

Compensação em dinheiro por dano extrapatrimonial (moral) coletivo pela via da ação civil pública

Mário Cezar Pinheiro Machado Teixeira

Analista do Ministério Público da União/Apoio Jurídico/Direito. Pós-graduando pela Escola Superior do Ministério Público da União no Curso de Especialização em Direito Aplicado ao Ministério Público da União. Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

Resumo: O presente artigo trata da compensação por dano extrapatrimonial coletivo, sob o prisma da atuação do Ministério Público pelo instrumento da ação civil pública. Este estudo evidencia que a configuração desse tipo de dano passa ao largo de qualquer abalo psíquico dos membros da coletividade afetada. Por isso, inadequado o vocábulo *moral* na expressão *dano moral coletivo*. Mais apropriada a expressão utilizada ao longo deste trabalho: dano extrapatrimonial coletivo. Explicar-se-á que a condenação pecuniária decorrente da evidenciação do dano extrapatrimonial coletivo tem natureza sancionatória, e não exatamente de ressarcimento, dotada de caráter punitivo e dissuasório. Deve-se, pois, afastar a análise do instituto do dano extrapatrimonial coletivo da visão tradicional da sistemática processual civil aplicada a demandas individuais. A análise passa também pela conceituação do que sejam os direitos transindividuais, com a devida abordagem da evolução teórica (legislativa e doutrinária) acerca do tema. Serão traçados alguns critérios para a conceituação e caracterização do dano extrapatrimonial coletivo, com abordagem dos pressupostos para sua reparação, bem como para a determinação do *quantum* reparatório. Por fim, abordar-se-á a atuação do Ministério Público na defesa dos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, principalmente no que tange à postulação em juízo de compensação pecuniária por dano extrapatrimonial coletivo pela via da ação civil pública.

Palavras-chave: Dano extrapatrimonial coletivo. Dano moral coletivo.

Abstract: This article is about the compensation for collective non-patrimonial damage, from the perspective of the performance of the Public Prosecution Service by the instrument of class actions. This study shows that the configuration of this type of damage passes off any psychic shock of the members of the affected community. Therefore, the word *moral* is not appropriate in the expression *collective moral damage*. More appropriate the term used throughout this work: collective non-patrimonial damage. It explains that the pecuniary compensation arising from the disclosure of the collective non-patrimonial damage is punitive in nature and not just for compensation, provided with punitive and deterrent character. One should therefore avoid the analysis of the collective non-patrimonial damage institute from the traditional civil procedural system applied to individual demands. The analysis also includes the conceptualization of what are the transindividual rights, with proper approach to theoretical developments (legislative and doctrinal) on the subject. Some criteria will be presented for the conceptualization and characterization of the collective non-patrimonial damage, with the approach of the requirements for to its repair as well as for determining the *quantum* reparations. Finally, it addresses the role of Public Prosecution Service in the protection of diffuse rights, especially about the lawsuits of pecuniary compensation for collective non-patrimonial damage by the way of class actions.

Keywords: Collective non-patrimonial damage. Collective moral damage.

Sumário: 1 Noções introdutórias acerca dos direitos coletivos *lato sensu*. 1.1 Direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. 1.2 A defesa em juízo dos direitos coletivos *lato sensu*. 1.3 O Ministério Público e a defesa do patrimônio imaterial da sociedade. 2 Dano extrapatrimonial coletivo. 2.1 Inadequação da expressão *dano moral coletivo*. 2.2 Inaplicabilidade dos conceitos do dano moral individual no estudo do dano extrapatrimonial coletivo. 2.3 Pressupostos para reparação por dano extrapatrimonial coletivo. 3 Compensação pecuniária por dano extrapatrimonial coletivo. 3.1 Caráter punitivo e dissuasório da condenação em dinheiro. 3.2 Quantificação dos valores condenatórios. 3.3 Destinação dos valores. 4 A ação civil pública como via legítima para a compensação pecuniária por dano extrapatrimonial coletivo. 5 Conclusão.

1 **Noções introdutórias acerca dos direitos coletivos *lato sensu***

O surgimento de uma ideia de existência de direitos que amparem membros de uma sociedade, coletivamente considerados, surge no século XIX e ganha corpo no século XX, momento histórico em que se buscava superar definitivamente a ideologia eminentemente individualista e materialista do *Estado Liberal* que dominava até então.

