UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS

FACULDADE DE DIREITO

DANOS MORAIS METAINDIVIDUAIS E O ASPECTO PUNITIVO DA INDENIZAÇÃO.

LUÍS FELIPE FREIND DOS SANTOS

RIO DE JANEIRO

2008

LUÍS FELIPE FREIND DOS SANTOS

DANOS MORAIS METAINDIVIDUAIS E O ASPECTO PUNITIVO DA INDENIZAÇÃO.

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Vera Maria Paes de Barros Smid

RIO DE JANEIRO

2008

Santos, Luís Felipe Freind dos.

Danos morais metaindividuais e o aspecto punitivo da indenização./ Luís Felipe Freind dos Santos. – 2008.
71 f.

Orientador: Vera Maria Paes de Barros Smid.
Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.
Bibliografia: f. 68 - 71.

1. Responsabilidade civil - Monografias. 2. Danos morais. 3. Direitos transindividuais. 4. Indenização punitiva. I. Smid, Vera Maria Paes de Barros. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito.

CDD 342.1513

LUÍS FELIPE FREIND DOS SANTOS

DANOS MORAIS METAINDIVIDUAIS E O ASPECTO PUNITIVO DA INDENIZAÇÃO.

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/ ____/ _____

Banca Examinadora:

_____

_____

_____

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Paulo Roberto e Isabel Cristina, pelo incondicional amor com que me criaram, e pela incessante e inestimável presença e diálogo.

Ao meu irmão, Guilherme, pelo intenso afeto, confiança e respeito mútuos.

Aos meus avós, pela sapiência, carinho e dedicação que comigo sempre demonstraram.

À minha orientadora, Profª Ms. Vera Maria P.B. Smid, por todo o profissionalismo, acessibilidade e interesse com que, pacientemente, sanou minhas infindáveis dúvidas e pelos conselhos sempre úteis e oportunos.

RESUMO

SANTOS, L. F. F. *Danos morais metaindividuais e o aspecto punitivo da indenização.* 2008. f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

O presente trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade do dano moral na esfera coletiva em sentido lato e a adequação de uma indenização revestida de caráter punitivo, especialmente a essas hipóteses. Na primeira parte, atenta-se para a evolução do dano moral, a pormenorização de seu conceito, a leitura constitucionalizada do instituto e as discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca do dano moral coletivo. Em seguida abordam-se as espécies de manifestação dos direitos metaindividuais ou transindividuais: difusos, coletivos em sentido estrito e dos direitos individuais homogêneos, bem como fenômenos correlatos a esses interesses e sua tutela jurisdicional. Na terceira parte discorre-se sobre o aspecto punitivo da indenização, cursando-se sua origem, transposição e adaptação no sistema jurídico brasileiro. A quarta parte dedica-se a congregação dos estudos anteriores, coadunando os aspectos da indenização com caráter punitivo às hipóteses de dano moral à coletividade em suas diversas acepções, apontando as peculiaridades de cada uma delas e verificando a destinação do produto indenizatório.

Palavras-Chave: Danos morais; Direitos transindividuais; Indenização punitiva.

ABSTRACT

SANTOS, L. F. F. *Danos morais metaindividuais e o aspecto punitivo da indenização.* 2008. f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

The present work's objective is to analyze the possibility of non pecuniary damages in the collective perspective and the adequacy of punitive damages, especially to those cases. The first part is about the evolution of non pecuniary damages, the details of its concept, the constitutional interpretation of the institute and the doctrinal and jurisprudential quarrels concerning the collective damages. The second part is dedicated to the kinds of collective rights: diffuse rights, collective in strict meaning rights and the homogeneous individual rights, as well as the phenomena related to those interests and its jurisdictional protection. The third part discourses on the punitive aspect of the indemnity, regarding its origin, transposition and adaptation in the Brazilian legal system. The fourth part is dedicated to congregate the previous studies, the aspects of the indemnity with punitive characteristics to the hypotheses of the collective damages in its various meanings, pointing the peculiarities of each one of them and verifying the destination of the final indemnity product.

Key words: Non pecuniary damages; Collective rights; punitive damages.

SUMÁRIO

1 **INTRODUÇÃO** 7
2 **DANO MORAL** 9
2.1 **Evolução histórica** 9
2.2 **A problemática na definição do dano moral** 12
2.3 **Dano moral à luz do direito civil-constitucional** 13
2.4 **O dano moral coletivo** 18
3 **DIREITOS METAINDIVIDUAIS** 23
3.1 **Metaindividualização do direito** 23
3.2 **Direitos difusos** 26
3.3 **Direitos coletivos *strictu sensu*** 29
3.4 **Direito individuais homogêneos** 31
3.5 **Coisa julgada *secundum eventum litis*** 34
3.6 **Tutela de interesses difusos e coletivos** 35
4 **O ASPECTO PUNITIVO DA INDENIZAÇÃO** 40
4.1 **A idéia de sanção** 40
4.2 **Os *punitive damages* e a admissibilidade no ordenamento brasileiro** 43
4.3 **Adequação dos *punitive damages* ao ordenamento brasileiro** 47
4.4 **Critérios para a fixação da indenização dos danos morais** 49
5 **O CARÁTER PUNITIVO DA INDENIZAÇÃO APLICADO AOS DANOS MORAIS METAINDIVIDUAIS** 56
5.1 **Pertinência da punibilidade nos danos morais metaindividuais** 56
5.2 **O caráter punitivo da indenização e os direitos difusos** 59
5.3 **Direitos coletivos em sentido estrito e a indenização punitiva** 60
5.4 **Direitos individuais homogêneos e o *fluid recovery*** 61
6 **CONCLUSÃO** 64
REFERÊNCIAS 68

1 – INTRODUÇÃO

O dano moral, instituto atinente à responsabilidade civil, é foco de sucessivas discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Já foram debatidas sua admissibilidade, sua autonomia e sua aplicabilidade às pessoas jurídicas.

Hordienamente, dois pontos suscitam controvérsia entre os pesquisadores e práticos do tema: o primeiro é o reconhecimento de um dano moral coletivo, e o segundo é a imposição de uma indenização com caráter punitivo.

A plausibilidade de um dano moral coletivo não prescinde das análises evolutivas, tanto da própria definição de dano moral, quanto do processo de afirmação dos direito coletivos em suas diversas formas de manifestação: direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. Não obstante, faz-se importante atentar para as interpretações doutrinárias mais recentes, à luz da constitucionalização do direito civil, fenômeno que ganha força na atualidade e que permite uma releitura das instituições civilistas tradicionais, sob o prisma da efetividade dos direitos e garantias fundamentais, e sobretudo da dignidade da pessoa humana.

De outro lado, também por uma análise principiológica, há que se investigar de que forma uma indenização com aspectos punitivos pode adequar-se ao nosso sistema jurídico. Essa tese, que por originar-se dos *punitive damages* da *Common Law*, mais precisamente, do sistema estadunidense, encontra-se incongruente com os mecanismos brasileiros de tutela jurídica. Desta forma, é mister buscar saber de que modo o instituto poderia acomodar-se no nosso ordenamento, e como vem a doutrina e a jurisprudência tratando a questão, e estabelecendo parâmetros para a fixação do valor indenizatório.

Ultrapassando-se essas duas questões fulcrais de reconhecimento de um dano moral coletivo e do cabimento de uma indenização a título punitivo, cumpre tratar da correlação dos dois fenômenos, sempre balizado por uma interpretação sistemática tão recomendada pela doutrina e suscitada pelos tribunais brasileiros. Assim, averiguar-se-á como o caráter punitivo da indenização pode se coadunar com as peculiaridades que os direitos transindividuais e suas espécies apresentam, como, à exemplo, outras formas de reparação além da pecuniária, e a destinação da verba indenizatória.

Tem-se por objetivo atestar a conveniência e harmonia entre os dois institutos de modo que as análises da doutrina especializada e das decisões jurisprudenciais, bem como as incursões no direito comparado e interdisciplinares tornam-se imperiosas, não raros os

conceitos que surgem com a colaboração de processualistas, constitucionalistas e ramos ainda mais delimitados como o consumerista e o ambiental.

Não se pode compreender o direito de maneira estaque, compartimentada, se o que se apresenta cotidianamente são fatos de múltiplas naturezas, aos quais aplicar-se-á um sistema normativo que se pretende justo e coeso.

Assim, o presente trabalho impende o estudo dos fenômenos jurídicos que se propagam na sociedade, hoje massificada, atomizada, e despersonalizada, e ainda assim cada vez mais ávida pelo equilíbrio e segurança de suas relações.

2 DANO MORAL

2.1 Evolução Histórica

A história do homem demonstra, já nos antigos códigos de Hamurabi e Manu, a pena de Talião, reconhecidamente a primeira forma de reparação do dano.

O sistema codificado mesopotâmico do rei babilônico Hamurabi tinha por princípio geral a idéia de que ao forte não era permitido prejudicar o fraco, e inserto em seus parágrafos a lei previa que as ofensas pessoais pudessem sem reparadas às custas de ofensas idênticas, bem como pelo pagamento de um valor pecuniário[1].

O código de Manu, cujos efeitos ainda se fazem sentir na vida social e religiosa dos praticantes do hinduísmo, facultava às vítimas de danos a oportunidade de serem ressarcidas por somas em dinheiro, o que já representava uma evolução à mera retribuição da ofensa[2].

Entretanto, a máxima do "olho por olho, dente por dente" era também usual entre as antigas civilizações chinesas e egípcias, em um período que o que se estimulava era a vingança do ofendido.

Os gregos, por sua vez, de elevado espírito filosófico, possuem passagens de sua mitologia que fazem implícita referência aos danos morais, como a assembléia de deuses que condenou Ares ao pagamento de pesada multa a Hefesto, pelo adultério que este flagrou em seu próprio leito, daquele com a deusa Afrodite[3].

Contudo, como assinala Jorge de Miranda Magalhães, o direito romano foi quem mais juridicamente regulamentou essa tutela, por meio de um instituto denominado *actio injuriarum* e *actio aestimatoria*, que entregavam aos juízes o dever de estabelecer uma indenização para reparar um dano causado[4].

Thomas Marky, em lição mais aprofundada dos institutos de direito romano, nos ensina que a referida ação era um reflexo do delito de injúria (*iniuria*) "consistente na ofensa ilícita e dolosa de alguém, causada a pessoa de outrem. A ofensa pode ser de qualquer espécie, assim física como moral"[5].

Na idade média, o direito canônico foi responsável pela teorização do dano, que nesse período estava fortemente associado à idéia de conseqüência de um ato pecaminoso.

---

[1] REIS, Clayton. **Dano moral**. Rio de Janeiro : Forense. 2001. p. 10.
[2] Ibid. p.12.
[3] Ibid. p.13.
[4] MAGALHÃES, Jorge de Miranda. **Dano moral**. 2ª Ed. Rio de Janeiro : Espaço Jurídico, 2002. p.xii
[5] MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 8ª Ed. São Paulo : Saraiva, 1995. p.137.

Na Alemanha unificada, o BGB (código civil alemão), sobre a influência das idéias de Windscheid, preconizava a reparação do dano moral em seu artigo 847, em contraposição ao que era doutrinado anteriormente por Savigny, opositor da doutrina positivista, para quem os direitos inatos ao homem constituíam uma classe apartada, não suscetível de proteção jurídica ordinária[6].

Com o tempo, ocorreu que as diversas ofensas passaram a ser colocadas sob uma escala de reprovabilidade, e aquelas tidas por mais graves foram declaradas delitos públicos, a serem reprimidos pela autoridade estatal, e as demais consideradas delitos privados, enquadradas no instituto que hoje conhecemos como ato ilícito, mas que desde a *Lex Aquilia* já encontra bases teóricas de reparação e conceituação no conceito de culpa extracontratual[7].

Criou-se então a teoria da responsabilidade civil, calcada inicialmente na repressão do ato ilícito, e cuja expressão máxima podemos encontrar já no *caput* do artigo 159 do Código Civil de 1916, que assim dispunha:

"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."[8]

Podemos observar, da análise literal da norma supra mencionada, que além do elemento da ilicitude, que hoje é até mesmo considerado prescindível em casos excepcionalíssimos, a responsabilidade civil pressupõe a existência do dano. Esse dano, hoje se encontra pacificado, é o de ordem patrimonial ou extrapatrimonial, independentes entre si.

Ocorre que nem sempre foi assim. Como bem leciona o célebre Sérgio Cavalieri Filho, podemos dividir a reparabilidade do dano extrapatrimonial, também denominado dano moral, basicamente em três fases, quais sejam, a fase da irreparabilidade, a fase da inacumulabilidade e a fase da autonomia[9].

Muito embora a doutrina admita que o Código Civil de 1916 já reconhecia o dano moral, a exemplo do artigo 1.548 daquele diploma que dispunha que "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 sua própria condição e estado", ou mesmo do artigo 1.547, que previa que "a indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano

---

[6] REIS, Clayton. Op.cit. p. 20.
[7] OLIVEIRA, William Figueiredo de. **Dano moral ambiental**. 1ª Ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007. p.43.
[8] BRASIL. Presidência da República. Lei n. 3.071 de 01 de janeiro de 1916. Código civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm.
[9] CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6ª ed. rev. aum. atual. São Paulo : Malheiros. 2005. p.100.

que delas resulte ao ofendido”[10], os tribunais demonstravam-se receosos em admitir a possibilidade de sua reparação, sob a justificativa de que essa modalidade de dano não poderia ser apreciada economicamente, ou ainda, utilizando-se do pretexto de que o dano moral era efêmero, incerto, difícil de ser detectado, e até mesmo, imoral em ser compensado ou juridicamente impossível[11].

Com o tempo, as objeções foram uma a uma sendo afastadas, muito embora nas raras oportunidades em que se observavam decisões relacionadas ao dano extrapatrimonial, este vinha sempre atrelado ao dano patrimonial, e, no entendimento preponderante da jurisprudência, não havia que se falar no então chamado “dano meramente moral”.

Contudo, o próprio autor do projeto do Antigo Código Civil de 1916, o insigne Clóvis Beviláqua, em comentário ao art.76 de sua obra, professou:

> Se o interesse moral justifica a acção para defen-del-o ou restaural-o, é claro que tal interesse é indemnizável, ainda que o bem moral não se exprima em dinheiro. É por uma necessidade dos nossos meios humanos, sempre insuficientes, e, não raro, grosseiros, que o direito se vê forçado a acceitar que se computem em dinheiro o interesse da affeição e os outros interesses moraes.[12]

Neste viés, a legislação ordinária esparsa foi aos poucos trazendo à baila a positivação do dano moral. A título de exemplo, vale mencionar a Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67), cujo artigo 56 prevê a ação por dano moral, independente da ação por dano material. Tamanha sua importância, merece transcrição a referida norma:

“Art . 56. A ação para haver indenização por dano moral poderá ser exercida separadamente da ação para haver reparação do dano material, e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de 3 meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa.”[13]

Todavia, foi somente com o advento da Constituição da República de 1988[14] que a questão foi sepultada, uma vez que trouxe expressamente previsto no artigo 5°, inciso V, a previsão da indenização por dano moral, ratificada pelo inciso X do mesmo artigo e pela

---

[10] Loc. Cit.

[11] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v.7: responsabilidade civil.** 19ª ed. ver. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406 de 10-01-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002 São Paulo : Saraiva, 2005. p.97.

[12] BEVILAQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Rio de Janeiro : Livraria Francisco Alves. 1927 *apud* OLIVEIRA, William Figueiredo de. Op. cit. p.71.

[13] BRASIL. Presidência da República. Lei n. 5.250 de 9 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de rnanifestação do pensamento e de informação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5250.htm

[14] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm

súmula de n° 37 do Superior Tribunal de Justiça que consignou que "São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundas do mesmo fato"[15].

Essa previsão foi ratificada pelo artigo 927, *in verbis*:

"Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."[16]

Essa norma que inaugura o título referente à responsabilidade civil no novo Código Civil (Lei 10.406/02) deve ser combinada com o artigo 186 do mesmo diploma, que assim dispõe:

"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."

2.2 A problemática na definição do dano moral.

Consagrada a autonomia do dano moral, a doutrina se viu lançada à árdua tarefa de conceituar com maior riqueza de detalhes o instituto jurídico, o que ocasionou e ainda suscita muitos debates, pois, conforme se demonstra, a conceituação é capaz de determinar a própria abrangência do instituto.

Primeiramente, optou-se por um conceito residual de dano moral, ou seja, corresponderia à lesão de interesses de cunho não patrimonial, provocada por um ato lesivo[17].

Essa conceituação, em que pese sua correção, é tida por demasiada abrangente, o que provoca certa insegurança jurídica com relação ao instituto, ao incorrer na indefinição do que precisamente possa ser classificado como não patrimonial. Contudo, teve importância em tecer os primeiros passos na determinação do instituto e estabelecer uma sinonímia entre dano moral e dano extrapatrimonial, hoje reproduzida pela maioria absoluta dos autores que cuidam dessa matéria.

Explica-nos novamente Sérgio Cavalieri que

> na falta de critérios objetivos, essa questão vem-se tornando tormentosa na doutrina e na jurisprudência, levando o julgador a situação de perplexidade. Ultrapassadas as fases da irreparabilidade do dano moral e da sua inacumulabilidade com o dano material, corremos, agora, o risco de

---

[15] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n°. 37. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundas do mesmo fato. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=330

[16] BRASIL. Presidência da República. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm

[17] DINIZ, Maria Helena. Op.cit. p.91.

> ingressar na fase da sua industrialização, onde o aborrecimento banal ou mera sensibilidade são apresentados como dano moral[18].

