de barragens destinadas à acumulação ou à disposição final ou temporária de rejeitos ou resíduos de mineração, o pedido de LP será apresentado até 30 dias depois de protocolado o requerimento de autorização ou concessão de lavra ao órgão ou entidade federal competente.

Art. 7º – Fica proibida a instalação de barragem em cuja área a jusante seja identificada alguma forma de povoamento ou comunidade ou haja reservatório ou manancial destinado ao abastecimento público de água potável.

Parágrafo único – A área a jusante da barragem será definida pelo órgão competente do Sisema e terá como extensão mínima o raio de 10 km.

Art. 8º – Fica proibida a instalação de barragem destinada à acumulação ou à disposição final ou temporária de rejeitos ou resíduos de mineração pelo método de alteamento a montante.

Parágrafo único – O órgão ou entidade competente do Sisema poderá, para barragens instaladas no Estado que, na data de publicação desta lei, utilizem ou tenham utilizado o método de alteamento a montante, exigir do empreendedor a realização de auditoria técnica extraordinária de segurança, observado o disposto no art. 16.

Art. 9º – O Plano de Segurança da Barragem, que será exigido para análise do pedido de LO, conterá, além das exigências da PNSB, no mínimo:

I – Plano de Ação de Emergência – PAE;

II – Plano de Comunicação de Risco;

III – Plano de Contingência;

IV – análise de performance do sistema;

V – previsão da execução periódica de auditorias técnicas de segurança.

Art. 10 – O PAE será elaborado e implantado com a participação do órgão ou entidade competente do Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil – Sinpdec – e das populações situadas na área a jusante da barragem e ficará disponível no empreendimento e nas prefeituras dos municípios possivelmente atingidos em caso de sinistro.

§ 1º – O PAE preverá a instalação de sistema de alerta sonoro ou outra solução tecnológica de maior eficiência, capaz de alertar as populações possivelmente atingidas em caso de sinistro, bem como medidas específicas para resgatar atingidos, mitigar impactos ambientais, assegurar o abastecimento de água potável às comunidades afetadas e salvaguardar o patrimônio cultural.

§ 2º – A divulgação e orientação sobre os procedimentos previstos no PAE, após sua aprovação pelo órgão ou entidade competente do Sinpdec, ocorrerão por meio de reuniões públicas em locais acessíveis às populações situadas na área a jusante da barragem, que devem ser informadas e estimuladas a participar das ações preventivas previstas no PAE.

Art. 11 – Caberá ao empreendedor, junto com o pedido de LO, comprovar sua capacidade e idoneidade econômico-financeira para arcar com os custos decorrentes da obrigação de recuperar o meio ambiente degradado, inclusive no caso de sinistro, mediante contratação de seguro de responsabilidade civil.

§ 1º – Em caso de dano sem a devida reparação voluntária ou do descumprimento total ou parcial de obrigação relacionada à prevenção de danos decorrentes da instalação ou da operação de barragem, o órgão ou entidade competente do Sisema promoverá a execução da garantia.

§ 2º – A execução da garantia não exime o causador do dano da obrigação de reparação integral, tampouco das demais sanções civis, penais e administrativas aplicáveis.

CAPÍTULO III

DA FISCALIZAÇÃO DE BARRAGENS

Art. 12 – O empreendedor é o responsável pela segurança da barragem, cabendo-lhe o desenvolvimento das ações necessárias para garanti-la nas fases de planejamento, projeto, instalação, operação, desativação e de usos futuros da barragem.

Parágrafo único – A atuação dos órgãos ou entidades competentes do Sisema no licenciamento ambiental e na fiscalização não abrange os aspectos de segurança estrutural e operacional das barragens, cabendo-lhes orientar e acompanhar as ações a cargo do empreendedor, apontando eventuais correções que se fizerem necessárias.