Sem desconsiderar o legado de grandes avanços alcançados pelo homem nos diversos campos da ciência, o *Estado Liberal* indubitavelmente deixou outra herança, um quadro de injustiças e desigualdades sociais tão expressivo quanto as conquistas no campo do conhecimento humano. Daí a gradual evolução de um Estado de cunho individualista e não intervencionista para um Estado mais ativista e garantidor/assistencialista.

Intensificou-se em diversos países a consolidação de um *Estado Social* (também denominado *Welfare State* ou *Estado de Bem-Estar Social*) a partir da quarta década do século passado, mormente após a crise de 1929 (Grande Depressão). No Brasil, foi na década de 1940 que surgiram alguns poucos diplomas legais normatizadores de direitos sociais. A ideia da existência de direitos da coletividade ganha mais força com o término da Segunda Guerra Mundial (1945), por meio da edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

Nesse cenário, desenvolve-se no direito pátrio a ideia da necessidade de implementação de políticas públicas pelo Poder Executivo, dependentes da legitimação do direito positivo. Nas palavras de Capella (2002 apud LUCAS, 2004), o direito passa a ser verdadeiro “instrumento de intervenção e de assistencialismo, o que resulta na politização do conjunto do direito e em sua dependência, além da política, das relações econômicas e culturais”.

Com o passar das décadas, há uma paulatina aglutinação aos direitos sociais – ainda dotados de certo caráter individualista, chamados de direitos de *segunda dimensão* (direitos essenciais básicos: alimentação, saúde, educação etc.) – de uma gama de direitos

coletivos em sentido lato, de viés mais fraterno e solidário, que transcendem o indivíduo e suas necessidades vitais básicas, por isso denominados transindividuais.

Esses direitos também são conhecidos e classificados como direitos de *terceira dimensão* e são considerados desdobramentos dos direitos de primeira (individuais – liberdades negativas) e segunda (sociais – liberdades positivas) dimensões. Exsurtem da necessidade cada vez maior de se tutelar direitos de toda a sociedade, coletivamente e conjuntamente considerada.

Evoluem a sociedade e, conseqüentemente, a ciência do direito em busca da igualdade não apenas formal. Persegue-se uma igualdade *substancial* (real), de início com a positivação de direitos sociais mínimos (direitos de segunda dimensão) – relacionados ao denominado *mínimo existencial* – e, mais adiante, com a defesa dos direitos transindividuais (ou metaindividuais).

São os mais notáveis direitos de terceira dimensão aqueles afetos à defesa de um meio ambiente saudável, ecologicamente equilibrado e sustentável, à defesa do patrimônio comum da comunidade, bem assim à defesa de direitos de minorias e segmentos menos privilegiados, como a população negra e a indígena, o consumidor, o homossexual, o trabalhador em condições de escravidão moderna e demais grupos vulneráveis (mulheres, crianças, idosos, deficientes físicos etc).

O que se tem é uma tentativa de promoção real do bem comum, do desenvolvimento e da paz – com repercussão nos aspectos humanos de civilidade, consciência e evolução – estribada na positivação e defesa dos direitos coletivos *lato sensu* (de terceira dimensão, transindividuais ou metaindividuais).

1.1 Direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos

Subdividem-se os direitos coletivos *lato sensu* em direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

Essa divisão é amplamente aceita e consta no art. 81 da Lei n. 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), que traz a conceituação mais utilizada no direito brasileiro¹.

A sistematização adotada pelo CDC considera três critérios básicos para distinguir entre si as espécies de direitos coletivos em sentido lato (DONIZETTI; CERQUEIRA, 2010, p. 40):

- a) *titularidade*, que define se o direito pertence a determinada *coletividade*, composta por: (i) pessoas indeterminadas e indetermináveis (direitos difusos); (ii) pessoas indeterminadas, mas determináveis (direitos coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos) [...];
- b) *divisibilidade*, ou seja, se o direito é divisível entre os membros da coletividade (caso dos direitos individuais homogêneos) ou não (direitos difusos e coletivos em sentido estrito);
- c) *origem*, que indica se os titulares do direito estão ligados por uma mesma situação de fato (direitos difusos), prévia relação jurídica-base (direitos coletivos em sentido estrito) ou situações de fato ou de direito equivalentes (direitos individuais homogêneos).