Ainda em busca de uma conceituação que primasse pelo bom senso, por uma ponderação criteriosa, a doutrina e a jurisprudência associaram, por um período, o dano moral a chamada "dor da alma", vexame, humilhação. Essa correlação, entretanto, não prospera, pois se verificou que os sofrimentos mencionados acima são, em verdade, não a constituição do dano em si, mas reflexos de um abatimento causado pelo próprio prejuízo moral infligido, e cuja variação se sujeita, muitas das vezes, às reações individualizadas, pois cada pessoa sente a seu modo[19].

O professor Sérgio Viana Severo, nos explica com clareza que o dano moral não está restrito às "esferas do sentimento de uma pessoa como são a dor, a pena, a angústia, a tristeza, a perda dos desejos de viver etc., mas se projeta também, como já foi dito, à esfera intelectual (aptidão de entender) e à esfera volitiva (atitude de querer)"[20].

Essa dissociação é fundamental para a compreensão de uma problemática travada, sobretudo ao longo dos anos 90, com alguns reflexos posteriores, que foi a possibilidade de se indenizar por dano moral uma pessoa jurídica.

A longa divergência em torno da questão restou pacificada com a edição da súmula de n° 227 do Superior Tribunal de Justiça, datada de setembro de 1999, que consagrou que "A pessoa jurídica pode sofrer dano moral"[21].

Pode-se dizer que a partir desse ponto emergiu um novo conceito de dano moral ou extrapatrimonial, calcado fundamentalmente em dois aspectos, sendo o primeiro consectário do segundo: o dano moral é o efeito da lesão a um interesse não patrimonial, "bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, à saúde, a integridade psicológica", sendo também incluído "a intimidade, bom nome, privacidade e integridade da esfera íntima"[22], ou em outras palavras, a ofensa a um direito da personalidade ou a agressão à dignidade de alguém, considerado em sua dimensão moral e social.

2.3 O dano moral à luz do Direito Civil-Constitucional.

---

[18] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit. p.104.
[19] DINIZ, Maria Helena. Op.cit. p.92.
[20] SEVERO, Sérgio. **Dano extrapatrimonial**. São Paulo : Saraiva, 1996 *apud* OLIVEIRA, William Figueiredo de. Op. cit. p.74.
[21] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n°. 227. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=227&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=1
[22] CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo : Malheiros. 2000. p.78 *apud* OLIVEIRA, William Figueiredo de. Op. cit. p.72.

Emerge entre os juristas brasileiros, com grande força, a corrente que objetiva revigorar os diversos ramos jurídicos, à luz da Constituição da República de 1988, por muitos denominada de Constituição Cidadã.

Essa proposta tem por escopo uma reconstrução axiológica dos institutos jurídicos, através do prisma hierarquicamente superior da Constituição, que abrange em seu texto diversos temas sociais de profunda relevância e que, ao se desdobrarem na legislação ordinária, merecem interpretação coadunada com o primado dos direitos fundamentais, para que lhes seja garantida a efetividade[23].

No entender da professora Flávia Viveiros de Castro, o fenômeno da constitucionalização do direito civil "promove seu engrandecimento, sua atualização, seu renascimento como *locus* privilegiado de Direito privado, no qual exerce com plenitude sua função social"[24].

Sob essa ótica, devemos analisar as inovações trazidas à seara do dano moral sobre dois diplomas legislativos de acentuada importância ao nosso ordenamento, quais sejam, a Lei n° 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e a Lei n° 10.406/02 (Novo Código Civil).

Primeiramente, trataremos do Código Civil, em inversão cronológica ao início da vigência das leis mencionadas, mas que se justifica pelo longo tempo em que o Projeto de Lei do Código Civil tramitou no Congresso, sendo cabível destacar que sua forma originária precede a própria Constituição da República de 1988.

Pois o diploma civilista trouxe, no bojo de seu artigo 186, a consagração da autonomia do dano moral a que já se referiu.

Em análise literal, a menção à exclusividade do dano moral reitera o que a doutrina e jurisprudência já vinham defendendo há cerca de duas décadas, e que já tinha previsão constitucional, mas carecia do respaldo da legislação ordinária.

Há de se convir que, em que pese levarmos em conta a demora na tramitação e os avanços estabelecidos em outros ramos do direito, como o de família, e na própria teoria da responsabilidade civil, como a inclusão expressa do abuso de direito como ato ilícito, a inserção da teoria do risco no artigo 931, da responsabilidade objetiva no parágrafo único do artigo 927, entre outros; em matéria de dano moral o Novo Código não somou ao ordenamento inovações ou parâmetros que pudessem conferir grandes novidades ao instituto.

---

[23] TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro : Renovar, 1999. p.21.
[24] CASTRO, Flávia Viveiros de. **Danos à pessoa nas relações de consumo: uma abordagem civil constitucional**. 2006. Lumen Iuris : Rio de Janeiro. p.169

Pode-se, no entanto, render menção aos artigos que cuidam da indenização, no que tange o dano extrapatrimonial.

O artigo 944 trata da cláusula geral de mensuração da indenização e estabelece como parâmetro a extensão do dano. Cabe mencionar a norma contida em seu parágrafo único, que autoriza o juiz a reduzir, equitativamente a indenização, quando presente desproporcionalidade entre a gravidade da culpa e o dano.

O artigo supramencionado estabelece de plano dois critérios para se estipular uma indenização: a extensão do dano e a culpabilidade do agente. Há quem verifique aqui também o fator da condição econômica do infrator, fundado na satisfação da vítima e na punição ao abastado, amenizando a inquietude social que se estabelece entre as partes.[25]

No prisma civil-constitucionalista, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho ensina que: "qualquer critério de reparação do dano moral que se pretenda adequado atualmente deve levar em consideração que o valor da condenação há de atender àqueles ideais do Direito de justiça e segurança nas relações sociais"[26].

A respeito da matéria, vale a pena colacionar a ementa do Agravo Regimental no no Agravo de Instrumento n° 425317 / RS, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça:

> Dano moral. Reparação. Critérios para fixação do valor. Condenação anterior, em quantia menor.
> Na fixação do valor da condenação por dano moral, deve o julgador atender a certos critérios, tais como nível cultural do causador do dano; condição sócio-econômica do ofensor e do ofendido; intensidade do dolo ou grau da culpa (se for o caso) do autor da ofensa; efeitos do dano no psiquismo do ofendido e as repercussões do fato na comunidade em que vive a vítima.
> Ademais, a reparação deve ter fim também pedagógico, de modo a desestimular a prática de outros ilícitos similares, sem que sirva, entretanto, a condenação de contributo a enriquecimentos injustificáveis.
> Verificada condenação anterior, de outro órgão de imprensa, em quantia bem inferior, por fatos análogos, é lícito ao STJ conhecer do recurso pela alínea c do permissivo constitucional e reduzir o valor arbitrado a título de reparação.
> Recurso conhecido e, por maioria, provido.[27]

---

[25] OLIVEIRA, William Figueiredo de. Op. cit. p.78.
[26] MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Elementos de responsabilidade civil por danos morais**. Rio de Janeiro : Renovar, 2000. p.160.
[27] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Dano moral. Reparação. Critérios para fixação do valor. Condenação anterior, em quantia menor. Recurso especial 355.392/RJ (2001/0137595-0). Relator: Min. Nancy Andrighi. 3ª Turma. Brasília, 23 de março de 2002. **Diário Oficial da Justiça**, Brasília, DF. 17. JUN. 2002. p.258.

A prof. Maria Celina Bodin de Moraes também faz referências a esses critérios, como sendo os mais utilizados pela doutrina e jurisprudência[28]. Contudo, filia-se a corrente calcada numa análise crítica do princípio da *restitutio in integrum* sob a ótica do princípio da dignidade humana.[29]

Em linhas gerais, podemos dizer que no raciocínio desenvolvido pela douta autora, danos morais é, substancialmente, lesão à dignidade, que se expressa juridicamente pelo direito à igualdade, pela tutela da integridade psicofísica, pelo direito à liberdade, e pelo direito dever de solidariedade social.[30]

De fato, o dano moral como lesão à dignidade em uma de suas formas de manifestação é a expressão mais corrente que se pode dar a esse instituto. De outro lado, essa exteriorização não se coloca como óbice a adoção dos critérios expedidos no *decisum* acima. Retomar-se-á a questão dos critérios de fixação da indenização do dano moral quando se adentrar a discussão dos seus aspectos e do caráter de sua indenização.

O critério de extensão do evento danoso parece repetido pelo Código Civil, quando da leitura do artigo 953, que dispõe que "a indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido".

Como resta claro, o diploma não estabeleceu, e se reconhece nem ser sua função, um critério específico tanto para conceituar o dano moral, quanto para fundamentar sua quantificação.

Acerca do Código de Defesa do Consumidor (CDC)[31], vários elogios podem ser traçados, pois com esse diploma inaugurou-se um microssistema multidisciplinar, tamanhas as novidades que trouxe, como, por exemplo, a inversão do ônus probatório.

Pode-se dizer que essa lei consumerista regula a previsão do inciso XXXII, do artigo 5° da Constituição, que prevê a promoção, pelo Estado, da defesa do consumidor, mas também o artigo 170 da Carta Maior que prevê os princípios pelos quais será regida a ordem econômica do Estado[32].

---

[28] MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.295.
[29] Ibid. p.303.
[30] Ibid. p.85
[31] BRASIL. Presidência da República. Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm
[32] GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 7.ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2001. p.17.

E o primeiro ponto que merece atenção é o disposto pelo inciso VI do artigo 6°, que posiciona como direito básico do consumidor "VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;".

Da análise do ordenamento, o Código de Defesa do Consumidor não foi a primeira lei a reconhecer, expressamente, a possibilidade de reparação de danos morais à coletividade. Há que se ponderar que, mesmo antes da Constituição de 1988, a Lei n°7.347/85 (que disciplina a ação civil pública), já previa, logo em seu artigo 1°, a ação de responsabilidade por danos causados, entre outros, ao meio ambiente, ao consumidor, ao meio urbanístico, a ordem econômica[33]. Contudo, como leciona o professor Rodolfo de Camargo Mancuso: "a Lei 7.347/85 não tem característica de texto de direito material, apresentando-se precipuamente como lei processual, que objetiva disciplinar a ação civil pública em matéria de interesses metaindividuais"[34].

Isto posto, o CDC primou por materializar essa proteção, e, sob a égide da Constituição da República, conferir efetividade ao direito fundamental transindividual, tanto que a própria Lei que dispõe sobre a Ação Civil Pública teve acrescido, em seu artigo 21, pelo CDC a determinação de que:

"Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor."

Merecem transcrição as palavras do eminente José Geraldo de Brito Filomeno que do alto de sua autoridade como um dos autores do CDC esclarece:

> No âmbito da reparação, o que o Código se prontifica a fazer é dotar o consumidor, sobretudo organizado, de instrumentos processuais dos mais modernos e eficazes, para que se dê a prevenção de danos, como já atrás assinalado, bem como sua reparação.
> E, nesse sentido, além de pleitos individuais, merecem destaque as ações coletivas, de modo geral, que visam à tutela dos chamados "interesses difusos" dos consumidores, "interesses coletivos" propriamente ditos e "interesses individuais homogêneos de origem comum.[35]

A grande discussão doutrinária e jurisprudencial que daqui passa a decorrer, é o cabimento do chamado dano moral coletivo, sendo o termo referente à coletividade aí

---

[33] BRASIL. Presidência da República. Lei n. 7.347 de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm

[34] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 6. ed. ver. e atual. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 257.

[35] Ibid. p.128

empregado em sentido lato, englobando os interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos.

2.4 O dano moral coletivo.

O tema do dano moral coletivo é objeto de acalorado debate, curiosamente semelhante ao que se impôs na década de 90 ao dano moral à pessoa jurídica e anteriormente, à própria autonomia e cumulatividade do dano moral.

Para William Figueiredo de Oliveira, em obra a respeito do dano moral ambiental, "os reflexos não patrimoniais dos danos aos direitos difusos e coletivos, leia-se meio ambiente, são passíveis de indenização"[36], entendimento que é reiterado por Bittar Filho ao afirmar que "Conceituado como a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, o dano moral coletivo é produto de ação que toma de assalto a própria cultura, em sua faceta imaterial"[37].

Xisto Tiago de Medeiros Neto, jurista trabalhista, também observou naquela seara o fenômeno da coletivização do direito, e também sob o prisma constitucional e do primado dos direitos fundamentais concluiu que "toda modificação desvaliosa do espírito coletivo, ou seja, qualquer ofensa aos valores fundamentais compartilhados pela coletividade, e que refletem o alcance da dignidade dos seus membros" representa o dano moral coletivo[38].

Para Hugo Nigro Mazzilli, a legislação foi expressa, a partir das alterações na Lei n°7.437/85 (Lei da Ação Civil Pública - LACP), promovidas pela Lei n°8.884/94. Para o autor, "passou a ficar expresso que a ação civil pública objetiva a responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a quaisquer dos valores transindividuais de que cuida a lei[39]". Se faz necessária a transcrição do art.1° da LACP em sua versão mais atualizada, para compreender as palavras do citado doutrinador:

> 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;

---

[36] OLIVEIRA, William Figueiredo de. Op. cit. p.83

[37] BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro** . Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 559, 17 jan. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6183>. Acesso em: 02 set. 2008.

[38] MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. São Paulo: LTr, 2004. p.136.

[39] MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 16. ed. rev. ampl., e atual. , São Paulo : Saraiva. 2003, p.132.

> III –a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
> IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.
> V - por infração da ordem econômica e da economia popular;
> VI - à ordem urbanística.

Neste diapasão, encontra eco em Celso Antônio Pacheco Fiorillo, que afirma que "um dano ao meio ambiente, que é direito difuso, pode geral conseqüências patrimoniais e extrapatrimoniais, que poderão ser cumulativamente exigidas em sede de ação de responsabilidade"[40].

Como se pode observar, os posicionamentos trazidos à baila se coadunam com a leitura civil-constitucional do dano moral, expressada na lesão à dignidade, nos termos utilizados pela professora Maria Celina B. de Moraes para classificá-la juridicamente: direito à igualdade, integridade psicofísica, direito à liberdade, e direito dever de solidariedade social[41].

Não é outro o entendimento da autora supramencionada, ao discorrer sobre o direito-dever de solidariedade: "Daqui, evidentemente, se parte para as hipóteses mais conhecidas e tuteladas tendo como fundamento a solidariedade social: os danos causados aos consumidores e os danos causados ao meio ambiente"[42], a eles devem ser somados, à exemplo, os interesses dos idosos e crianças, e dos portadores de necessidades especiais.

Não obstante o amplo embasamento doutrinário, e a profunda extensão que se tem conferido à proteção dos direitos fundamentais, a temática é ainda objeto de controvérsia jurisprudencial.

Não se pode olvidar o precedente lançado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 598281/MG, cuja ementa assim dispôs:

> Processual Civil. Ação Civil Pública. Dano Ambiental. Dano Moral Coletivo. Necessária vinculação do dano moral à noção de dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual. Incompatibilidade com a noção de transindividualidade (indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa e da reparação). Recurso Especial improvido.[43]

No referido acórdão foram vencidos os Exmos. Ministros Luiz Fux, relator, e José Delgado, sendo oportuno mencionar que em seu voto a Exma. Ministra Denise Arruda

---

[40] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Saraiva. 2006. p.38.
[41] MORAES, Maria Celina Bodin de. Op.cit. p.85.
[42] Ibid. p.117
[43] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação civil pública. Dano ambiental. Dano moral coletivo. Recurso especial 598.281/MG (2003/0178629-9). Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 02 de maio de 2006. **Diário Oficial da Justiça**, Brasília, DF. 01. JUN. 2006. p.147.

afirmou a possibilidade de se reconhecer o dano moral coletivo, porém não no caso em tela, por ausência de provas.

Data maxima venia, discorda-se da opinião dos Exmos. Ministros Teori Zavascki e Francisco Falcão, no entendimento de que há incompatibilidade da noção de transindividualidade com a necessária vinculação do dano moral à noção de dor, e de sofrimento psíquico, de caráter individual, conforme consta nos termos da ementa supra transcrita. Perfila-se a corrente esposada pelo Min. Luiz Fux, de amplo embasamento doutrinário, e se acresce que o fundamento da incompatibilidade do dano moral com a transindividualidade encontra-se superado, conforme o que foi demonstrado na evolução histórica do instituto e nas novas concepções da constitucionalização do direito.

A vinculação do dano moral à dor e sofrimento psíquico foi, consoante o já explicado, objeto de diálogo quando do surgimento da questão do dano moral à pessoa jurídica, tendo se concluído que esses eventos são na verdade reflexos do dano moral, o que culminou com o enunciado da súmula 227 do próprio STJ, que consagrou a possibilidade de pessoas jurídicas sofrerem danos morais.

Em seu voto, o Min. Luiz Fux esclarece que com o advento da Lei n° 8.884/94, modificando a Lei n° 7.347/85, a ação civil pública passou a "abranger a responsabilidade do infrator pelos danos morais causados a quaisquer dos valores e direitos transindividuais amparados pela referida legislação".

Mais adiante, reitera o relator do recurso que

> a interpretação sistemática dos preceitos do art. 1º da Lei 7.347/95, com a novel redação dada pelo art. 88 da Lei nº 8884/94, revela a plausibilidade da pretensão do recorrente - condenação ao pagamento de danos morais coletivos em sede de ação civil pública.

Seu voto traz ainda, entre variadas elucidações doutrinárias e exemplificações do tema, a sapiência do eminente Ricardo Luis Lorenzetti, ministro da Suprema Corte argentina que afirma, em artigo versando sobre a matéria, que o dano moral representa tanto a lesão a direito personalíssimo, quanto a direitos fundamentais, sejam eles de ordem individual ou coletiva[44].