Art. 13 – Além das obrigações previstas na legislação em geral, e no âmbito da PNSB em especial, cabe ao empreendedor:

I – informar aos órgãos ou entidades competentes do Sisema e do Sinpdec qualquer alteração que possa acarretar redução da capacidade de descarga da barragem ou que possa comprometer a sua segurança;

II – permitir o acesso irrestrito dos órgãos ou entidades competentes do Sisema e do Sinpdec ao local e à documentação de segurança da barragem;

III – manter registros dos níveis dos reservatórios, com a respectiva correspondência em volume armazenado, bem como das características químicas e físicas do fluido armazenado;

IV – manter registros dos níveis de contaminação do solo e do lençol freático na área de influência do reservatório;

V – executar as ações necessárias à garantia ou à manutenção da segurança da barragem, em especial aquelas recomendadas ou exigidas por responsável técnico;

VI – devolver para a bacia hidrográfica de origem, adequadamente tratada, a água utilizada na barragem.

Art. 14 – O empreendedor, concluída a implementação do Plano de Segurança da Barragem, no prazo determinado como condicionante da LO, apresentará ao órgão ou entidade competente do Sisema declaração de condição de estabilidade da barragem.

§ 1º – A declaração de condição de estabilidade da barragem será firmada por profissionais legalmente habilitados e terá as respectivas ARTs.

§ 2º – Caso o empreendedor não apresente a declaração no prazo a que se refere o *caput* ou apresente declaração que não ateste a estabilidade da barragem, o órgão ou entidade competente do Sisema determinará a suspensão da operação da barragem.

Art. 15 – O Plano de Segurança da Barragem será atualizado, atendendo às exigências ou recomendações constantes do resultado de cada inspeção, revisão ou auditoria técnica de segurança.

Parágrafo único – A cada atualização do Plano de Segurança da Barragem, o empreendedor apresentará ao órgão ou entidade competente do Sisema nova declaração de condição de estabilidade da barragem, observado o disposto no art. 14.

Art. 16 – As barragens instaladas no Estado serão objeto de auditoria técnica de segurança, de responsabilidade do empreendedor, na seguinte periodicidade:

I – a cada ano, as barragens com alto potencial de dano ambiental;

II – a cada dois anos, as barragens com médio potencial de dano ambiental;

III – a cada três anos, as barragens com baixo potencial de dano ambiental.

§ 1º – A auditoria técnica de segurança será realizada por profissionais independentes, especialistas em segurança de barragens e previamente credenciados perante o órgão ou entidade competente do Sisema, conforme regulamento.

§ 2º – Relatório resultante da auditoria técnica de segurança, acompanhado das ARTs dos profissionais responsáveis, será apresentado ao órgão ou entidade competente

do Sisema até o dia 1º de setembro do ano de sua elaboração, devendo ser disponibilizado no local do empreendimento para consulta da fiscalização.

§ 3º – Em caso de evento imprevisto na operação de barragem ou de alteração nas características das estruturas de barragem, o órgão ou entidade competente do Sisema exigirá do empreendedor a realização de auditoria técnica extraordinária de segurança de barragem, cujo relatório será apresentado no prazo de até 120 (cento e vinte) dias, observado o disposto neste artigo.

§ 4º – Independentemente da apresentação de relatório da auditoria técnica de segurança, o órgão ou entidade competente do Sisema poderá determinar, alternativa ou cumulativamente:

I – a realização de novas auditorias técnicas de segurança, até que seja atestada a estabilidade da barragem;

II – a suspensão ou a redução das atividades da barragem;

III – a desativação da barragem.

Art. 17 – Os órgãos ou entidades competentes do Sisema farão vistorias regulares, em intervalos não superiores a um ano, nas barragens com alto potencial de dano ambiental instaladas no Estado, emitindo laudo técnico sobre o desenvolvimento das ações a cargo do empreendedor.

Art. 18 – As barragens desativadas por determinação do órgão ou entidade competente somente poderão voltar a operar após a conclusão de processo de licenciamento ambiental corretivo.

Art. 19 – O órgão ou entidade competente do Sisema informará aos órgãos ou entidades competentes da PNSB e do Sinpdec qualquer não conformidade que implique risco à segurança ou qualquer acidente ocorrido em barragem instalada no Estado.