Assim, os direitos difusos não possuem destinatário certo, pois são pertencentes a toda sociedade (indetermináveis); não são, por tal motivo, divisíveis, não havendo como se atribuir a cada membro da sociedade sua parcela devida de direito (indivisíveis).

1 “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.” [Grifo nosso].

Por seu turno, os direitos coletivos *stricto sensu* são por essência indivisíveis (não há como quantificar e distribuir parcelas de direito a cada indivíduo), em que pese serem direitos cujos titulares são passíveis de determinação (*a priori* indeterminados, mas determináveis), uma vez que são afetos a determinado grupo da sociedade, distinguível dos demais, cujos membros unem-se por uma mesma relação jurídica base, prévia à lesão.

Por fim, há que se destacar os direitos individuais homogêneos, que, diferentemente dos direitos difusos e dos coletivos em sentido estrito – ambos direitos transindividuais *puros* ou essencialmente transindividuais – caracterizam-se por serem direitos individuais que, acidentalmente, tornam-se coletivos, transindividuais, em virtude de algum acontecimento.

1.2 A defesa em juízo dos direitos coletivos *lato sensu*

O ordenamento jurídico brasileiro começa a tratar de instrumentos processuais destinados à tutela de direitos coletivos nos anos 1930 e 1940. A Constituição de 1934 trouxe a previsão da ação popular, suprimida na Constituição de 1937 e restabelecida na Constituição de 1946. Por sua vez, a disciplina da ação popular deu-se somente com a edição da Lei n. 4.717/1965, a Lei da Ação Popular (LAP).

Marco importante na positivação de ferramentas legais de defesa coletiva foi a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) – Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943 –, que trouxe a previsão de solução pelo Poder Judiciário de dissídios coletivos entre sindicatos de categorias de empregados e empregadores.

Nas décadas seguintes, surgiram novos instrumentos semelhantes, como a Lei n. 1.134, de 1950, já revogada, que estabelecia a legitimação de associações de funcionários públicos para representar a categoria perante autoridades administrativas e judiciais. Na década seguinte, foi editada a Lei n. 4.215, de 1963, também revogada, que dispunha acerca da legitimidade da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para representar os interesses gerais profissionais dos advogados, em juízo ou fora

dele. De se frisar, ainda, a edição da Emenda n. 16/1965 à Constituição de 1946, que previu o controle jurisdicional concentrado de constitucionalidade, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI).

Em que pese o surgimento da legislação acima citada, a produção legislativa acerca da tutela de direitos coletivos ainda era esparsa e pontual, com a nítida preocupação de positivizar meios de defesa de determinadas categorias ou classes, à exceção da Lei de Ação Popular, que não defendia qualquer segmento destacado da sociedade, mas tinha objeto restrito somente à anulação de atos lesivos ao patrimônio público.

A realidade da época da edição dos diplomas que tratavam, ainda de forma incipiente, de ações coletivas não permitia que se levasse em conta o aspecto da proteção em juízo de direitos que se encontravam difusos na sociedade, alcançando um número indeterminado de sujeitos. A jurisdição não apresentava meios bastantes e adequados para a defesa em juízo dos direitos coletivos *lato sensu*.

O panorama legislativo das ações coletivas começou a ser alterado a partir de estudos realizados por nossos principais doutrinadores no tema. Segundo Donizetti e Cerqueira (2010, p. 4):

A bem da verdade, foi somente com fundamento em estudos doutrinários publicados na década de 70, por juristas como José Carlos Barbosa Moreira, Ada Pellegrini Grinover e Waldemar Mariz de Oliveira Junior, que a regulamentação legislativa sobre o tema das ações coletivas efetivamente se desenvolveu no Brasil. E foi justamente a percepção dessa necessidade de inovações pela doutrina que fez com que o Brasil se tornasse, já nos anos 80, o pioneiro na regulamentação do processo coletivo entre os países de direito escrito (*civil law*).