Por sua vez, a Min.Denise Arruda em seu voto-vista, mesmo negando provimento ao recurso que desejava obter a condenação por danos morais coletivos, o fez por outros fundamentos, deixando consignado que "por certo, haverá situações em que o dano

---

[44] LORENZETTI Ricardo Luís. O direito e o desenvolvimento sustentável - teoria geral do dano ambiental moral. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo : RT . 2002. V.28 p.139/149.

extrapatrimonial poderá ser reparado com medidas objetivas de reparação física e indenização em dinheiro pelo dano moral coletivo e difuso”[45].

Sérgio Augustin, em artigo específico que cuida da referida decisão do tribunal superior, foi enfático em sua conclusão ao afirmar que

> Como exaustivamente demonstrado, a compreensão legal e doutrinária do instituto do dano moral não exige, para sua necessária caracterização, qualquer afetação psíquica da pessoa, mormente quando se trata de interesse que extrapola a esfera individual.[46]

De fato, não tem sido outro o entendimento aplicado nos Tribunais Regionais Federais e Tribunais Estaduais. A título exemplificativo destacam-se mais três acórdãos, o primeiro proveniente do TRF da 4ª Região, o segundo do TJ-MG e último do TJ-RJ:

> Ação Civil Pública. Ofensas contra comunidade indígena. Dano moral coletivo. Majoração.
> 1. Tendo restado demonstrada a discriminação e o preconceito praticados pelos réus contra grupo indígena Kaingang, é devida indenização por danos morais.
> 2. O dano moral coletivo tem lugar nas hipóteses onde exista um ato ilícito que, tomado individualmente, tem pouca relevância para cada pessoa; mas, frente à coletividade, assume proporções que afrontam o senso comum.
> 3. Indenização por danos morais majorada para R$ 20.000,00, a ser suportada de forma solidária por ambos os réus desta ação.[47]

> Ação civil pública. Inquérito civil. Facultatividade. Autor busca indenização por danos supostamente causados pelo réu. Legitimidade passiva configurada. Presença de interesse processual. Dano moral coletivo pela comercialização de combustível adulterado. Laudo produzido fora do processo. Ciência da apelada acerca da coleta da amostra examinada. Fatos suficientes para caracterizar prova da comercialização de combustível adulterado. Comércio de combustível adulterado gera indignação e abalo na confiança que os consumidores destinavam ao estabelecimento fornecedor. Caracterização do dano moral coletivo.[48]

---

[45] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação civil pública. Dano ambiental. Dano moral coletivo. Recurso especial 598.281/MG (2003/0178629-9). Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 02 de maio de 2006. **Diário Oficial da Justiça**, Brasília, DF. 01. JUN. 2006. p.147

[46] AUGUSTIN, Sérgio. ALMEIDA, Ângela. **Dano moral coletivo: a indefinição jurisprudencial em face da ofensa a direitos transindividuais. Dano moral e sua quantificação**. Caxias do Sul. 2007 Disponível em: < www.enm.org.br/docs/biblioteca/Dano%20moral%20coletivo%20-%20Revista%20eletrônica%20ENM.doc>. Acesso em: 10 set. 2008.

[47] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Ação Civil Pública. Ofensas contra comunidade indígena. Dano moral coletivo. Majoração. Apelação Cível 200371010019370/RS. Relator: Vânia Hack de Almeida. 3ª Turma. Porto Alegre, 10 de julho de 2006. **Diário Oficial da Justiça**, Porto Alegre, RS. 30.AGO. 2006. p.472.

[48] BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ação civil pública. Inquérito civil. Facultatividade. Autor busca indenização por danos supostamente causados pelo réu. Apelação Cível 1.0702.03.103480-5/001. Relator: Des. Brandão Teixeira. 2ª Câmara Cível. Belo Horizonte, 22 de julho de 2008. **Diário Oficial da Justiça**, Belo Horizonte, MG. 5.AGO. 2008.

> Ação civil pública do M.P. local, em prol da meia entrada para estudantes. Violação grave da lei municipal e termo de autorização. Além da condenação de cumprir obrigação de fazer, se já violado o preceito, cabe, em obséquio ao desrespeito à comunidade, aos estudantes e à lei, dano moral coletivo, perseguido legitimamente pelo M. P., com tutela transindividual de interesses difusos, coletivos e homogêneos. Apelo parcialmente provido, arbitrado dano moral coletivo com razoabilidade em R$ 12.000,00 (50 salários mínimos da data da r. sentença), destinado ao Fundo do art. 13, Lei Federal nº 7.347/85.[49]

Demonstrada a possibilidade de dano moral coletivo, há que se estabelecer conceitos e dissociações entre o que seriam interesses coletivos lato sensu, interesses coletivos stricto sensu, interesses difusos e individuais homogêneos.

---

[49] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ação civil pública do M.P. local, em prol da meia entrada para estudantes. Apelação Cível 2004.001.00283 (2000.066.009222-0). Relator: Des. Severiano Ignácio Aragão. 17ª Câmara Cível. Rio de Janeiro, 31 de março de 2004. **Diário Oficial da Justiça**, Rio de Janeiro, RJ. 16.ABRIL. 2004. p.76.

3 DIREITOS METAINDIVIDUAIS

3.1 Metaindividualização do direito.

A doutrina apresenta pequena divergência quanto à origem do reconhecimento dos interesses transindividuais. Para Leonardo Greco, nos últimos vinte anos a tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos ganhou notoriedade no Brasil, impulsionada por ações propostas pelo Ministério Público e associações constituídas a mais de um ano, objetivando proteger algumas categorias desses interesses, a exemplo do meio ambiente e do direito consumerista[50].

Conforme entende Sérgio Augustin, a origem desses avanços remontam à década de 50, onde diversos movimentos sociais começaram a emergir em prol de uma melhoria da qualidade de vida da população. Foram movimentos como os das mulheres e dos ambientalistas perpetuados por diversas esferas como a saúde, educação, segurança, e que acabaram por compor um novo catálogo de direitos fundamentais, sobretudo a partir da Constituição de 1988[51].

Essa percepção é reiterada por Celso Antônio Pacheco Fiorillo que observa ainda que o reconhecimento de direitos que ultrapassam a esfera individual "somente se fez presente com a existência de conflitos de massa, o que foi sensivelmente acentuado após a Segunda Guerra Mundial"[52].

A par dessa discordância, relevante é o entendimento de Hugo Nigro Mazzilli, de que os interesses transindividuais "sempre existiram; não são novidades de algumas poucas décadas. Nos últimos anos, apenas se acentuou a preocupação doutrinária e legislativa em identificá-los e protegê-los constitucionalmente"[53].

O referido autor afirma ainda que se vislumbram tais direitos pela mitigação da dicotomia entre interesse público e privado, sendo esses direitos uma categoria intermediária, que nem se confunde com os interesses propriamente estatais, nem podem ser considerados

---

[50] GRECO, Leonardo. **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes : Ed. Faculdade de Direito de Campos. 2005. p. 471.
[51] AUGUSTIN, Sérgio. ALMEIDA, Ângela. Op. cit. p. 3.
[52] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Op. cit. p.4
[53] MAZZILLI, Hugo Nigro. Op.cit. p.55.

meramente individuais, por serem, em verdade, compartilhado por grupos, classes ou categorias de pessoas.[54]

A clássica distinção ente interesse público e privado não mais seria suficiente pois a primeira expressão, comporta diversos significados, como o de interesse do Estado, a idéia de bem comum, ou ainda interesses de um particular, mas indisponíveis. Ademais, as duas categorias não expressam com precisão a gama de interesses atinentes à uma sociedade de massa.[55]

A doutrina classifica essa gama de direitos como sendo direitos fundamentais de terceira geração. A numeração ordinária não comporta, na realidade, grau de importância e sim localiza temporalmente o reconhecimento desses direitos, posterior a consolidação dos direitos e garantias individuais e políticos clássicos (direitos fundamentais de primeira geração) e aos direitos sociais e econômicos (direitos fundamentais de segunda geração)[56]. É interessante a observação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho de que "a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, complementaria o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade"[57].

De fato, é inegável que o fenômeno da metaindividualização do direito está calcado no reconhecimento da solidariedade e da fraternidade como norteadores do nosso ordenamento jurídico. Neste diapasão, o Rizzatto Nunes, em sua obra sobre direito do consumidor, define solidariedade como uma dupla condição, mecânica e orgânica, sendo a primeira reflexo de inter-relações das partes com o todo, deste com àquelas e das partes entre si gerando o funcionamento do sistema total; e a segunda condição, a divisão funcional do trabalho que permite a otimização do todo[58].

O referido autor lembra ainda que "a Constituição Federal faz referência aos direitos difusos e coletivos (inciso III do art.129), mas não os define"[59]. Por essa razão, coube à Lei n.8.078/90, como lei principiológica, designá-los.

Vale, portanto, transcrever a passagem em que professora Ada Pellegrini Grinover, uma das autoras do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, enumera as características dos direitos metaindividuais:

---

[54] Ibid. p.44.
[55] RIOS GONÇALVES , Marcus Vinícius. **Tutela de interesses difusos e coletivos**. 3.ed. rev. São Paulo : Saraiva, 2007. p.3.
[56] MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo : Atlas, 2005. p. 26.
[57] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos humanos fundamentais. São Paulo : Saraiva, 1995. p. 57 *apud* MORAES, Alexandre de. Op. cit. p.27.
[58] NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor: com exercícios**. 2. ed. rev., modif. e atual. São Paulo : Saraiva. p.33.
[59] Ibid. p.696.

> indeterminados pela titularidade, indivisíveis com relação ao objeto, colocados a meio caminho entre os interesses públicos e privados, próprios de uma sociedade de massa e resultado de conflitos de massa, carregados de relevância política e capazes de transformar conceitos jurídicos estratificados, como a responsabilidade civil pelos danos causados no lugar da responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos[60].

Das características acima pode-se depreender desde logo que não se inserem no plano da metaindividualização os interesse individuais homogêneos, cuja titularidade é determinada e o objeto divisível. Assim sendo, há que se distinguir que nessas hipóteses, a metaindividualização tem caráter processual e não de direito material, e objetiva atender outras finalidades que não a solidariedade e a fraternidade, mas sim princípios atinentes àquela seara jurídica, como a celeridade processual e a uniformização da decisão, combatendo a possibilidade de sentenças conflitantes.

Sobre esse entendimento, é oportuno trazer à baila as palavras da Min. Nancy Andrighi, em relatoria do Recurso Especial 880.385/SP:

> é razoável afirmar que os interesses difusos e coletivos jamais se individualizam, por ser de sua essência a indivisibilidade, o que impõe sempre a execução coletiva iniciada pelas entidades indicadas no art. 82 do CDC, salvo outros legitimados. Já os interesses individuais homogêneos são divisíveis por natureza e ganham tratamento processual coletivo por simples questão de política judiciária, sendo inegável a legitimidade ativa das vítimas para a liquidação e execução.[61]

Em que pese a dissociação supramencionada, não raro a doutrina e jurisprudência fazem uso da sinonímia para tratar questões acerca do interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Utilizam-se de vocábulos como direitos transindividuais, supraindividuais, metaindividuais e direitos coletivos em sentido lato.

Tecnicamente correto é o ensinamento de Hugo Nigro Mazzilli, de que neologismo transindividual é gramaticalmente mais correto, pois se forma com prefixo e radical latinos.[62] Todavia, o que se vale destacar é que o uso variado da prefixação importa sempre a conotação de que o interesse em questão extrapola, ultrapassa a esfera de direitos e obrigações de cunho individual[63].

Contudo, há uma diferenciação de base legal, e se encontra no parágrafo único artigo 81 do CDC, abaixo transcrito:

---

[60] GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Op. cit. p. 724-725.
[61] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Execução coletiva. Associação. Poupança. Recurso Especial 880.835/SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. 3ª Turma. Brasília, 02 de setembro de 2008. **Informativo de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. n.0366.
[62] MAZZILLI, Hugo Nigro. Op.cit. p.48.
[63] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Op. cit. p.6.

> 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.

Observe-se que o próprio diploma legal teve o rigor técnico de excluir dos direitos individuais homogêneos a vinculação à transindividualidade, não obstante o *caput* do artigo autorize sua defesa em juízo de forma coletiva.

Atente-se ainda, ao fato de que muito embora a lei mencione "interesse e direitos", devemos compreendê-los como sinônimos, dado que o interesse tem valor semântico de prerrogativa, ou seja, exercício de direito subjetivo[64].

Leonardo Greco exemplifica o que seriam cada uma dessas espécies da interesse previstas nos três incisos supratranscritos: interesses ou direitos difusos seriam, por exemplo, o meio ambiente; interesses coletivos, por exemplo, a qualidade de um produto oferecido ao consumo; interesses individuais homogêneos, por exemplo, a indenização das vítimas de um acidente de trânsito[65].

Em decorrência da especialização feita pelo próprio legislador, é relevante para a compreensão do tema a pormenorização dessas diferenças.

3.2 Direitos difusos.

A forma mais simples de se compreender as distinções entre as espécies mencionadas nos incisos do artigo supra transcrito é, segundo o ensinamento de Rizzatto Nunes, pela abordagem da relação jurídica[66], cujos elementos, na lição do insigne Miguel Reale, são o sujeito ativo, o sujeito passivo, o vínculo de atributividade e o objeto[67].

Em apertada síntese, pode-se dizer que os interesses ou direitos difusos decorrem da inexistência de uma relação jurídica base, e possuem sujeitos ativos indeterminados e indetermináveis, sujeito passivo determinado e objeto indivisível.

---

[64] NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Op.cit. p.697.
[65] GRECO, Leonardo. Op. cit. p.472.
[66] NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Op.cit. p.697.
[67] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27.ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo : Saraiva. 2002. p. 217.

Por relação jurídica base inexistente deve-se compreender, em verdade, a constituição de uma nova relação jurídica concomitante ao surgimento do direito, em razão dos fatos. Em outras, palavras, "são os fatos, objetivamente considerados, o elo de ligação entre todas as pessoas difusamente consideradas"[68].

Por sujeitos indeterminados e indetermináveis depreende-se que, tanto no momento em que surge a transgressão a um direito difuso, quanto em momento posterior, é impossível precisar o seu alcance subjetivo.

Já o sujeito passivo, deverá ser sempre determinável, a fim de ser responsabilizado. É, via de regra, o transgressor, violador do direito difuso, ou aquele a quem a lei atribua objetivamente a responsabilidade pelo fato que originou essa nova relação jurídica.

Por fim, o objeto no interesse difuso é sempre indivisível, ou seja, não pode ser individualizado, o que se dá em função de pertencer a todos. Sobre a questão, Sérgio Ferraz salienta que o "patrimônio ambiental, bem ao contrário do que dizem os juristas e algumas leis, não é *res nullius*, mas *res omnium* – coisa de todos"[69].

É interessante ainda a divisão proposta por Hugo Nigro Mazzilli, que permite escalonar os direitos difusos em tão abrangentes que coincidem com o interessem público, menos abrangentes que o interesse público (por serem atinentes a um grupo disperso), em conflito com o interesse da coletividade como um todo (como os dos trabalhadores da indústria do tabaco), em conflito com o interesse do Estado (como os dos contribuintes), e atinentes a grupos que mantém conflitos entre si[70].

Exemplos já clássicos na doutrina de interesses difusos são os direitos ambientais, bem como os dos consumidores ligados à propaganda enganosa, que atinge indistintamente a todos que a ela têm acesso. Sobre este tema, é de se aplaudir o julgado abaixo transcrito, pela tecnicidade com que o assunto foi tratado:

> Demanda coletiva de consumo. Associação de defesa do consumidor. Extensão da projeção dos efeitos da sentença. Listagem dos associados. Lei n° 9.494/97. Medida Provisória n° 1.984-17/2000. Lei n° 7.3747/85.
> A competência é da Câmara porque a matéria debatida é de direito privado. Resolução nº 01/98, 11, § 2º. Precedente deste Tribunal. Tempestividade da apelação configurada. Sendo a causa de pedir inerente à propaganda enganosa, o interesse tutelável é difuso, razão por que não há como a projeção dos efeitos da sentença se restringir aos associados - substituídos processualmente - da associação demandante e nem aos limites da competência territorial do órgão prolator. Desnecessidade de anexação da relação nominal dos associados e respectivos endereços na data em que

[68] NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Op.cit. p.699.
[69] FERRAZ, Sérgio. **Responsabilidade civil por dano ecológico**. RDP 49/50. p.35 *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit. p.259.
[70] MAZZILLI, Hugo Nigro. Op.cit. p.48.

> proposta a demanda ou da ata assemblear. Agravo retido conhecido e julgado prejudicado. Recurso adesivo conhecido porque a ele se aplica as regras da respectiva apelação, no caso isenta de preparo por força do caput do art. 87 do CDC. Recurso adesivo prejudicado pois o acolhimento da apelação impede se fale em má-fé processual da associação demandante e em sua condenação nos ônus sucumbenciais. Preliminares de incompetência da Câmara e de intempestividade da apelação rejeitadas. Apelação provida, prejudicando o exame do agravo retido. Recurso adesivo conhecido e julgado prejudicado.[71]

Como se pode verificar, a indivisibilidade do objeto e indeterminabilidade do sujeito ativo têm algumas conseqüências interessantes não apenas de ordem material, mas também processual. As decisões nesses casos produzem coisa julgada com efeito *erga omnes* e não se sujeitam aos limites territoriais da jurisdição que a proferiu. Ademais, segundo professa Kazuo Watanabe, "à tutela jurisdicional dos direitos ou interesses difusos, que pela sua própria natureza deve ser feita molecularmente, em benefício de todos os consumidores atingidos, será suficiente uma só demanda coletiva"[72].