CAPÍTULO IV

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 20 – O descumprimento do disposto nesta lei, por ação ou omissão, sujeita os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, às penalidades previstas na legislação ambiental, sem prejuízo de outras sanções administrativas, civis e penais.

§ 1º – Em caso de desastre ambiental decorrente do descumprimento do disposto nesta lei, o valor da multa administrativa poderá ser majorado em até 100 vezes.

§ 2º – O disposto neste artigo se aplica ao presidente, diretor, administrador, membro de conselho ou órgão técnico, auditor, consultor, preposto ou mandatário de pessoa jurídica que de qualquer forma concorrer para a infração.

Art. 21 – O empreendedor é responsável, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados pela instalação e operação da barragem, bem como pelo seu mau funcionamento ou rompimento.

Parágrafo único – O empreendedor fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão ou entidade competente do Sisema, nas fases de instalação, operação, desativação e de usos futuros da barragem.

Art. 22 – Na ocorrência de acidente ou desastre ambiental, as ações recomendadas, a qualquer tempo, pelos órgãos ou entidades competentes do Sisema, bem como os deslocamentos aéreos ou terrestres necessários, serão assumidos pelo empreendedor ou terão seus custos por ele ressarcidos, independentemente da

indenização dos custos de licenciamento e das taxas de controle e fiscalização ambientais.

Art. 23 – Fica revogada a Lei nº 15.056, de 31 de março de 2004.

Art. 24 – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala das Reuniões, 5 de julho de 2016.

Comissão Extraordinária das Barragens

ANEXO L – A contaminação no Recanto dos Pássaros, em Paulínia/SP

A Shell Química fabricou agrotóxicos em Paulínia, cidade do interior do Estado de São Paulo entre 1975 e 1993. Durante este período, a empresa contaminou o lençol freático nas proximidades do rio Atibaia, um importante manancial da região, com os organoclorados aldrin, endrin e dieldrin. Três vazamentos destes componentes químicos foram oficialmente registrados durante os anos de produção. A comercialização destes produtos foi interrompida no Brasil em 1985, através da portaria 329 de 02 de setembro de 1985 do Ministério da Agricultura, sendo ainda permitida a comercialização de iscas para formigas e cupinicida destinados a reflorestamentos elaborados a base de Aldrin. Entretanto a fabricação para exportação continuou até 1990. Em 1998, através da Portaria n.º 12 do Ministério da Saúde, estes produtos foram completamente proibidos. Hoje os “drins” também são banidos pela Organização das Nações Unidas (ONU) por estarem associados à incidência de câncer e a disfunções dos sistemas reprodutor, endócrino e imunológico.

Em 1994, quando a Shell estava prestes a vender a área para a Cyanamid Química, foi realizado um levantamento do passivo ambiental da unidade para que a transação fosse concluída. Foi identificada uma rachadura numa piscina de contenção de resíduos que havia contaminado parte do freático. A empresa realizou uma autodenúncia junto ao Ministério Público, que deu origem a um Termo de Ajustamento de Conduta. A Shell teve que se encarregar da construção de uma estação de tratamento que processa toda a água que passa por baixo do terreno. Entretanto, ela não admitiu qualquer contaminação com drins, nem vazamentos para fora do seu terreno. A nova proprietária da unidade, a Cyanamid, acabou vendendo a fábrica para a indústria química alemã Basf em dezembro de 2000.

Em 1996, a Shell encomendou dois laudos técnico sobre a contaminação do lençol freático fora da área da empresa aos laboratórios do Instituto Adolpho Lutz, de São Paulo, e Lancaster, dos Estados Unidos. O laboratório brasileiro não detectou a presença de contaminantes, mas o norte-americano confirmou a presença de drins na água do subsolo. A Shell manteve em sigilo o relatório do laboratório Lancaster até março de 2000, alegando que o seu resultado foi um “falso positivo”. Na época, a agência ambiental paulista, a Cetesb, recolheu, pela primeira vez, amostras de poços e cisternas do bairro, que foram analisados pela própria Cetesb, pelo laboratório Ceimic, contratado pela Shell e pelo laboratório Tasqa, pago pela Prefeitura de Paulínia. Os exames constataram a presença de dieldrin na água.