À míngua de qualquer previsão de defesa coletiva de direitos no Código de Processo Civil (Lei n. 5.869/1973), alguns dos principais diplomas normativos surgiram nas décadas de 1980 e 1990. Em 1981, a Lei n. 6.938 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) já previa a legitimidade do Ministério Público para *propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente* (art. 14, § 1º). Todavia, foi no ano de 1985 que surgiu um diploma que trouxe normas processuais aptas a instrumentalizar uma tutela mais efetiva

dos direitos transindividuais – a Lei da Ação Civil Pública (LACP), Lei n. 7.347/1985.

Na sequência, a promulgação da Constituição de 1988 erigiu a defesa coletiva de direitos transindividuais ao patamar de direito humano fundamental, prevendo, para tanto, diversos instrumentos de judicialização. É o que se vê em diversos dispositivos: art. 5º, XXI, c/c art. 8º, III (prevê a defesa em juízo dos interesses coletivos dos membros de sindicatos e associações); art. 5º, LXX (mandado de segurança coletivo); art. 5º, LXXI (mandado de injunção coletivo); art. 5º, LXXIII (ação popular); e art. 129, III, *in fine* (ação civil pública).

Um dos mais importantes diplomas legais que propiciam a defesa em juízo de direitos da coletividade é o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), inspirado nas *class actions for damages* do direito norte-americano. Sem dúvidas, foi a mais revolucionária das leis a tratar do tema, até hoje referência legislativa para a defesa em juízo de direitos coletivos em sentido amplo, considerada por muitos como uma espécie de *Código de Processo Coletivo*.

Além das já comentadas, outras muitas leis esparsas trouxeram normas de defesa de direitos transindividuais, destacando-se a Lei n. 7.853/1989 (tutela dos direitos das pessoas deficientes), a Lei n. 7.913/1989 (*dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários*), a Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – arts. 208 a 224), a Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), a Lei n. 8.884/1994 (*dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica* – arts. 29 e 88), a Lei n. 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – art. 5º), a Lei n. 9.868/1999 e a Lei n. 9.882/1999 (que dispõem acerca da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental), a Lei n. 10.671/2003 (Estatuto de Defesa do Torcedor – art. 40), a Lei n. 10.741 (Estatuto do Idoso – arts. 78 a 92) e a Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha – art. 37).

Observa-se, a partir da evolução legislativa, que houve considerável ampliação do campo de incidência da ação coletiva. O objeto a ser tutelado passa a comportar qualquer tipo de matéria, desde que insere em uma das espécies de direitos transindividuais – interesses difuso, coletivo ou individual homogêneo.

A conjugação do art. 129, III, IX, e § 1º, da Constituição da República com os arts. 110 e 117 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) não deixa dúvidas neste sentido. Não mais existe a original restrição de que somente os interesses relativos a meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural poderiam ser tutelados por meio da ação civil pública.

O art. 110 do CDC acrescentou o inciso IV ao art. 1º da Lei n. 7.347/1985 (LACP) e legitimou a defesa de *qualquer outro interesse difuso ou coletivo*. Ainda, o art. 117 da Lei n. 8.078/1990, ao acrescentar o art. 21² à Lei n. 7.347/1985, promove uma absoluta integração entre a LACP e o CDC. A partir desse *diálogo de fontes*, que dá ensejo a um incipiente processo civil coletivo, conclui-se que os dispositivos do CDC (arts. 81 a 104) se destinam não apenas à tutela coletiva dos interesses do consumidor mas também à de qualquer espécie de interesse coletivo (BESSA, 2006, p. 83).

Consigne-se que a análise de nossa legislação acerca da defesa em juízo dos direitos transindividuais passa, obrigatoriamente, pela Carta Política de 1988, não à toa denominada *Constituição Cidadã*. Com sua promulgação, surge um *Estado Democrático de Direito*, também chamado de *Estado Constitucional*, *Estado Pós-Social* ou *Estado da Pós-Modernidade*. Seus fundamentos se assentam não apenas na proteção e efetivação dos direitos humanos de primeira (direitos civis e políticos) e segunda (direitos sociais, econômicos e culturais) dimensões, mas também dos direitos de terceira dimensão – direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (BEZERRA LEITE, 2012, p. 153).