O próprio legislador, antevendo essa realidade, positivou o raciocínio demonstrado no inciso I do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, abaixo transcrito:

> Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:
> I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

De fato, o entendimento acima esposado decorre de conclusão lógica do efeito prático na decisão em matéria de interesses difusos. Retornando ao exemplo concreto supra transcrito, se uma propaganda enganosa é retirada do ar em decorrência de uma ação judicial proposta por uma Associação, beneficiará a toda a sociedade, e não apenas aos seus associados. Esse silogismo é fundamental para que mais adiante se possa tratar da condenação em danos morais, aplicando-se uma indenização revestida de caráter punitivo, a ser revertida em favor da sociedade. Antecipando a questão, Hugo Nigro Mazzilli salienta que "a destinação do produto da indenização normalmente é especial"[73].

---

[71] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Demanda coletiva de consumo. Associação de defesa do consumidor. Extensão da projeção dos efeitos da sentença. Apelação Cível 70002391316. Relator: André Luiz Planella Villarinho. 18ª Câmara Cível. Porto Alegre, 24 de maio de 2001. **Diário Oficial da Justiça**, Porto Alegre, RS. 24.MAIO. 2001.
[72] GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Op. cit. p.742.
[73] MAZZILLI, Hugo Nigro. Op.cit. p.47.

A exceção à essa compreensão se dá pelo fenômeno da coisa julgada *secundum eventum litis*, da qual se falará mais adiante.

Com relação aos direitos difusos é cabível ainda a informação de que sua presença não obsta que seu objeto seja capaz de acarretar outros direitos, por sua vez divisíveis. Pode-se recorrer mais uma vez ao caso acima transplantado para exemplificar que aquele que adquirir o produto em razão da propaganda enganosa, sofre dano material e moral distinto do que incidiu sobre a sociedade. Neste mesmo viés, aquele que contrai doença em um rio poluído também sofre dano distinto do incidente sobre a sociedade.

3.3 Direitos coletivos *strictu sensu*.

Tendo por base do mesmo critério utilizado para caracterizar o direito difuso, pode-se identificar o direito coletivo *strictu sensu* através da existência de uma relação jurídica base, por sujeitos ativos indeterminados, porém determináveis, por sujeito passivo determinado, e por objeto indivisível.

Atinente à relação jurídica base, tem-se que esta se materializa tanto por uma ligação dos sujeitos ativos da relação entre si, quanto por uma ligação destes com o sujeito passivo da relação, como decorre da leitura do próprio inciso II, do artigo 81 do CDC, mais uma vez, *in verbis:*

> 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

No entender de Kazuo Watanabe, é sempre possível verificar-se um vínculo que une as pessoas, razão pela qual devemos restringir o entendimento do dispositivo supra-mencionado à hipótese da relação jurídica "da qual é derivado o interesse tutelando, portanto o interesse que guarda relação mais imediata com a lesão ou ameaça de lesão"[74].

A doutrina exemplifica a relação entre sujeitos ativos como as oriundas precipuamente, de associações, como as de pais e professores de uma escola, de Proteção ao Consumidor, e membros de uma entidade de classe, ou categoria profissional[75].

---

[74] GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Op. cit. p.743.
[75] NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Op.cit. p.701.

Já a relação jurídica entre sujeitos ativos e um sujeito passivo é, por excelência, a relação de consumo, como as dos alunos de uma escola, clientes de um determinado banco, e usuários de um mesmo serviço[76], ou proprietários de um mesmo tipo de veículo automotor.

Outro fator de qualificação é que, nos direitos coletivos, o sujeito ativo é determinável, muito embora possa ser indeterminado no momento em que ocorre o dano, como é de fácil visualização na hipótese de dano aos alunos de uma escola. Para que se verifique a existência do dano, é prescindível que se aponte de imediato seus titulares específicos. Esse é o maior ponto de distinção dos direitos coletivos para os direitos difusos[77].

Ao sujeito passivo, se aplicam as mesmas considerações sobre os direitos difusos. É, via de regra, o fornecedor do produto ou serviço que ocasionou o dano.

O objeto é, também nessa esfera de interesses, indivisível. Nas palavras do professor Rizzatto Nunes, o objeto da relação "não pertence a nenhum consumidor individual em particular, mas a todos em conjunto e simultaneamente"[78]. Assim, por exemplo, a qualidade do ensino de uma escola, ou o tratamento da água fornecida à determinada comunidade, ou ainda, determinado tributo afeto a um grupo de contribuintes.

Kazuo Watanabe elucida que

> Num certo sentido, portanto, o conceito de "coletivo" no Código é mais amplo do que o sustentado pela doutrina corrente, pois abrange os interesses ou direitos não organizados, mas em outro sentido é mais restrito, certo é que apenas os interesses ou direitos indivisíveis estão nele abrangidos.[79]

A indivisibilidade do objeto também provoca efeitos no campo do direito processual, mais especificamente com relação à coisa julgada, semelhantemente ao que ocorre com os direitos difusos. Ocorre que lá, em razão da indeterminabilidade total dos sujeitos ativos, o efeito da decisão é *erga omnes*, enquanto aqui é somente *ultra partes*, ou seja, extensível àqueles que se inserem na relação jurídica base. Por exemplo, se a Associação de Pais e Alunos ajuíza demanda contra uma ou mais escolas, objetivando ajuste de mensalidade, sua procedência beneficia não apenas os associados daquela instituição, mas também os demais alunos que estudem nas escolas demandadas[80]. A compreensão desse aspecto tem reflexo de grande importância na quantificação da indenização dano, cujo caráter punitivo poderá ser vertido em benefícios à coletividade atingida.

---

[76] Loc. cit.
[77] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Op. cit. p.9.
[78] NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Op.cit. p.701.
[79] GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Op. cit. p.744.
[80] Loc. cit.

O legislador, amparando-se no tecnicismo dos autores que elaboraram o anteprojeto do diploma consumerista, positivou o raciocínio supra no inciso II do artigo 103 do reiteradamente mencionado CDC:

> Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:
> ...
> II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

Decorre também na esfera dos direitos coletivos o mesmo entendimento acerca dos direitos difusos, de que não obstaculizam o surgimento de direitos individuais. Muito pelo contrário, é recorrente que nos casos onde aqueles se façam presentes aquelas modalidades de interesses, o fato se desdobre também direitos individuais a mais de um ofendido, o que provoca justamente os chamados direitos individuais homogêneos.

3.4 Direitos individuais homogêneos.

Conforme elucidado anteriormente, os direitos individuais homogêneos não são considerados espécies de direitos metaindividuais, sendo apenas tutelados de forma coletiva.

Ainda assim, os direitos individuais homogêneos são por diversas vezes confundidos com os direitos difusos e coletivos em sentido estrito, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, quando passa desapercebido que de determinados fatos possam surgir as duas espécies de direito, como já exemplificado.

Dispõe o inciso III do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor:

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

Pelo critério de análise sob o escopo dos elementos da relação jurídica, pode-se dizer que os direitos individuais homogêneos possuem sujeitos ativos determinados e plurais, vinculo de atributividade de origem comum e objeto divisível.[81]

No tocante ao sujeito ativo determinado e plural, é importante frisar que o direito individual homogêneo não se confunde com o litisconsórcio. Esse último é um instituto do direito processual onde mais de uma pessoa se reúne em um dos pólos da demanda, mas cada

[81] NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Op.cit. p.704.

um é titular do próprio direito individual. No direito individual homogêneo, a figura é eminentemente de direito material, com reflexos processuais, e o direito em questão é coletivo, permitindo inclusive o ajuizamento de ação por parte de um dos legitimados do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor[82].

Segundo os ensinamentos do professor Kazuo Watanabe, essa eminência do caráter coletivo dos direitos individuais homogêneos foi importada do instituto das *class-actions* do direito norte-americano, onde a aplicabilidade dentro do sistema se afere sempre através da "prevalência da dimensão coletiva sobre a individual"[83].

A relevância dessa discussão está no fato de que a origem comum, disposta pelo dispositivo supratranscrito, merece uma interpretação teleológica para caracterizar a homogeneidade. Ada Pellegrini Grinover esclarece que a origem comum pode ser próxima ou remota, e quanto mais remota, menos homogêneo o direito[84].

A exemplo, a queda de um avião, ou outro acidente envolvendo transporte coletivo, tem maior possibilidade de gerar um dano coletivo, refletindo em direitos individuais homogêneos, do que um dano à saúde provocado por um produto nocivo, pois a dilação temporal e o número maior de variáveis nesse último caso tende a particularizar cada vez mais os fatos decorrentes da relação, até que culminem em direitos passíveis de serem tutelados apenas individualmente ou por litisconsórcio.

Pode-se demonstrar tal distinção através de dois julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> Ação civil pública. Produção antecipada de prova pericial. Legitimidade do Ministério Público para promover ação civil pública na defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, inclusive quando seus titulares sofrerem danos na condição de consumidores. Demanda em que se postula a reparação de danos que experimentaram e experimentam os moradores de conjunto habitacional, em decorrência de problemas estruturais, bem como a remoção daqueles que se encontram em casas sem condições de habitabidade. Caracterização dos interesses protegidos como direitos individuais homogêneos. Necessidade imediata de perícia nas construções a fim de serem apurados os danos materiais sofridos e identificadas unidades que ameaçam a integridade dos moradores. Recurso improvido.[85]

---

[82] Ibid. p.703.
[83] GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Op. cit. p.746.
[84] Loc. cit.
[85] BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ação civil pública. Produção antecipada de prova pericial. Legitimidade do Ministério Público para promover ação civil pública na defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Agravo de Instrumento 219.304-4/4-00 (Ribeirão Preto). Relator: Elliot Akel. 1ª Câmara de Direito Privado. São Paulo, 26 de abril de 2002.

> Processual civil. Legitimação ativa. Ação movida por associação de defesa de direitos individuais homogêneos, questionando mútuos caracterizados por contratos de crédito bancário rotativo em conta corrente, movimentada através de cheque especial. Impugnação de direitos heterogêneos e disponíveis. Ilegitimidade reconhecida. Carência da ação. Recurso provido para esse fim.[86]

No segundo caso, o eminente relator do acórdão conclui magistralmente que

> No caso, a instituição autora, sucedida pelo Ministério Público, questiona excessos na modalidade do contrato em foco, todos praticados pelas instituições financeiras aqui sucumbentes que, todavia, apresentam variações entre si. Logo, a composição das alegadas lesões não poderia ser uniforme, ou, em outras palavras, não poderiam as ofensas, se comprovadas, receber a mesma tutela jurisdicional, o mesmo tratamento.[87]

Acerca do objeto, como já asseverado, será divisível em se tratando de direitos individuais homogêneos, o que propiciará também reflexos processuais, permitindo a liquidação de sentença pelo titular determinado da relação material. Novamente, tal reflexo é de suma importância na determinação do quantum indenizatório, mormente na atribuição de efeito punitivo à condenação.

A liquidação pode ser individualizada, pois se permite aferir e quantificar o dano sofrido especificadamente por cada tutelado, muito embora no processo de conhecimento, o legitimado para a ação coletiva tenha sido outro, a pleitear em nome próprio direito alheio, em verdadeiro instituto de legitimação extraordinária. Tanto que o parágrafo segundo do artigo 103 do CDC autoriza os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes a propor ação de indenização a título individual, caso na ação coletiva o pedido tenha sido julgado improcedente.

Por fim, enquanto nos direitos difusos, recorda-se, é possível falar em efeito *erga omnes* da sentença, e nos direitos coletivos em sentido estrito é cabível a extensão da coisa julgada, nos direitos individuais homogêneos estamos a cuidar, como o próprio nome orienta, de interesses individualizados, razão pela qual, ainda que se admita a tutela coletiva a esses direitos, essa é feita com fulcro em melhor salvaguardá-los, em decorrência da prevalência da dimensão coletiva sobre a individual. Por isso, os limites subjetivos da coisa julgada são plenamente verificáveis *in casu*, e a extensão poderá ser determinada de acordo com a identificação de quem sofreu o dano.

---

[86] BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processual civil. Legitimação ativa. Ação movida por associação de defesa de direitos individuais homogêneos. Apelação Cível 7.170.507-4 (São Paulo). Relator: Luiz Sabbato. 13ª Câmara de Direito Privado. São Paulo, 30 de janeiro de 2008. **Diário Oficial da Justiça**, São Paulo, SP. 19. FEV. 2008.

[87] Ibid. p.3.

Não é outro o entendimento preconizado no inciso III do artigo 103 do CDC, abaixo reproduzido:

> Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:
> ...
> ...
> III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

Frise-se, por oportuno, que os efeitos mencionados decorrem das conseqüências fáticas e práticas da sentença, e não se confundem com outro fenômeno processual da tutela dos direitos supraindividuais, que é a coisa julgada *secundum eventum litis*.

3.5 Coisa julgada *secundum eventum litis*.

A coisa julgada *secundum eventum litis* ou conforme o resultado do processo é instituto afeto ao direito processual civil, de que primeiro se tem notícia no ordenamento brasileiro na Lei n°4.717/65[88], em seu artigo 18:

> Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível "erga omnes", exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

O legislador seguiu a orientação do insigne processualista italiano Enrico Tullio Liebman, que asseverou ser a coisa julgada material não um efeito da sentença, mas uma de suas qualidades.[89]

Como já demonstra a própria orientação do dispositivo supracitado, o fenômeno da coisa julgada conforme o resultado do processo decorre das chamadas sentenças de improcedência em virtude do *non liquet*, ou seja, por falta ou insuficiência de provas.[90]

Esse mecanismo foi reproduzido na Lei da Ação Civil Pública no artigo 16, e também no Código de Defesa do Consumidor no artigo 103, incisos I e II, e §2° que atribuem o

---

[88] BRASIL. Presidência da República. Lei n. 4.717 de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm
[89] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit. p.234.
[90] NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 3.ed. São Paulo : RT, 1997. nota 5ª ao art.16 da Lei 7347/85 *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit. p.233.

instituto, respectivamente, a tutela de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais.

Com relação a este último, além da necessidade de se verificar a improcedência por falta ou insuficiência de provas, é preciso que o particular não tenha atuado no processo, na qualidade de litisconsorte do ente coletivo, pois em caso positivo, a ele já fora dada a oportunidade de exercer sua ampla defesa e contraditório, devendo portanto submeter-se ao resultado do processo.

Esse fenômeno é decorrência do fato dos entes legitimados a buscar a tutela dos direitos coletivos *latu sensu* atuarem como substitutos processuais da categoria classe ou grupo a quem pertencem os direitos lesados.[91]

3.6 Tutela de interesses difusos e coletivos.

Ainda que atinente a seara processual, é fundamental uma breve incursão nas ações coletivas e seus legitimados para que se possa elucidar mais adiante a destinação do produto de uma indenização por danos morais.

As já mencionadas demandas-moleculares, na denominação de Kazuo Watanabe, forçaram a ocorrência de uma segunda onda renovatória no direito processual internacional. Segunda porque sucedeu a primeira onda, voltada à assistência jurídica dos necessitados; e precedeu a terceira, voltada ao aperfeiçoamento dos mecanismos internos do processo.[92]

Era necessário facilitar as defesas dos interesses metaindividuais, em prol do acesso à justiça e do bom andamento dos processos, e contra a proliferação de demandas similares e as decisões conflitantes. A pulverização de alguns interesses provoca o desestímulo de seus titulares a ir a juízo, contudo o seu agrupamento tornava cada vez mais relevante sua defesa.[93]

A primeira notícia de legislação brasileira versando, ainda que timidamente, sobre a tutela coletiva está no artigo 1° da Lei n. 1.134/50, *in verbis:*

> Art.1°. Às associações de classe existentes na data da publicação desta lei, sem nenhum caráter político, fundada nos termos do Código Civil e enquadradas nos dispositivos constitucionais, que congreguem funcionários ou empregados de empresas industriais da União, administradas ou não por elas, dos Estados, dos Municípios e das entidades autárquicas, de modo

---

[91] RIOS GONÇALVES , Marcus Vinícius. Op. Cit. p.114.
[92] GRINOVER, Ada Pellegrini. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21.ed. São Paulo : Malheiros, 2005. p.45.
[93] RIOS GONÇALVES , Marcus Vinícius. Op. Cit. p.5.

> geral, é facultada a representação coletiva ou individual de seus associados, perante as autoridades administrativas e a justiça ordinária

Vale menção ainda ao parágrafo único do artigo 1° da Lei n.4.215/63 (antigo estatuto da OAB)[94] que assim dispunha:

> Art. 1º A Ordem dos Advogados do Brasil, criada pelo art. 17 do Decreto nº 19.408, de 18 de novembro de 1930, com personalidade jurídica e forma federativa, é o órgão de seleção disciplinar e defesa da classe dos advogados em toda a República (artigo 139).
> Parágrafo único. Cabe à Ordem representar, em juízo ou fora dele, os interesses gerais da classe dos advogados e os individuais, relacionados com o exercício da profissão.

Contudo, maior importância é dada à Ação Popular, regulada pela já mencionada Lei n.4.717/65 que atribuiu a qualquer cidadão a legitimidade para defender o patrimônio público.

Em âmbito mais abrangente, em 1985 adveio a Lei n.7.347, regulando a Ação Civil Pública, também denominada na própria legislação de Ação Coletiva.

Em tecnicismo doutrinário, ensina Hugo Nigro Mazzilli que

> Se ela estiver sendo promovida pelo Ministério Público, o mais correto, sob o enfoque puramente doutrinário, será chamá-la de ação civil pública. Mas, se tiver sido proposta por qualquer outro co-legitimado, mais correto denominá-la ação coletiva.[95]

Originalmente a Lei n.7.347/85 (LACP) disciplinava apenas a responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Em 1990, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, ampliou-se ainda mais o cabimento da LACP, pela inclusão do termos “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo” dentre seus objetos. Antes disso, já havia se elevado a Ação Civil Pública ou Coletiva ao *status* constitucional, pela redação dos artigos 8º, III, e 129, III da CRFB/88.