Em dezembro de 2000, novas amostras foram coletadas pela Cetesb, o Instituto Adolfo Lutz e o laboratório Ceimic. As análises comprovaram a contaminação da água dos poços com níveis até 11 vezes acima do permitido na legislação brasileira. Diante de tais resultados, pela primeira vez a Shell admitiu ser a fonte da contaminação das chácaras da redondeza.

O caso ganha, definitivamente, espaço na imprensa. Em fevereiro de 2001, cerca de 100 moradores da região fizeram uma vigília de vários dias em frente à fábrica. Em abril, a Câmara dos Deputados promoveu uma audiência pública em Brasília para discutir o assunto e criou uma comissão para acompanhar seus desdobramentos. Na mesma época, um ex-funcionário da empresa confirma a existência de quatro aterros clandestinos dentro da área da fábrica, onde a Shell depositava cinzas do incinerador e resíduos industriais. Na sequência, a Cetesb admite que errou ao não solicitar uma avaliação das condições do solo e da água do Recanto dos Pássaros.

Inicia-se uma etapa de avaliações da saúde dos vizinhos da fábrica. A Prefeitura de Paulínia pediu ao laboratório da Universidade Estadual Paulista (Unesp) para que realizasse exames de sangue. Divulgados em agosto de 2001, os exames indicaram que 156 pessoas – 86% dos moradores do bairro – apresentavam pelo menos um tipo de resíduo tóxico no organismo. Desses, 88 apresentam intoxicação crônica, 59 apresentavam tumores hepáticos e da tireoide e 72 estavam contaminados por drins. Das 50 crianças com até 15 anos avaliadas, 27 manifestavam um quadro de contaminação crônica. A empresa contestou tais resultados, que considerou inconsistentes e incompletos.

Segundo o médico Igor Vassilief, presidente da Associação Brasileira de Toxicologia e professor da Unesp, um dos casos avaliados foi o de uma menina de sete anos com níveis altíssimos de chumbo no sangue, peso e altura abaixo da média e baixo desempenho escolar. Os médicos responsáveis pelo exame estão sendo processados pela Shell no Conselho Regional de Medicina (CRM). Um segundo laudo, encomendado pela Shell, concluiu que não havia nenhum caso de contaminação no bairro. A empresa também negou que tivesse manipulado metais na unidade de Paulínia.

Em setembro de 2001, o Greenpeace enviou um relatório sobre o caso para os diretores da FTSE 4 Good, um índice ligado a bolsa de Valores de Londres para investimento socialmente responsável, que lista empresas com um comportamento ético.

Em dezembro de 2001, a Justiça de Paulínia determinou que a Shell removesse os moradores de 66 chácaras do Recanto dos Pássaros. Ela também deveria garantir os tratamentos médicos necessários. A empresa, juntamente com a Cetesb, também é alvo de uma ação civil pública movida pela Prefeitura de Paulínia, Ministério Público e

pela associação dos moradores do bairro. Na sequência, a Shell começou a comprar propriedades dos moradores dispostos a vendê-las. A empresa já adquiriu 32 das 66 chácaras. Já deixaram o bairro 166 moradores e caseiros.

Segundo a empresa, a compra das chácaras é uma decisão gerencial, porque não haveria estudo ambiental determinando a necessidade de remoção das famílias. A vice-presidente para América Latina da Shell Químicos, Maria Lúcia Braz Pinheiro, declarou em dezembro de 2001 que a empresa continuava “acreditando que este relatório (da prefeitura) não pode ser base para nada, faltam peças e informações básicas”.

Fonte: Greenpeace – consulta realizada em 05/03/2019:
<http://quimicosunificados.com.br/shell/a-contaminacao-no-recanto-dos-passaros-em-pauliniasp/>