2 “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.”

Não é equivocado dizer que a CF/1988 faz surgir mais que um Estado Democrático de Direito, um *Estado Social e Democrático de Direito*, em que o Poder Judiciário ganha papel de relevo na promoção da defesa dos direitos fundamentais e da inclusão social, especialmente por meio do controle de políticas públicas.

A sociedade contemporânea, sociedade de massa, apresenta aspectos de profunda desigualdade, expondo seus membros a lesões dos mais variados direitos fundamentais, afetando a vida de dezenas, centenas, milhares ou milhões de pessoas. Tais lesões à massa exigem um novo comportamento dos atores jurídicos em geral – e do juiz em particular – para tornarem efetivos os interesses transindividuais.

A jurisdição passa a ser a gênese do sistema pós-moderno de acesso individual e coletivo à justiça. Logo, o Judiciário tem reforçado pela Constituição Federal o seu papel na manutenção da democracia e dos direitos, com esteio na dignidade da pessoa humana como valor regente de todo o sistema jurídico, princípio do qual, pode-se dizer, derivam outros tantos como o da indeclinabilidade (ou inafastabilidade) da jurisdição (art. 5º, XXXV), o do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV), o da ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV) e o da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII). Trata-se do fenômeno da constitucionalização do processo, que tem por escopo a efetividade do acesso ao Judiciário, tanto em demandas individuais quanto em coletivas (BEZERRA LEITE, 2012, p. 154).

Nesse contexto, ganha força a ideia de um ativismo judicial, em que o juiz participa ativamente da consolidação dos valores democráticos no seio da sociedade, o que, inclusive, legitima o Judiciário como *Poder*. E para que o Estado-Juiz atinja tal desiderato, exsurge o Ministério Público como a principal instituição provocadora, com a atribuição, entre outras apresentadas no art. 129 da CF, de *promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos* (certamente também os individuais homogêneos).

1.3 O Ministério Público e a defesa do patrimônio imaterial da sociedade

Pode-se conceituar patrimônio imaterial como o conjunto de valores inerentes à cultura de determinada comunidade, no seu mais amplo espectro. É o conjunto de bens de natureza intangível, impalpável, abstrata, mas de extremo valor para os membros da sociedade.

Diferencia-se o patrimônio imaterial do material pela impossibilidade de valoração econômica, que resulta em extrema dificuldade de se qualificar e quantificar a lesão ao bem, assim como a sua consequente reparação. Deste modo, afirma-se que a coletividade possui um *patrimônio ideal* que pode ser lesado, ou seja, aqueles interesses que não podem ser expressos economicamente.

A defesa do patrimônio imaterial, tanto previamente a eventual lesão quanto após sua ocorrência, é um dos papéis do Ministério Público. Vários são os incisos do art. 129 da Carta Magna que atribuem ao Ministério Público funções institucionais de proteção a diversos bens componentes do patrimônio imaterial da sociedade³. O inciso IX retro, por sua vez, deixou aberta a possibilidade de serem conferidas ao Ministério Público outras funções compatíveis com sua finalidade. E foi exatamente o que fez a Lei Complementar n. 75/1993, que *dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União*.

O art. 5º da LC n. 75/1993 traz vários incisos que preveem a intervenção do Ministério Público da União na defesa de bens imateriais da sociedade. Cite-se como exemplos: *defender a ordem jurídica, o*

3 “II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

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

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; [...]

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.” [Grifo nosso].

regime democrático, os interesses sociais e os interesses individuais indisponíveis com respeito a diversos fundamentos e princípios, como a soberania e a representatividade popular, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade, relativas à administração pública (inciso I); zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos à seguridade social, à educação, à cultura e ao desporto, à ciência e à tecnologia, à comunicação social e ao meio ambiente (inciso II); defender diversos bens e interesses, como o patrimônio nacional, o patrimônio público e social, o patrimônio cultural brasileiro, o meio ambiente, os direitos e interesses coletivos, especialmente das comunidades indígenas, da família, da criança, do adolescente e do idoso (inciso III), entre várias outras atribuições de defesa de bens que compõem o patrimônio imaterial da sociedade brasileira.