Foi também com a Constituição de 1988 que se criou o mandado de segurança coletivo, para a proteção de direito líquido e certo transindividual.

---

[94] BRASIL. Presidência da República. Lei n. 4.215 de 27 de abril de 1963. Dispõe sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: http://www.fiscosoft.com.br/indexsearch.php?PID=538.

[95] MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 10. ed. , São Paulo : Saraiva. 1998, p.13-14 *apud* MANCUSO, Rodolfo Camargo, op.cit. p.20.

A doutrina cita ainda outros diplomas que tratam do assunto, como a Lei n.7.853/89 (portadores de necessidades especiais), Lei n.8.069/90 (estatuto da criança e do adolescente), Lei n.10.257/01 (estatuto das cidades), e Lei n.10.741/03 (estatuto do idoso).[96]

A relevância a tutela jurídico-processual dos direitos coletivos em sentido lato é tamanha atualmente que já foi entregue ao governo, um Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo, idéia que está sendo capitaneada pela professora Ada Pellegrini Grinover, e que introduz algumas novidades, que serão pontualmente destacadas no que forem pertinentes à temática dos danos morais metaindividuais[97].

Esse Anteprojeto, em seu modelo mais recente, é composto de cinqüenta e dois artigos, divididos em seis capítulos, quais sejam: I) Das demandas coletivas; II) Da ação coletiva ativa; III) Da ação coletiva passiva originária; IV) Do mandado de segurança coletivo; V) Das ações populares; VI)Disposições finais.

Todavia, de *lege lata*, no âmbito da responsabilidade civil, em especial do dano moral, sem sombra de dúvida, a ação e diploma mais relevantes até o momento são a ação civil pública ou coletiva, e a Lei 7.347/85, pela própria disposição do mencionado preâmbulo da LACP.

Para essa ação, são legitimados nos termos do artigo 5° da LACP:

> Art. 5° Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
> I - o Ministério Público;
> II - a Defensoria Pública;
> III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
> IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
> V - a associação que, concomitantemente:
> a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
> b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A doutrina se divide em qualificar a legitimidade nesses casos. Para alguns autores seria ordinária, sob o argumento de que ninguém mais, além desses entes poderia defender os interesses transindividuais, por estarem pulverizados em um grupo ou categoria de pessoas, e a legitimidade extraordinária necessariamente pressuporia a existência de outros legitimados que por força da lei fossem substituídos por outros.[98] Rizzatto Nunes defende que a

---

[96] RIOS GONÇALVES , Marcus Vinícius. Op. Cit. p.21.
[97] INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL. Anteprojeto do código brasileiro de processo coletivo de 31 de janeiro de 2007. Disponível em: http://www.direitoprocessual.org.br/site/index.php?m=enciclopedia&categ=16&t=QW50ZXByb2pldG9zIGRvIElCRFAgLSBBbnRlcHJvamV0b3M=
[98] Ibid. p.60.

legitimação extraordinária ocorre apenas no caso dos direitos individuais homogêneos, sendo autônoma nos demais casos, não havendo que se falar em substituição processual ou legitimidade ordinária ou extraordinária.[99] O entendimento da maioria da doutrina, todavia, é pela legitimidade extraordinária, a título de substituição processual[100], no que é acompanhada pela jurisprudência.

O Anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo (CBPC) acresceu, entre os legitimados, a figura de qualquer pessoa física com comprovada representatividade, credibilidade, capacidade e experiência para defender os interesses difusos. Fez o mesmo com relação ao membro de classe, grupo ou categoria no tangente aos direitos coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos. É de ver-se a redação do artigo 20, incisos I e II:

> Art. 20. Legitimação. São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa:
> I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como:
> a – a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado;
> b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos;
> c – sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado;
> II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos coletivos, e individuais homogêneos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, nos termos do inciso I deste artigo;

Essa ampliação tem por objetivo tornar mais fácil a defesa dos interesses transindividuais em juízo, atendendo a princípios como acesso à justiça, boa-fé e cooperação, ativismo judicial, representatividade adequada.

Quanto ao objeto, retornando à ação civil pública será, nos termos do artigo 3° da LACP, uma obrigação de fazer ou não fazer, ou a condenação em dinheiro. Sobre este ponto é cabível lembrar que a doutrina unânime consagra que, nas ações coletivas, deva prevalecer, *a priori*, uma sentença de natureza precipuamente cominatória, pois seria mais satisfatória do que a atribuição de uma indenização pecuniária, sobretudo no que diz respeito aos interesses difusos e coletivos *strictu sensu*. Não se discorda de tal assertiva, porém há que se ponderar que o Direito encontra barreiras fático-temporais e nem sempre é possível retroceder ao almejado *status quo ante*. Inclusive, em algumas situações, esse retrocesso sequer é desejado, como no comum exemplo doutrinário em que a degradação de um ecossistema, posteriormente ocasionou a formação de um novo equilíbrio ecológico em determinada região

---

[99] NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Op.cit. p.709-710.
[100] GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 7.ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2001. p.17.

(é o caso de embarcação que afunda, e posteriormente dá origem a disseminação de um coral e toda a cadeia biológica que gira em torno dele).[101] Nesses casos, a tutela não poderá, ou mesmo não deverá ser *in specie*, e mister se faz a imposição de uma condenação pecuniária.

No Anteprojeto do CBPC, houve uma preocupação expressa em se caracterizar esse caráter eminentemente subsidiário da condenação pecuniária, pela propositura do §2° do artigo 26, *in verbis*:

> § 2o Somente quando impossível a condenação no cumprimento de obrigações específicas, o juiz condenará o réu, em decisão fundamentada, ao pagamento de indenização, independentemente de pedido do autor, a qual reverterá ao Fundo de Direitos Difusos e Coletivos, de natureza federal ou estadual, de acordo com a Justiça competente (art. 27 deste Código).

A referida tentativa de se padronizar e conferir maior efetividade à tutela dos interesses metaindividuais traz em seu bojo outras inovações, entre as quais merecem menção a consolidação da "teoria da carga dinâmica da prova", que visa distribuir o ônus probatório entre as partes na medida em que for mais acessível a uma ou a outra produzir determinada prova; e a uniformização do efeito *erga omnes* para as coisas julgadas em todas as ações coletivas, sejam elas versando sobre direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, ressalvando em todas as hipóteses a ocorrência do já mencionado fenômeno da coisa julgada *secundum eventum litis*, em razão de sentença de improcedência por insuficiência de provas.

A importância de se mencionar o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo ganha vulto porque, após instalar uma nova modelagem de tutela dos interesses transindividuais, em verdadeira reforma, o futuro diploma promoveria a revogação da LACP e das normas referentes à proteção desses interesses em outras leis esparsas, como o CDC, o ECA e até mesmo a Lei da Ação Popular.

De toda a forma, ultrapassadas as questões acerca da possibilidade do dano moral coletivo e a pormenorização acerca das modalidades de transindividualização do direito e sua tutela, cumpre tratar agora do aspecto indenizatório, e mormente de seu caráter punitivo, e como este se amolda as hipóteses de dano infligido à coletividade.

---

[101] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 10.ed. Rio de Janeiro : Lumen Iuris, 2007. p.237-238.

4 O ASPECTO PUNITIVO DA INDENIZAÇÃO

4.1 A idéia de sanção.

Em ensino propedêutico da ciência jurídica, professa Miguel Reale que o Direito distingue-se da moral por possuir coercibilidade, caracterizada pela possibilidade lógica da interferência da força para assegurar o cumprimento de uma regra jurídica[102]. Diferencia ainda o insigne autor a coação prevista no Código Civil, sinônima de violência, da coação compreendida "como força organizada para fins de Direito"[103].

Desse segundo entendimento, deriva a idéia de sanção, que é a forma de garantia do cumprimento de uma regra jurídica de qualquer espécie. A ordem moral possui suas próprias sanções, de cunho internalizado, caracterizada pelo remorso ou arrependimento, ou mesmo extrínseca, advinda da consciência coletiva, e explicitada pelas reações sociais. Miguel Reale assevera que a passagem dessa última para a sanção predeterminadamente organizada é em sua essência, a transposição de valores de um mundo ético para um mundo jurídico. Assim, conclui seu raciocínio afirmando que, na Era Moderna, o Estado caracteriza-se como ordenação objetiva e unitária da sanção, cabendo a ele regular as relações sociais pela atribuição de sanções que estimulem ou desestimulem comportamentos.[104]

A sanção jurídica far-se-á presente sempre que houver o descumprimento de uma norma. Henrique Pedrosa afirma que "em geral a sanção jurídica neutraliza, desfaz, pune, anula ou repara o mal causado"[105] e alude a classificação de Paulo Dourado de Gusmão entre sanções repressivas, preventivas, executivas, restitutiva, rescisória e extintiva[106].

Classicamente, a seara da responsabilidade civil sempre aludiu às sanções restitutivas, seja no caráter indenizatório dos danos materiais, primeiramente reconhecidos, seja no aspecto compensatório dos danos morais, cuja admissão doutrinária e jurisprudencial foi mais recente[107].

---

[102] REALE, Miguel. Op. cit. p.69.
[103] Ibid. p.71.
[104] Ibid. p.76.
[105] PEDROSA, Henrique Emanuel Gomes. **Introdução didática ao direito**. Rio de Janeiro : Forense. 1992. p.56.
[106] GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro : Forense. 1997. p.80 *apud* PEDROSA, Henrique Emanuel Gomes. Op. Cit. p.56.
[107] REIS, Clayton. Op. cit. p. 88.

O raciocínio acima sempre foi justificado, sobretudo, pelos argumentos de que o dano material, sendo objetivamente avaliável, e o dano moral, que deveria ser quantificado por arbitramento, não poderiam jamais recair em enriquecimento ilícito de suas vítimas, devendo ser apenas suficientes para cobrir a lesão ocasionada. Ademais, o ordenamento jurídico brasileiro, fundado no princípio da legalidade penal, não prevê a punição em sentido estrito daquele que pratica o ilícito civil. M. C. Bodin de Moraes, contextualizando historicamente o Código Civil francês, que influenciou os demais códigos latinos, explica que, com a burguesia no poder, não havia interesse na concessão de grandes poderes ao juiz, sobretudo independência deste, que deveria se ater, se possível, a aplicação literal do texto legal. Por essa razão, "a separação entre pena e indenização foi, assim, conseqüência dessa mentalidade"[108].

Esse entendimento, contudo, vem sendo mitigado pela doutrina e jurisprudência há alguns anos no Brasil, em razão das grandes mudanças ocasionadas pela massificação das relações na sociedade, bem como a relativização da dicotomia público-privado.

Atualmente, tanto a doutrina quanto a jurisprudência reconhecem que a indenização deve ter também um caráter de punibilidade, de desestímulo a prática do ato ilícito, especialmente quando esse apresentar-se de forma reiterada, ou quando o agente demonstrar a intenção de prática do dano, ou quando deste se beneficiar.

Em ponderação sobre o tema, Sérgio Cavalieri Filho afirma que "em muitos casos, o que se busca com a indenização pelo dano moral é a punição do ofensor"[109]. Continua o referido autor, enumerando as possibilidades de atribuição de punibilidade ao aspecto indenizatório:

> A indenização punitiva do dano moral deve ser também adotada quando o comportamento do ofensor se revelar particularmente reprovável – dolo ou culpa grave – e, ainda, nos casos em que independentemente de culpa, o agente obtiver lucro com o ato ilícito ou incorrer em reiteração da conduta ilícita.[110]

Compartilhando do mesmo entendimento, Rizzatto Nunes visualiza o aspecto punitivo do valor da indenização como um mecanismo de freio para que o infrator não volte a incidir no mesmo erro, ressaltando a importância dessa questão nas relações de massa, como a

---

[108] MORAES, Maria Celina Bodin de. Op.cit. p.203.
[109] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit. p.117.
[110] Loc. cit.

consumerista[111]. Conclui o autor que a indenização possui um caráter "satisfativo-punitivo"[112].

O professor português Julio Gomes retrata com clareza essa funcionalidade

> As penas privadas, ou de modo mais geral, as sanções civis punitivas, longe de serem relíquias hitóricas, podem constituir figuras sancionatórias úteis em um quadro de declarada impotência do legislador penal e de estéril fidelidade do legislador civil a modelos ressarcitórios.[113]

A jurisprudência, em perfeita consonância com a doutrina, tem admitido esse aspecto à indenização. É de ver-se o entendimento abaixo transcrito, esposado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

> Ação declaratória de inexistência de relação jurídica, cumulada com inexigibilidade e extinção de dívida, indenizatória por danos morais e pedido de antecipação dos efeitos da tutela. Inscrição indevida do nome da autora nos órgãos de proteção ao crédito. Sentença julgando procedente a pretensão autoral. Inconformismo do banco réu. Entendimento desta Relatora quanto à manutenção da sentença guerreada. Responsabilidade objetiva da Ré, que in casu se opera ope legis. Provada a autoria, o nexo causal e o dano, decorrente da reiterada inscrição indevida nos cadastros restritivos de crédito, acertado o reconhecimento do dever de indenizar. A parte ré, mesmo depois de homologação judicial de acordo no qual se obrigou a cancelar a conta objeto da presente demanda, incluiu novamente o nome da autora nos cadastros restritivos alegando existência de débitos. Diante das peculiaridades do presente caso concreto, no qual a reprovação da conduta da ré é maior, mostra-se adequado o quantum compensatório arbitrado a título de compensação por danos morais em R$ 14.000,00 (quatorze mil reais). Montante que além de observar o caráter punitivo que tal condenação impõe, se encontra em acordo com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. S. 89 do TJRJ: Razoável, em princípio, a fixação de verba compensatória no patamar de até 40 (quarenta) salários mínimos, em moeda corrente, fundada exclusivamente na indevida negativação do nome do consumidor em cadastro restritivo de crédito. Negativa de seguimento ao recurso, na forma do Artigo 557, caput, do CPC[114].

Assim, pode-se concluir que consiste em atribuir aspecto punitivo à indenização dano moral a exacerbação de um valor que consistiria em mera compensação pelo dano moral sofrido.

---

[111] NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Op.cit. p.317.
[112] Loc. cit.
[113] GOMES, Julio. Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?, **Revista de direito e economia**. n.15., Portugal, 1989, p.105-43 *Apud* CASTRO, Flávia Viveiros de. Op. cit. p.125
[114] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ação declaratória de inexistência de relação jurídica, cumulada com inexigibilidade e extinção de dívida, indenizatória por danos morais. Apelação Cível 2008.001.35415. Relator: Conceição Mousnier. 20ª Câmara Cível. Rio de Janeiro, 12 de agosto de 2008. **Diário Oficial da Justiça**, Rio de Janeiro, RJ. 20.AGO. 2008.

William de Figueiredo lembra que essa construção, antes de ser aceita pela jurisprudência, foi importada da doutrina norte-americana, onde possui ampla aceitação sob as variadas denominações de *punitive damages*, *vindictive damages*, ou ainda, *exemplary damages* ou *smart-money*.[115]

4.2 Os *punitive damages* e a admissibilidade no ordenamento brasileiro.

A notória e tradicional divisão dos sistemas jurídicos ocidentais posiciona os ordenamentos entre os de tradição romano-germânica, também chamado sistema civilista ou *Civil Law*, e os de tradição anglo-americana, também denominado sistema consuetudinário ou *Common-law*.

Esses dois sistemas foram historicamente contrapostos, entre outros aspectos, pelo fato de que o primeiro funda-se na universalização, abstratividade, positivação, metodologia teórica e científica, enquanto o segundo tem por base a casuística, o costume, o precedente e a metodologia empírica de estruturação. Ambos, contudo, difundiram-se em razão dos instrumentos da receptação e imitação, decorrentes de conquistas, colonizações, interpenetrações e unificações dos diversos povos no curso da história.[116]

Corresponderam, originalmente, a duas experiências culturais diversas, especialmente pelos fatores históricos, sendo o sistema civilista propagado, sobretudo, após a Revolução Francesa, impulsionada pela idéia de lei como expressão da nação conforme visto no Contrato Social, obra de Jean-Jacques Rousseau; enquanto o sistema anglo-americano deita suas raízes na formação do Reino Unido.[117]

Hodiernamente, verifica-se um curioso fenômeno aparentemente paradoxal, que consiste, por um lado, na especialização de cada ordenamento, para atender melhor as aspirações de seus povos, distanciando-se dos demais ordenamentos a adquirindo peculiaridades próprias; e por outro lado, uma confluência dos sistemas, irrigando um ao outro, a fim de enriquecer os ordenamentos em soluções.

Parafraseando René David, Silvio Venosa percebe que há uma tendência muito grande de aproximação, de modo que se poderia falar hoje em uma “grande família de direito

---

[115] OLIVEIRA, William Figueiredo de. Op. cit. p.80.
[116] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 4.ed. São Paulo : Atlas, 2004. p.99.
[117] REALE, Miguel. Op.cit. p.142.

ocidental" a englobar ambos os sistemas.[118] Esse entendimento é ratificado pelo próprio Miguel Reale, para quem os sistemas e ordenamentos são "expressões culturais diversas que, nos últimos anos, têm sido objeto de influências recíprocas"[119].

É inegável, sob todos os aspectos, a aproximação entre as referidas famílias jurídicas ocidentais, não só no âmbito constitucional como também no direito privado. O que já era verificável em ordenamentos ditos mistos, como o israelense, o escocês e o da província de Quebec, no Canadá, hoje se observa em expansão, inclusive em países que importaram um modelo ocidental, como é o caso do Japão.

Com essa premissa, institutos de outros direitos podem provocar aqui grande repercussão, como é o caso dos *punitive damages*, tipicamente norte-americano, cuja própria estruturação do direito já não se confunde mais com a adotada na Inglaterra, que lhe deu origem.

Em conceituação da doutrina norte-americana, *punitive damages*

> *consists of an additional sum, over and above the compensation of the plaintiff for the harm that he has suffered, which are awarded to him for the purpose of punishing the defendant, of admonishing him not to do it again, and of deterring other from following his exemple.*[120]

O conceito supra é ratificado pelo eminente doutrinador estadunidense Dobbs, para quem os *punitive damages* podem ser conceituados sobre tudo pela extracompensação, ou seja, por ir além dos elementos óbvios da compensação ordinária e intencionalmente punir ou deter condutas que extrapolem os padrões aceitáveis.[121]

O instituto tem raízes na *equity*, modalidade de aplicação da justiça do sistema anglo-americano que remonta aos apelos que os súditos poderiam fazer a família real, por meio das chancelarias, e que posteriormente veio fundir-se ao sistema jurídico convencional daquele sistema. Assim, os próprios critérios de quantificação da indenização suplantavam as

---

[118] VENOSA, Sílvio de Salvo. Op.cit. p. 107.
[119] REALE, Miguel. Op.cit. p.142.
[120] "consiste em uma soma adicional, acima da compensação do sofrimento do demandante, que é a ele atribuída com o propósito de punir o demandado, admoestando-o a não repetir a conduta, e precavendo terceiros a não seguir o seu exemplo." (tradução livre do autor) PROSSER, William L., WADE, John L., SCHWARTZ, Victor E. **Torts: cases and materials**. 7th.ed., Nova Iorque : Foundation Press, 1982. p.560. *apud* MORAES, Maria Celina Bodin de.*Punitive damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas.Revista Trimestral de Direito Civil, v. 18, n. V, Rio de Janeiro : Padma, 2004. p. 47.
[121] DOBBS, Dan B. **Law of remedies: damages, equity, restitution**. 2nd.ed., Saint Paul : West Publishing, 1993. p.310.

dimensões precipuamente teóricas e adquiriam finalidades também práticas, políticas e econômicas.[122]

Nos Estados Unidos, em decorrência das próprias características sistemáticas e da supremacia econômica alcançada no pós-guerra, e consolidada ao final da Guerra Fria, as decisões chegaram a um patamar exacerbado, sendo notórios alguns casos como o *Liebeck v. MacDonald's Restaurants*, onde um café quente entornado no colo de uma senhora rendeu, literalmente, uma indenização punitiva na ordem de dois milhões e meio de dólares; ou o caso *BMW of North America v. Ira Gore*, onde um carro usado vendido como novo acarretou uma condenação à empresa de 4 milhões de dólares, tendo sido a decisão posteriormente anulada pela Suprema Corte norte-americana.

Por óbvio, as referidas decisões são teratológicas e não se coadunam sequer com a realidade estadunidense, quanto mais a brasileira. Não obstante, julgados que, observados os requeridos parâmetros, imponham além da compensação do dano moral sofrido, uma medida punitiva, a fim de combater, censurar determinadas práticas, é aplaudida pela doutrina brasileira, estando a seu favor autores da lavra de Caio Mario e Silvio Rodrigues, bem como Sérgio Cavalieri, José Carlos Moreira Alves e Maria Helena Diniz.[123]

Caio Mário da Silva Pereira chega a colocar o aspecto punitivo como precedente ao caráter compensatório ao afirmar que "o problema de sua reparação deve ser posto em termos de que a reparação do dano moral, a par do caráter punitivo imposto ao agente, tem de assumir sentido compensatório"[124].

O insigne professor salienta que

> na reparação por dano moral estão conjugados dois motivos, ou duas concausas: I- *punição ao infrator* pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II- *por nas mãos do ofendido uma soma* que não é o *praetium doloris*, porém o meio de lhe oferecer uma oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie.[125]

---

[122] Loc.cit.

[123] MORAES, Maria Celina Bodin de.*Punitive damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas.**Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 18, n. V, Rio de Janeiro : Padma, 2004. p. 47.

[124] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9.ed. rev. Rio de Janeiro : Forense, 2001, p.60. *apud* OLIVEIRA JUNIOR, Osny Claro de. O caráter punitivo das indenizações por danos morais: adequação e impositividade no direito brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3547>. Acesso em: 12 mai. 2008.

[125] Pereira, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil.** v.II, Rio de Janeiro : Forense. n.176 *apud* CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit. p.116.

Também no entendimento de Maria Helena Diniz "na reparação do dano moral, o dinheiro não desempenha a função de equivalência, como no dano material, porém, concomitantemente, a função satisfatória e a de pena”[126].

Esse consenso doutrinário tem sido sucessivamente ratificado pela jurisprudência, conforme demonstrado no acórdão já transcrito, bem como dos dois recentes julgados abaixo colacionados:

> 1. Indenizatória.2. Dano material e moral.3. Cartão magnético. Saques contestados pelo correntista.4. Verba indenizatória que atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como ao caráter punitivo-pedagógico.5. Recurso manifestamente improcedente, ao qual se nega seguimento, na forma do Art.557 do C.P.C.[127]

> Apelação cível. Cartão de crédito. Compra não reconhecida. Aplicação do CDC. Inversão do ônus da prova. Inclusão indevida em cadastro restritivo de crédito. Indenização por dano moral. Quantum fixado com observância ao caráter punitivo-pedagógico. Jurisprudência do TJRJ. Sentença mantida. Recurso conhecido e negado provimento.[128]

Verifica-se que em todas as decisões do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro trazidas à baila, a questão discutida em juízo está relacionada ao direito do consumidor. Com apoio nessa observação, Flávia Viveiros de Castro destaca que “especialmente em relação à defesa das relações de consumo (*in product liability cases)*, reconhece-se grande utilidade para os danos punitivos.[129]

Não obstante todo o embasamento teórico e prático que resta demonstrado, não são poucos os doutrinadores que se opõem à tese, dentre os quais podemos citar o insigne Pontes de Miranda, Orlando Gomes, José Aguiar Dias, e, entre os mais recentes Maria Celina Bodin de Moraes.[130] Apontam os referidos autores barreiras e problemáticas que de fato devem ser enfrentadas, pelo que se passa a analisar, superada a admissibilidade do caráter punitivo da indenização, sua adequabilidade ao ordenamento pátrio.

---

[126] DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro.v.1.11.ed. São Paulo : Saraiva, 1995. p.292 *apud* OLIVEIRA JUNIOR, Osny Claro de. Op.cit.

[127] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Indenizatória. Dano material e moral. Cartão magnético. Saques contestados pelo correntista. Apelação Cível 2008.001.52648. Relator: Mario dos Santos Paulo. 4ª Câmara Cível. Rio de Janeiro, 02 de outubro de 2008. **Diário Oficial da Justiça**, Rio de Janeiro, RJ. 06.OUT. 2008.

[128] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação cível. Cartão de crédito. Compra não reconhecida. Aplicação do CDC. Apelação Cível 2008.001.44469. Relator: Wagner Cinelli. 6ª Câmara Cível. Rio de Janeiro, 01 de outubro de 2008. **Diário Oficial da Justiça**, Rio de Janeiro, RJ. 06.OUT. 2008.

[129] CASTRO, Flávia Viveiros. Op.cit. p.119.

[130] MORAES, Maria Celina Bodin de.*Punitive damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas.**Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 18, n. V, Rio de Janeiro : Padma, 2004. p. 47.

4.3 Adequação dos *punitive damages* ao ordenamento brasileiro.

Cumpre analisar, precipuamente, o embate travado pela atribuição de aspecto de punição à indenização e dois princípios gerais de direito, quais sejam, o da legalidade e o da vedação ao enriquecimento ilícito, para então verificar-se enfim, os parâmetros de quantificação indenizatória.

Conforme já mencionado, o escalonamento da reprovação de condutas as distinguiu em delitos públicos e privados, estes últimos colocados sob a égide o ato ilícito. Assim, a punição era resposta daqueles enquanto a reparação era objeto destes. Possuindo o Estado o monopólio do *ius puniendi*, era de ser garantir ao cidadão que a imposição de uma pena, pecuniária ou a incidir sobre sua liberdade, devesse possuir prévia determinação legal, em dispositivo geral e abstrato.

Com efeito, não há que se negar o peso da garantia constitucional da reserva legal no direito penal. Contudo não se pode por analogia utilizar-se da mesma ótica para o direito civil.

Em primeiro lugar, cumpre lembrar que não é verdade que o direito civil não puna. Pode-se elencar diversas normas em que o próprio Código Civil emprega a palavra pena. À exemplo, os artigos 941, e 1.993, além do artigo 1.336 que prescreve multa para o condômino que não cumpre com seus deveres.[131]

Há casos, inclusive, em que o caráter penal pode passar despercebido, como o da *perpetuatio obligationis*, onde o devedor em mora, além de responder pelas perdas e danos decorrentes do inadimplemento pontual, responsabiliza-se também pela eventual impossibilidade da prestação, ainda que oriunda de caso fortuito ou força maior, consoante o artigo 399 do Código Civil. Outro exemplo comum é o da incidência do artigo 667 e parágrafo primeiro, caso do mandatário que substabelece seus poderes, ainda que vedado pelo mandante.[132]

Como se vê, as penas civis não possuem a tipificação rígida do direito penal, onde são preceitos secundários da norma, mas encontram-se amparadas por uma interpretação

---

[131] AZEVEDO, Antônio Junqueira. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. **Revista trimestral de direito civil**, v.19 Rio de Janeiro : Padma. 2004, p.212.
[132] Ibid.

sistêmica, teleológica do ordenamento cuja função, no pensamento de San Tiago Dantas reproduzido por Sérgio Cavalieri, é proteger o lícito e reprimir o ilícito.[133]

Essa visão clássica é perfeitamente aplicável à ótica contemporânea de ponderação de interesses, de efetividade constitucional, que se reitera, traz à lúmen novos aspectos como a relativização da dicotomia público-privado. Conforme se demonstrará, esse raciocínio ganha mais força nos direitos transindividuais, justamente pela já mencionada característica levantada pela professora Ada Pellegrini de situarem-se entre os interesses público e privado.

Ainda em ponderação sobre o tema, cumpre ressaltar que parte da doutrina estabelece distinção entre o caráter de punição, que se volta para o ato passado, e o de desestímulo, orientado para atos futuros[134]. *Data venia*, tais fatores estão interligados, pois não há sentido em se punir o ato passado senão com fulcro em desestimular os atos futuros, ainda que de outrem.

No que tange a vedação ao enriquecimento ilícito, os tribunais tem contornado a questão com duas correntes distintas. A primeira é pelo estabelecimento desse princípio como fator de balizamento da quantificação. Em inúmeras decisões se verifica a preocupação dos magistrados em não tornar o dano moral uma fonte de enriquecimento da vítima. Seria este outro vértice da quantificação da indenização, mas que como se demonstrará, não deve prevalecer.

A segunda corrente pode ser sintetizada pela resposta ao temor doutrinário de uma "indústria do dano moral", dada por Osny Claro de Oliveira Júnior na argumentação de que

> até chegar ao valor final da indenização o lesado – credor da obrigação - teria necessariamente percorrido todo o longo caminho imposto pelo devido processo legal, não se podendo admitir desta forma que, forjado o valor indenizatório sob o crivo e com a chancela do Poder Judiciário, e qualquer que seja o quantum da condenação transitada em julgado – frise-se, transitada em julgado - a título de danos morais, tenha ocorrido enriquecimento indevido ou ilícito, e muito menos locupletamento deste ou daquele.[135]

Defende o referido magistrado em seu artigo que o enriquecimento ilícito só seria flagrante nas hipóteses em que, objetivamente, restasse caracterizado um deslocamento de patamar sócio-econômico da vítima.[136]

---

[133] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op.cit. p.23.
[134] BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano moral: critérios de fixação de valor**. Rio de Janeiro : Renovar, 2005. p. 174.
[135] OLIVEIRA JUNIOR, Osny Claro de. Op.Cit.
[136] Ibid.

Nesse mesmo sentido, Bodin de Moraes afirma que “a sentença de um juiz, arbitrando o dano moral, é razão jurídica mais do que suficiente para impedir que se fale, tecnicamente, de enriquecimento injustificado”[137].

A questão da vedação ao enriquecimento ilícito é ainda melhor superada em se tratando de direitos metaindividuais, pois conforme será detalhado em seguida, a destinação da indenização não beneficia um indivíduo específico, mas dilui-se na coletividade.

Mesmo a professora Bodin de Moraes, que se opõe à aplicabilidade do aspecto punitivo da indenização, excetua de suas críticas às hipóteses de direitos transindividuais, “porque o valor pago a maior da indenização, a ser pago “punitivamente”, não deverá ser destinado ao autor da ação”[138]. No mesmo sentido a opinião de Wesley de Oliveira Louzada Bernardo[139].

Assim sendo, cumpre deliberar quais seriam efetivamente, os parâmetros para a fixação do dano moral, de forma genérica, e por fim, trazer todo o raciocínio à seara dos danos metaindividuais.

4.4 Critérios para a fixação da indenização dos danos morais.

Está sedimentado na doutrina e jurisprudência que o arbitramento é a melhor forma de se estipular a indenização por danos morais, e que a tarifação não é adequada por não comportar com precisão as especificidades casuísticas que surgem.

Não há, contudo, no ordenamento regra específica que estabeleça os limites para a apuração dos valores[140], e seguindo o que ocorre nas diversas outras discussões em torno do dano moral, os critérios para a fixação da indenização dos danos morais também possuem relativa controvérsia doutrinária.

Entretanto, alguns pontos são comuns à grande parte dos autores, e reiterados pela jurisprudência. Adotar-se-á, por adaptação, a enumeração trazida por Rizzatto Nunes, por ser a mais abrangente dentre as encontradas, pontuando-se eventuais discordâncias para permitir melhor análise do tema.

---

[137] MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.302.
[138] MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.263.
[139] BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. Op. cit.. p. 179.
[140] OLIVEIRA, William Figueiredo de. Op. cit. p.76.

O autor elenca nove fatores relevantes para o a determinação do *quantum* indenizatório: natureza específica da ofensa, intensidade real da ofensa, repercussão da ofensa no meio social, ocorrência de má-fé por parte do ofensor, situação econômica do ofensor, possibilidade real de reincidência futura do ofensor, reiteração pretérita do ofensor, práticas atenuantes do ofensor, necessidade de punição.[141]

Por natureza específica da ofensa podemos entender as variações dos fatos causadores do dano, bem como do dano em si.[142] À exemplo, um acidente de ônibus difere de um lançamento de nome em cadastro restritivo de crédito, ao mesmo tempo, um acidente de ônibus não se confunde com um acidente de ônibus escolar, onde estão envolvidas predominantemente crianças, ou ainda um acidente de ônibus que envolva uma excursão de idosos.

Intensidade real é o uso de elementos padronizados de experiência, analogia, para determinar a gravidade de um dano. E antes que se afirme que se trataria de empirismo, ou de excesso de subjetivismo, refute-se a idéia pela exemplificativa demonstração de que a poluição de uma lagoa que impeça comunidade pesqueira de exercer atividade econômica ou que transmita uma doença possui maior intensidade que a poluição de uma piscina pública que ocasione sua interdição, privando uma comunidade do lazer.

O terceiro fator é a repercussão da ofensa no meio social, que está ligado, na visão de Rizzatto Nunes, ao princípio da isonomia, pois permitirá pelo tratamento desigual aos desiguais, uma equalização real do dano.[143] A repercussão moral da negativação indevida do nome de um senhor de idade que sempre honrou suas obrigações é, no meio social deste, mais reprovável que a negativação sem notificação de uma segunda pessoa que por diversas vezes esteve inadimplente.

A repercussão social pode ser visualizada com maior clareza nos direitos transindividuais. Imagine-se o caso de uma propaganda em *outdoor* flagrantemente ofensiva. Se esse *outdoor* for espalhado em uma cidade do interior, na porta de uma escola, na entrada de um convento, em uma rodovia, e em uma festa *rave*, é notório que a repercussão social será diversa em cada um desses locais, o que provocará reflexos sobre os dois primeiros fatores, a natureza e a intensidade da ofensa.

A seguir cabe a verificação de má-fé por parte do ofensor, e nesse critério não se pode confundir a atribuição de má-fé com responsabilidade subjetiva ou objetiva. Uma confusão

---

[141] NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Op.cit. p.310.
[142] Ibid. p.311
[143] NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Op.cit. p.312.

comum é a afirmação de que na responsabilidade objetiva não se discute a culpa do agente. Em verdade, nessa modalidade não cabe à vítima demonstrar a culpa do agente, e sim o nexo causal entre o fato e o dano, mas nada impede que ela seja visualizada ou debatida em juízo, sobretudo se o réu aduzir a culpa exclusiva da vítima.

Em passagem já transcrita da obra de Sérgio Cavalieri Filho verificamos que esse autor é um entusiasta da atribuição de um valor a maior, a título de punição, especialmente nesses casos de flagrante dolo do ofensor.[144]

Esse entendimento encontra concordância de grande parte dos doutrinadores, sendo corroborado também por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, que defende que "se ilícita a conduta causadora do dano, ganha lugar a punição; de maneira que quanto maior o grau de culpa, ou mais forte a intensidade do dolo, maior deverá ser a sanção correspondente. É da própria essência da reparação do dano moral essa flexibilidade."[145]

A situação econômica do ofensor também é relevante à quantificação da condenação pecuniária, pois quanto mais poder econômico ele tiver, menor será o efeito da indenização a ser paga, se posta de forma absoluta. Da mesma forma, não se permite olvidar que uma condenação, ainda que dotada de caráter punitivo, não pode tornar o desempenho de uma atividade econômica inviável, sob pena de transgredir outros princípios de direito e ocasionar novos danos.

Para melhor visualização da questão cabe a transcrição do seguinte exemplo doutrinário: "condenar a maior empresa de exploração de petróleo, a pagar 1% de seu faturamento líquido mensal pelo protesto indevido de título, é um descalabro. Já para uma modesta quitanda de uma cidade provinciana, a condenação mostra-se insuficiente".[146]

Uma questão que passa por sensível controvérsia é a consideração das condições sociais e econômicas do ofendido para apurar o valor da indenização.

A jurisprudência em seus acórdãos cita com freqüência a consideração da situação financeira do prejudicado na apuração do montante pecuniário indenizatório. Há inclusive recomendação aprovada pelo IX Encontro dos Tribunais de Alçada, hoje extintos, que o juiz deveria "levar em conta critérios de proporcionalidade e razoabilidade na apuração do *quantum*, atendidas as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado".[147] Essa medida seria profilática contra o enriquecimento ilícito, que como se observou é principiológicamente vedado por nosso ordenamento.

---

[144] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit. p.117.
[145] MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Op. cit. p.153.
[146] OLIVEIRA, William Figueiredo de. Op. cit. p.78.
[147] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit. p.117.

Para Rizzatto Nunes, “enriquecer ou não em função da verba é mero acaso, irrelevante para a fixação da quantia a ser paga”[148]. É um entendimento que se aproxima do trazido por Osny Claro de Oliveira Júnior, já retratado, e que é melhor contornado na seara dos direitos metaindividuais.

Segue afirmando Rizzatto Nunes sobre a indenização por danos morais: “ela é satisfativo-punitiva. O elemento satisfativo deve ser buscado no evento causador do dano e não na condição econômica da vitima”[149].

Maria Celina Bodin de Moraes reitera o pensamento de que o “fato de a vítima mais desfavorecida receber menos pelo mesmo dano sofrido não responde a qualquer princípio de justiça”[150].

Anuem com essa tese Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho sob a ótica de que “como todos são iguais perante a lei, não há que se falar em reparação maior para o mais rico e menor para o mais pobre, em tema de dano moral”[151], e Wesley de Oliveira Louzada Bernardo, para quem “reduzir o valor indenizatório a fim de evitar um suposto enriquecimento sem causa, o que se mostra atentatório à dignidade da pessoa humana”[152].

Essa transição doutrinária encontra agora respaldo jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça, que se reconhece tímido, mas que esposa uma nova compreensão, nos seguintes termos:

> Civil. Dano moral. Indenização. A condição social da vítima, de pobre, não pode ser valorizada para reduzir o montante da indenização pelo dano moral; a dor das pessoas humildes não é menor do que aquela sofrida por pessoas abonadas ao serem privadas de um ente querido. Recurso especial conhecido e provido.[153]

Repise-se que o acórdão ainda se apresenta de forma isolada, e mesmo pela doutrina recente o posicionamento trazido não é o adotado majoritariamente.

Contudo, na abordagem de direitos transindividuais, emerge com mais clareza a irrelevância da condição social e financeira do ofendido.

---

[148] NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Op.cit. p.315.
[149] Ibid.
[150] MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.302.
[151] MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Op. cit. p.150.
[152] BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. Op. cit.. p. 183.
[153] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil. Dano moral. Indenização. Recurso Especial 951777 /DF. Relator: Humberto Gomes de Barros. 3ª Turma. Brasília, 19 de junho de 2007. **Diário Oficial da Justiça**, Brasília. 27. AGO. 2007.

Primeiramente, porque se desfaz aqui o fundamento jurídico de profilaxia contra o enriquecimento sem causa, já que se demonstrará que o valor da condenação será revertido em prol de toda a sociedade ou da categoria ou grupo prejudicado.

Ademais, há de plano, uma impossibilidade fática de se levar em conta a condição do ofendido nos direitos difusos, pois estes possuem sujeitos indetermináveis. Nos direitos coletivos em sentido estrito, em que pese os titulares serem determináveis, em princípio não se encontram precisados, e ainda assim o objeto da relação é indivisível. Por fim, mesmo nos direitos individuais homogêneos, levando-se em conta que, como já demonstrado, não são transindividuais em sua essência e por exclusão legal, por vezes a variedade, gama de atingidos será tão grande e plural, que impossível tornará a uniformização de uma condição social e financeira dos atingidos.

Por essas razões, e acreditando-se na melhor medida esposada pelo acórdão e fundamento acima, entende-se que, de fato, as condições socioeconômicas do ofendido não se prestam a balizar o arbitramento do *quantum* indenizatório.

Transposta a questão, o elemento seguinte é a capacidade real e efetiva do ofensor voltar a ser responsabilizado pelo mesmo fato danoso.

Para Rizzatto Nunes, esse fator é eminentemente consumerista, e consiste em averiguar se o dano, oriundo de serviço ou produto, pode ocorrer novamente por ainda estar disponível no mercado sob as mesmas condições, o que ensejaria um aumento da indenização.[154]

Aqui também é devido um olhar crítico, sobretudo à luz dos direitos metaindividuais. Primeiramente, por se tratar de potencialidade de dano, e sendo o dano pressuposto da responsabilidade civil, estaria desde logo excluído esse fator do arbitramento do *quantum* indenizatório. Em segundo lugar, existem as já citadas condenações em obrigações de fazer ou não fazer, que podem nesses casos cessar a potencialidade de dano, pela retirada do produto ou serviço do mercado, pela estipulação de *recall*, ou pelas alterações devidas das circunstâncias que levaram ao evento danoso. Por fim, a prevenção que se busca com a imposição da indenização já está compreendida na necessidade de punição, item que será tratado adiante, não podendo o mesmo fundamento majorar a indenização por mais de uma vez.

Isto posto pedimos vênia ao ilustre doutrinador para discordar da inclusão da capacidade real e efetiva do ofensor voltar a ser responsabilizado pelo mesmo fato danoso

---

[154] NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Op.cit. p.315.

como critério de fixação da indenização. Mesmo porque, se a reiteração se concretizar, o agente será novamente responsabilizado, levando-se em consideração o próximo elemento que é justamente a prática anterior relativa ao mesmo fato danoso.

Neste ponto, de fato, há necessidade de levar em conta as repetições, por questão de gradação. Rizzatto Nunes bem compara a questão, analogicamente, com a denominação de "reincidência civil", citando a exemplo instituições financeiras "contumazes" em repetir operações danosas ao consumidor[155].

Se, por um lado a reincidência é valorada em desfavor do agente causador do dano, de outro lado levam-se em conta eventuais ações suas visando diminuir o prejuízo causado ao ofendido.

Sem sede de danos transindividuais é notória a importância prática de se relevar esses atos. À exemplo, uma propaganda gravemente ofensiva retirada instantânea e espontaneamente do ar assim que se nota sua desaprovação maciça, ou medidas de contenção imediatas de um dano ambiental, ou ainda um *recall* de um produto assim que detectado seu defeito. São atitudes louváveis que merecem um *minus* no montante da condenação, com fins de, nos dizeres de Rizzatto Nunes, ""inspirar" os demais agentes fornecedores a terem a mesma salutar atitude para com aqueles que eventualmente possam atingir"[156].

O último critério para a fixação da indenização é o da necessidade de punição, e reputa-se exaustivamente tratado. Cabe trazer a baila, para consolidação dos entendimentos já apresentados, o trecho final de notícia publicada no sítio eletrônico oficial do Superior Tribunal de Justiça, que enfatiza o entendimento desta Corte no sentido de se revestir a indenização de um caráter punitivo:

> Em um dos seus votos, a ministra Nancy Andrighi destacou a importância do valor adequado da reparação, afirmando que a indenização não é apenas uma punição contra o causador do dano. É também uma maneira de restaurar a integridade da vítima.[157]

Rizzatto Nunes destaca que "esse aspecto ganha relevo nas questões de massa, como são, em regra, as que envolvem o direito do consumidor"[158], ao qual acrescenta-se o direito ambiental, bem como outras formas de manifestação de direitos transindividuais.

---

[155] NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Op.cit. p.316.
[156] Loc. cit.
[157] CORDENADORIA DE EDITORIA E IMPRENSA. **STJ consolida o direito a indenizações.** Superior Tribunal de Justiça : Brasília. out. 2008. Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=89763 Acesso em: 26. out. 2008.
[158] NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Op.cit. p.317.

É mister, superados todos os questionamentos até aqui, concatenar as idéias de dano moral e direitos metaindividuais com a importância do caráter punitivo da indenização.

5 O CARÁTER PUNITIVO DA INDENIZAÇÃO APLICADO AOS DANOS MORAIS METAINDIVIDUAIS

5.1. Pertinência da punibilidade nos danos morais metaindividuais.

A doutrina abraça com empolgação o viés punitivo da indenização por danos, quando esses implicam em violação aos direitos metaindividuais, verificável nas diversas opiniões transcritas e citadas.

No campo do direito consumerista, destaca-se o posicionamento de Flávia Viveiros de Castro de que

> Trata-se, mais uma vez, de ressaltar a dimensão coletiva da proteção ao consumidor, devendo o magistrado refletir sobre o potencial de lesividade da conduta do ofensor, bem como sobre os efeitos que sua decisão produzirá no universo das relações de consumo.[159]

Segue a autora afirmando que "a jurisprudência brasileira assume firme posicionamento pela admissão dos danos punitivos, abrasileirados como teoria do valor do desestímulo"[160], e então traz exemplos do Rio Grande do Sul, Pará, Mato Grosso do Sul e Pernambuco, além do Rio de Janeiro.

Nos direitos transindividuais, a questão da reprimenda ao agente ganha maior vulto justamente porque o dano provocado incide sobre significativa parcela da sociedade, e em conseqüência a desestruturação provocada é muito maior.

Antonio Junqueira de Azevedo chega a propor em artigo específico um "dano social", causado pelo rebaixamento do nível coletivo de vida, que se colocaria ao lado dos danos materiais e morais individuais. Para o autor não há impedimento para a fixação da modalidade:

> além das indenizações pelo dano patrimonial e pelo dano moral, também – esse é o ponto – uma indenização pelo dano social. A "pena" – agora entre aspas, porque no fundo, é reposição à sociedade – visa restaurar o nível social de tranqüilidade diminuída pelo ato ilícito.[161]

---

[159] CASTRO, Flávia Viveiros. Op.cit. p.120.
[160] Ibid. p.121.
[161] JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Op.cit. p.214.

Há, contudo, que se estabelecer alguns fundamentos para que essa imposição de indenização com caráter punitivo ocorra em conformidade com nosso ordenamento, sem violar nenhum princípio, o que repise-se, ocasionaria um novo dano.

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho defende que o caráter punitivo deve ocorrer nas hipóteses de configuração de culpa e nesse caso a fixação será cotejada sobretudo com o grau de culpa e a posição econômica do ofensor[162].

De fato, é um entendimento que merece ser aplaudido pela própria substancia do que se ponderou ser a finalidade originária das indenizações com "valor de desistímulo": punir a conduta pretérita e intimidar a reiteração pelo ofensor ou por outros agentes.

Além desse ponto, para Osny Claro de Oliveira Júnior, "ao explicitar os critérios utilizados para a fixação da indenização, os juízes são obrigados à expressa referência ao caráter punitivo como componente da mensuração do valor"[163].

Tal entendimento afigura-se em consonância com o princípio constitucional da fundamentação das decisões judiciais, assegurado pelo inciso IX, do artigo 93 da Constituição da República, incluído pela Emenda Constitucional n.45/04. Esse princípio, embora elevado ao *status* constitucional em período relativamente recente, já era positivado pelo artigo 131 do Código de Processo Civil, de 1973[164].

Esposa a mesma compreensão Wesley de Oliveira Louzada Bernardo ao afirmar que "seria obrigatório ao magistrado, ao proferir a sentença, destacar a verba relativa aos *punitive damages* (...) a verba não poderia ser simplesmente incluída como um *plus* na verba relativa ao dano moral, devendo constar de item autônomo da sentença"[165].

Ao expor o caráter punitivo como critério, ao condenado civilmente é satisfeita não apenas a garantia constitucional, mas também concedida a possibilidade de impugná-lo pela via recursal, satisfazendo a ampla defesa, e o devido processo legal como um todo.

Osny Claro de Oliveira Júnior também prega que, havendo possibilidade, o juiz deve fixar o valor indenizatório no próprio corpo da sentença, no que se apóia na jurisprudência do STJ por ele colacionada[166].

---

[162] MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Op. cit. p.150.
[163] OLIVEIRA JUNIOR, Osny Claro de. Op.cit.
[164] BRASIL. Presidência da República. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Código de processo civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm
[165] BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. Op. cit.. p. 181.
[166] Loc. Cit.

Aqui, cabe a pormenorização de que a doutrina entende que as sentenças devam ser ilíquidas nas ações coletivas. Esse posicionamento está fundado na orientação do art.95 do Código de Defesa do Consumidor que assim dispõe:

"Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados."

Frise-se, por oportuno, que o referido artigo encontra-se no Capítulo II do Título III, referente às ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos, não devendo ser expandido para os direitos difusos e coletivos, que são efetivamente os direitos de caráter transindividual.

Esclarece Marcus Vinicius Rios Gonçalves que, em se tratando de interesses difusos e coletivos, "é possível que a condenação em dinheiro seja estabelecida em valor específico, diversamente do que ocorre nas ações para a defesa de interesses individuais homogêneos, em que a condenação será sempre genérica"[167].

Assim, é preciso novamente cindir a análise dos institutos, averiguando pontualmente o caráter punitivo da indenização nos direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos.

5.2. O caráter punitivo da indenização e os direitos difusos.

A indenização por direitos difusos, cujos sujeitos ofendidos são indetermináveis, pode ser, sem óbice legal, arbitrada e quantificada na sentença condenatória. Se não o for, poderá ser objeto de liquidação pelo legitimado que propôs a ação, e subsidiariamente, pelo Ministério Público[168].

Após poderá ser executada pelo mesmo, é o valor será revertido para o fundo previsto no artigo 13 da Lei de Ação Civil Pública (Lei n.7.347/85), que assim dispõe:

> 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.

---

[167] RIOS GONÇALVES, Marcus Vinícius. Op. Cit. p.120.
[168] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Op. cit. p.360.

O referido fundo hoje se encontra regulamentado pelo Decreto n.1.306/94 e Lei 9.008/95[169], e sua arrecadação não se limita apenas às condenações em sede de ação civil pública, incluindo ainda multas e indenizações decorrentes, por exemplo, da aplicação da Lei n.7.853/89 (portadores de necessidades especiais), desde que não destinadas à reparação de danos a interesses individuais; em virtude da aplicação da multa prevista no art. 57 e seu parágrafo único e do produto de indenização prevista no art. 100, parágrafo único do CDC, quando destinado o valor à União; ou ainda das multas referidas no art. 84, da Lei nº 8.884/94 (sobre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica); entre outros previstos no artigo segundo do mencionado Decreto.

O Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD, segundo o próprio diploma legal) está vinculado ao Ministério da Justiça e possui estrutura administrativa própria, sendo utilizado para fomentar e apoiar entidades públicas e civis que se proponham a reparar e aprimorar os interesses e direitos difusos, por iniciativas, à exemplo, de cunho científico e educacional.[170]

Trazendo-se a questão ao âmbito eminentemente jurídico, resta claro mais uma vez objetivo já citado da concepção de San Tiago Dantas de que o Direito tem o fulcro de reprimir o ilícito e estimular o ilícito.

É um encaixe, o fecho de um círculo, de um silogismo, que tem início com a desestabilidade provocada pelo dano moral à coletividade, ou, na tese preconizada por Antônio Junqueira de Azevedo, dano social qualificado pelo rebaixamento de seu patrimônio moral ou diminuição de qualidade de vida.[171]

Esses danos, ainda segundo o autor, repercutindo o restante da doutrina, ensejam uma indenização punitiva e dissuasória, coadunado ao fator compensatório que tradicionalmente se atribuiu a responsabilidade civil.[172]

Uma vez apurada, segundo os parâmetros que a doutrina e jurisprudência elegeram como razoáveis e proporcionais à fixação do valor, a indenização é vertida para o FDD, e, em última análise, revertida para o benefício da sociedade como um todo.

---

[169] BRASIL. Presidência da República. Lei n. 9.008 de 21 de março de 1995. Cria, na estrutura organizacional do Ministério da Justiça, o Conselho Federal de que trata o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, altera os arts. 4º, 39, 82, 91 e 98 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e dá outras providências. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9008.htm

[170] MACIEL, Julia Mattei de Oliveira. **Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. Análise do Decreto nº 3.106/94.** Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 771, 13 ago. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7041>. Acesso em: 29/09/2008.

[171] JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Op.cit. p.216.

[172] Loc. cit.

Não é propriamente um retorno ao *status quo ante*, contudo realiza, na prática, os anseios sociais de justiça, ao mesmo tempo em que importa em desestímulo às práticas socialmente reprováveis e juridicamente inadequadas.

Ademais, no procedimento acima explicitado inocorre o enriquecimento sem causa, por vez que o valor, ainda que extrapole o fator compensatório, estará pulverizado nas melhorias a serem implementadas, de maneira que à toda sociedade aproveitará, ainda que indiretamente, inclusive ao próprio causador do dano. Recorde-se que esse mecanismo aplaca os anseios de parte da doutrina, recordando-se que há corrente no sentido de que não ocorrerá enriquecimento ilícito em nenhuma hipótese, quando o *plus* decorrer de decisão judicial.

5.3. Direitos coletivos em sentido estrito e a indenização punitiva.

Os direitos coletivos em sentido estrito por sua vez, como já visto, possuem determinabilidade dos sujeitos, muito embora o objeto ainda assim seja indivisível.

Ao analisar-se criticamente, a determinação específica dos ofendidos e a repartição do fruto da condenação entre eles representaria, em última análise, uma cisão do objeto aproximando-se dos direitos individuais homogêneos, o que deve ser descartado, pois como destacado, um mesmo ato pode dar origem a um direito coletivo em sentido estrito e a direitos individuais homogêneos, que não se confundem.

Rios Gonçalves, ponderando o tema, leciona que

> Aqueles particulares, autores de ações individuais, que tenham requerido a sua suspensão, na forma do art.104 do Código de Defesa do Consumidor, poderão requerer a liquidação dos danos que tenham sofrido, sem prejuízo da liquidação coletiva do valor destinado ao fundo, a ser realizada na ação civil pública.[173]

A redação do Art.99 do Código de Defesa do Consumidor positiva a questão da cumulabilidade de indenização pelo direito coletivo indivisível e individual homogêneo divisível, ao atribuir ao segundo preferência creditória em relação ao primeiro:

> Art. 99. Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação prevista na Lei n.° 7.347, de 24 de julho de 1985 e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento.
>
> Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo, a destinação da importância recolhida ao fundo criado pela Lei n°7.347 de 24 de julho de 1985, ficará sustada enquanto pendentes de decisão de segundo grau as

[173] RIOS GONÇALVES, Marcus Vinícius. Op. Cit. p.121.

> ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas.

O artigo supracitado, combinado ao artigo 13 da Lei n.7.347/85 (também transcrito), por força da interpenetração dos dois diplomas, prevê que também nas ações que versem sobre direitos coletivos, o valor seja direcionado ao FDD. Nos dizeres de Rios Gonçalves: "apurado o valor da condenação, caber-lhes-á (aos legitimados) promover a execução, que reverterá para o fundo de reconstituição dos bens lesados"[174]. Esse então será o destino do montante indenizatório a título punitivo.

Não esclarecem a doutrina e jurisprudência se esse valor, no entanto, deverá ser utilizado em atividades específicas da classe, categoria ou grupo atingido. Contudo, o melhor entendimento é de que tal determinação judicial não só é possível como também mais adequada, pois aquela coletividade que teve sua esfera jurídica atingida é que se faz merecedora do montante arbitrado. Aqui novamente não se prestaria o argumento doutrinário de possível enriquecimento ilícito frente à indenização que extrapolasse o ideário de restituição, pois embora determinados os sujeitos, novamente o *quantum* a maior restaria fragmentado entre eles.

5.4. Direitos individuais homogêneos e o *fluid recovery*.

Os direitos individuais homogêneos, reprisando suas características, não são propriamente metaindividuais, pois sujeitos ativos determinados e plurais, vínculo de atributividade de origem comum e seu objeto é divisível.

Uma vez apurados os direitos individuais homogêneos autorizam inclusive liquidação e execução individual, por parte dos sujeitos especificados que tiveram sua esfera jurídica atingida. Há apenas uma tutela processual conjunta em decorrência da prevalência da dimensão coletiva sobre a individual.

De outro lado, começou-se a experimentar na prática uma dificuldade quanto ao uso do chamado valor residual da indenização coletiva por direitos individuais homogêneos[175].

Na prática é fácil a exemplificação. Imagine-se que uma empresária de telefonia decida acrescer à conta de seus usuários, a importância de R$ 0,10 (dez centavos), que não é

---

[174] RIOS GONÇALVES, Marcus Vinícius. Op. Cit. p.121.
[175] GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 7.ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2001. p.823.

notada inicialmente por estes. Depois de alguns meses, a ciência do dano material vem à tona e, daí surge um dano à coletividade, por violação dos princípios consumeristas da confiabilidade, segurança e informação, bem como inúmeros direitos individuais homogêneos a obter a repetição do indébito.

Acontece que cada usuário, individualmente considerado, terá a receber na justiça quantia ínfima, muitas vezes não justificando para esse a constituição de advogado, ou o ingresso em execução. Conjuntamente considerados os valores, porém, a referida empresária locupletou-se em verba altíssima, dolosamente, à custa de parcela da sociedade, o que fundamenta inclusive que a condenação preveja um valor a título punitivo.

A ausência de interesse dos usuários individuais poderia resultar na inefetividade da condenação judicial, de modo que no âmbito das *class actions* norte-americanas, das quais derivaram as ações coletivas brasileiras, criou-se o instituto do *fluid recovery*[176].

Esse instituto, em sua modalidade nacionalizada, está presente no artigo 100 da Lei n.8.078/90, que estatui:

> Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.
> Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei n.° 7.347, de 24 de julho de 1985.

Depreende-se do artigo supra dois requisitos para que haja o *fluid recovery* no direito brasileiro: inércia dos interessados, no prazo de um ano, e incompatibilidade do número de habilitados com a gravidade do dano.

Esclarece Ada Pellegrini que

> A liquidação promovida pelos legitimados após o decurso do prazo legal, quando não haja habilitações dos prejudicados ou quando essas não forem em número compatível com a gravidade do dano, terá por objeto a apuração do *prejuízo globalmente causado*.
> Assim o juiz deverá proceder à avaliação e quantificação dos danos causados, e não dos prejuízos sofridos. Avulta, aqui, sua *defining function* e seus poderes se tornam mais amplos.[177]

Cuidando-se eminentemente do caráter punitivo da indenização que, na acertada concepção trazida por Osny Claro de Oliveira Júnior[178], estará explicitado na sentença, tem-se que essa parcela do *quantum* será precipuamente objeto de *fluid recovery*, a ser revertida ao

---

[176] GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Op. cit.. p.823.
[177] GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Op. cit.. p.825.
[178] OLIVEIRA JUNIOR, Osny Claro de. Op.Cit.

mesmo fundo previsto também para as indenizações por danos difusos e coletivos em sentido estrito.

Novamente trazendo a baila o entendimento de Ada Pellegrini Grinover "a indenização é assim, utilizada para fins diversos dos reparatórios – que não puderam ser atingidos no caso -, mas com eles conexos, por intermédio da proteção aos bens e valores da coletividade.[179]

[179] GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Op. cit.. p.825.

5 CONCLUSÃO

As discussões acerca da responsabilidade civil sempre foram acaloradas na doutrina e na jurisprudência. Em sede de dano moral, a evolução recente do instituto compreendeu sua admissão, autonomia e desvinculação da pessoa natural, admitindo-se o dano moral à pessoa jurídica.

O próximo passo a se estabelecer nesse campo é a plena admissão do dano moral desindividualizado, também conhecido como dano moral coletivo, transindividual, ou metaindividual.

A doutrina a respeito do tema, a par do pouco tempo em que se passou a reconhecer a sua existência, já é bastante ampla e a jurisprudência brasileira também vem lidando satisfatoriamente com a matéria. Tribunais de Justiça de variados estados já admitiram a possibilidade de existência do dano moral metaindividual.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, verifica-se certa resistência na aceitação do instituto, demonstrando-se a 1ª Turma dividida no julgamento do REsp 598281/MG, curiosamente em diálogo semelhante ao que, mais de uma década atrás, se travou em torno do dano moral à pessoa jurídica. Acredita-se que a dificuldade aqui existente encontra-se novamente em desvincular-se de um conceito tradicionalista, arraigado, de dano moral vinculado à dor e sofrimento, o que já se demonstrou superado.

O novo conceito de dano moral emerge de uma leitura contemporânea, à luz do que se denomina direito civil-constitucional. Trata-se de dar as normas civilistas um novo *status* jurídico, tornando-as instrumento de efetivação dos direitos constitucionalmente assegurados.

Nesse sentido, o dano moral adquire o significado de lesão à dignidade da pessoa humana, compreendidos nos direitos personalíssimos e fundamentais, sendo esses individuais ou coletivos.

Assim o dano moral metaindividual torna-se de fácil compreensão e admissão, e permite assegurar formas de direitos que, embora previstos da Constituição, não poderiam ser tutelados, pois se encontram atomizados, ou seja, pulverizados na forma de interesses que, se individualmente considerados não possuirão grande relevância jurídica, mas que se forem molecularizados, colocados sob um mesmo feixe, permitem que seja visualizado o grande agravo social que se impôs à sociedade. É o caso do direito consumerista, ambiental, de direitos principiológicos como o da informação e da segurança e ainda daqueles que visam

atender o princípio da isonomia, como o dos idosos, das crianças e adolescentes e dos portadores de necessidades especiais.

Pode-se até mesmo verificar um permissivo, fundamento legal para o reconhecimento do dano moral coletivo, presente no artigo 1° da Lei 7.347/85, com redação conferida pela Lei 8.884/94.

O legislador, inclusive, percebendo o anseio social pela tutela desses interesses, e amparado nas construções doutrinárias acerca do fenômeno da metaindividualização do direito, foi ao longo do tempo criando diversos mecanismos de amparo da chamada sociedade massificada, seja através de ações como a popular e a ação civil pública, seja através de microssistemas como o código de defesa do consumidor e os estatutos da criança e do adolescente e também o do idoso.

A crescente demanda dos interesses transindividuais faz surgir até mesmo um anteprojeto doutrinário para um Código Brasileiro de Processo Coletivo, já entregue ao governo, e que consolida a relevância jurídica, política e social que as questões de âmbito coletivo adquiriram nas últimas décadas.

A constitucionalização do direito civil, e neste ponto fortemente amparada pela massificação das relações e transindividualização dos interesses, sela também a mitigação da dicotomia entres o interesse público e o privado. As normas constitucionais, por possuírem relevância geral, e serem de cunho interpretativo, ao serem aplicadas ao corpo de direito civil, lhe conferem *status* de ordem pública. Os direitos metaindividuais reforçam essa compreensão na medida em que se caracterizam por situarem-se entre o interesse público e o particular, não se confundindo com a visão tradicionalista de nenhum deles.

A partir desse poder que os direitos coletivos tem de transformar conceitos jurídicos estratificados, passa-se a tratar a reparação por danos morais sob um outro prisma, eminentemente social.

À reparação desse dano amoldar-se-á um caráter punitivo da indenização. Esse caráter, que guarda origens no modelo estadunidense dos *punitive damages*, encontrará no Brasil uma modelagem genuína, adequada aos preceitos do nosso ordenamento.

O a teoria do valor de desestímulo, forma já abrasileirada de denominar o *quantum* indenizatório com fulcro em uma punição, é abraçada pela jurisprudência, a despeito da carência de critérios legais mais específicos, mas amparada pela forte concordância doutrinária pela necessidade de se oferecer uma resposta capaz de inibir práticas intoleráveis pelo nosso ordenamento. E é exatamente o posicionamento intermediário dos interesses transindividuais que conferem amparo à extrapolação de um valor meramente ressarcitório.

Neste ponto, é pertinente ressaltar duas excepcionalidades: a do dano moral metaindividual e a do caráter punitivo da indenização, pois não se pode banalizar nenhum desses dois institutos.

O dano moral coletivo em sentido amplo decorrerá do ato lesivo ao direito fundamental da coletividade que correspondam ao rebaixamento do nível de vida coletivo, que deve ser relevante, em sua consideração molecular, para clamar a reparação.

O Brasil ainda vivencia sucessivos desrespeitos ao meio ambiente, aos idosos, aos portadores de necessidades especiais e aos consumidores. Esses danos são, em geral, frutos de verdadeira logística, contabilidade empresarial, que leva em conta o lucro obtido com a prática e a ponderação das dificuldades de acesso ao judiciário, bem como acordos que poderá celebrar e até mesmo a falta de celeridade da justiça. Desse fato emerge a necessidade de se desestimular pecuniariamente.

De outro lado, deve-se ter cuidado também em relação ao caráter punitivo da indenização, uma vez que a constitucionalização do Direito Civil importou também o fenômeno que muitos denominam despatrimonialização, deslocamento da esfera eminentemente pecuniária para um campo mais voltado aos valores saudados pela Carta Maior, como a afetividade na família, e as funções sociais nos contratos, na propriedade, etc.

É cediço que, sempre que possível, a reparação do dano coletivo deve ser realizada pela reconstituição do *status quo ante*, ou do mais próximo que dele se possa atingir. Predominantemente e *a priori*, as condenações na seara da coletividade conterão obrigações de fazer e não fazer que objetivem desconstituir o dano. Contudo, não se pode olvidar que nem sempre esse desfazimento será possível e por vezes sequer será recomendável. Não se pode esquecer também que a *diminutio* no rebaixamento de vida coletivo, a violação do princípio consumerista da confiança, e a violação da segurança não se prestam à reconstituição. Nessas hipóteses far-se-á presente o caráter punitivo da indenização na condenação sob forma pecuniária.

Assim, destaca-se o arbitramento como meio mais eficaz para a quantificação, apresentando-se os critérios de fixação, dentre os quais merecem destaque para o caráter punitivo em sede de danos morais metaindividuais: a repercussão da ofensa no meio social, a ocorrência de má-fé por parte do ofensor, a situação econômica do ofensor, a reiteração pretérita do ofensor, as práticas atenuantes do ofensor, e a necessidade de punição.

É preciso reprisar a indispensabilidade da culpa do agente para impor-se a punição, ainda que o ordenamento preceitue, para aquele caso concreto, uma responsabilização

objetiva. O posicionamento é reiterado pela amplitude da doutrina trazida à baila, e mostra-se de fato pertinente.

Outro fator de vulto para efetiva aplicação dessa modalidade indenizatória é discriminação na sentença do montante que for estipulado a título de punição, para propiciar ao vencido a impugnação recursal e ao mesmo tempo limitar a discricionariedade do juízo no arbitramento.

Faz-se necessário também que o magistrado atente, na fixação do *quantum*, para eventuais multas administrativas que o agente já tenha sofrido, como de órgãos de proteção do consumidor ou do meio ambiente, a fim de não tornar excessivamente oneroso e desproporcional o desestímulo a ser aplicado, sob pena de provocação de um novo dano, em sentido reverso.

Vale ressaltar, por fim, que seja na hipótese de interesse difuso, coletivo em sentido estrito, ou individual homogêneo, o montante reverterá, por disposição legal, para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. Não poderia ser outro o entendimento, pois essa destinação elimina qualquer discussão sobre enriquecimento ilícito e ao mesmo tempo propicia a possibilidade de melhoria do nível de vida coletivo.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. **Revista trimestral de direito civil**, v.19 Rio de Janeiro : Padma. 2004

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 10.ed. Rio de Janeiro : Lumen Iuris, 2007.

AUGUSTIN, Sérgio. ALMEIDA, Ângela. **Dano moral coletivo: a indefinição jurisprudencial em face da ofensa a direitos transindividuais. Dano moral e sua quantificação**. Caxias do Sul. 2007 Disponível em: <www.enm.org.br/docs/biblioteca/Dano%20moral%20coletivo%20-%20Revista%20eletrônica%20ENM.doc>. Acesso em: 10 set. 2008.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano moral: critérios de fixação de valor**. Rio de Janeiro : Renovar, 2005.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro** . Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 559, 17 jan. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6183>. Acesso em: 02 set. 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 3.071 de 01 de janeiro de 1916. Código civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 4.215 de 27 de abril de 1963. Dispõe sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: http://www.fiscosoft.com.br/indexsearch.php?PID=538.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 4.717 de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 5.250 de 9 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de rnanifestação do pensamento e de informação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5250.htm

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Código de processo civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 7.347 de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 9.008 de 21 de março de 1995. Cria, na estrutura organizacional do Ministério da Justiça, o Conselho Federal de que trata o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, altera os arts. 4º, 39, 82, 91 e 98 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e dá outras providências. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9008.htm

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm

CASTRO, Flávia Viveiros de. **Danos à pessoa nas relações de consumo: uma abordagem civil constitucional**. 2006. Lumen Iuris : Rio de Janeiro.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6ª ed. rev. aum. atual. São Paulo : Malheiros. 2005.

CORDENADORIA DE EDITORIA E IMPRENSA. **STJ consolida o direito a indenizações.** Superior Tribunal de Justiça : Brasília. out. 2008. Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=89763 Acesso em: 26. out. 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v.7: responsabilidade civil.** 19ª ed. ver. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406 de 10-01-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002 São Paulo : Saraiva, 2005.

DOBBS, Dan B. **Law of remedies: damages, equity, restitution**. 2nd.ed., Saint Paul : West Publishing, 1993.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Saraiva. 2006.

GRECO, Leonardo. **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes : Ed. Faculdade de Direito de Campos. 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21.ed. São Paulo : Malheiros, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 7.ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2001.

LORENZETTI Ricardo Luís. O direito e o desenvolvimento sustentável - teoria geral do dano ambiental moral. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo : RT . 2002. V.28 p.139/149.

MACIEL, Julia Mattei de Oliveira. **Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. Análise do Decreto nº 3.106/94.** Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 771, 13 ago. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7041>. Acesso em: 29/09/2008.

MAGALHÃES, Jorge de Miranda. **Dano moral**. 2ª Ed. Rio de Janeiro : Espaço Jurídico, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 6. ed. ver. e atual. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 8ª Ed. São Paulo : Saraiva, 1995.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 16. ed. rev. ampl., e atual. , São Paulo : Saraiva. 2003

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. São Paulo: LTr, 2004.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Elementos de responsabilidade civil por danos morais**. Rio de Janeiro : Renovar, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo : Atlas, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de.*Punitive damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas.**Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 18, n. V, Rio de Janeiro : Padma, 2004.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor: com exercícios**. 2. ed. rev., modif. e atual. São Paulo : Saraiva.

OLIVEIRA, William Figueiredo de. **Dano moral ambiental**. 1ª Ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007.

OLIVEIRA JUNIOR, Osny Claro de. O caráter punitivo das indenizações por danos morais: adequação e impositividade no direito brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3547>. Acesso em: 12 mai. 2008.

PEDROSA, Henrique Emanuel Gomes. **Introdução didática ao direito**. Rio de Janeiro : Forense. 1992.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27.ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo : Saraiva. 2002.

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

RIOS GONÇALVES , Marcus Vinícius. **Tutela de interesses difusos e coletivos**. 3.ed. rev. São Paulo : Saraiva, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 4.ed. São Paulo : Atlas, 2004.