Eventual dano a este patrimônio imaterial é denominado por toda a doutrina e jurisprudência como *dano moral coletivo*, que, segundo Carlos Alberto Bittar Filho (2004, p. 55 apud BESSA, 2006, p. 89), é a

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

Na esfera do direito privado, o ordenamento jurídico pátrio tratou de prever a responsabilização do agente causador de dano *moral*. A compensação por dano não patrimonial pode ser feita por meio de um valor pecuniário que possa atenuar ao máximo os seus efeitos, mas também por reparação *in natura*, de modo a proporcionar uma tutela efetiva o mais próximo possível da integral reparação do dano.

Pelo princípio da reparação integral, um dos pilares da responsabilidade civil, deve-se perseguir o ideal de obtenção da mais ampla e justa tutela jurisdicional. Como ferramentas de aplicação

direta desse princípio, tem-se a possibilidade da reparação *in natura* ou por compensação pecuniária. A reparação *in natura*, apesar de preferível, tem seu campo de utilização limitado pela dificuldade de se retornar o bem lesado ao *status quo ante*, considerando-se a essência do dano *moral*.

Por seu turno, principalmente no campo do dano *moral* coletivo, a reparação por quantia em dinheiro mostra-se mais adequada para neutralizar os efeitos lesivos do dano, atenuando-se as consequências negativas impingidas ao ofendido (ou à coletividade). O valor monetário se traduz em verdadeiro lenitivo (MEDEIROS NETO, 2012, p. 88-92).

A partir do próximo ponto, este estudo passará a tratar mais pormenorizadamente do dano *moral* (extrapatrimonial) coletivo e da compensação em dinheiro (*indenização*) dele decorrente, perseguida pelo Ministério Público em grande parte das ações civis públicas ajuizadas.

2 Dano extrapatrimonial coletivo

A partir deste ponto passa-se a traçar aspectos atinentes a conceituação e previsão legal do dano extrapatrimonial coletivo. Na sequência, abordar-se-ão questões acerca da inadequação da expressão dano moral coletivo, da diferenciação entre dano extrapatrimonial individual e coletivo e dos pressupostos para a necessária reparação.

A lesão a bem imaterial da sociedade, como dito, pode gerar *indenização* (*rectius*: compensação em dinheiro) por dano extrapatrimonial coletivo. A condenação judicial por dano extrapatrimonial coletivo pode ser expressa em sanção pecuniária, de caráter notadamente punitivo, em face de ofensa a direitos coletivos em amplo sentido. O objetivo da lei foi, basicamente, prevenir a ofensa a direitos transindividuais e reprimir a conduta daquele que ofende tais direitos, considerado o caráter extrapatrimonial da lesão e a ínsita relevância social. Assim, até mesmo a ideia de prevenção e repressão do Direito Penal pode-se amoldar ao interesse social inerente à reparação por dano extrapatrimonial coletivo (BESSA, 2006, p. 78-79).

A possibilidade de caracterização do dano extrapatrimonial coletivo está positivada no direito pátrio, como se vê no art. 6º do CDC⁴.

Entretanto, é na Lei n. 7.347/1985 que se evidencia a evolução legislativa mais nítida no que toca ao dano extrapatrimonial coletivo. O *caput* do seu art. 1º foi alterado pela Lei n. 8.884/1994, que passou a expressamente prever como passíveis de reparação os danos patrimoniais e também os *danos morais*. A conjugação do *caput* do art. 1º com o inciso IV permite a responsabilização por dano extrapatrimonial coletivo de qualquer natureza e, *a priori*, sem qualquer tipo de limitação: “art. 1º regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de *responsabilidade por danos morais* e patrimoniais causados: [...] IV – *a qualquer outro interesse difuso ou coletivo*”.

A positivação da responsabilidade por danos *morais* coletivos trouxe inegável avanço na defesa dos direitos transindividuais, mas também causou dificuldade de entendimento e correta aplicação do instituto. Os estudiosos do direito, especialmente os membros do Poder Judiciário, demoraram a compreender – e alguns até hoje não compreendem – o seu caráter multifacetado, notadamente pela equivocada relação com a disciplina da responsabilidade civil por dano moral individual. A confusão em muito se deve pela palavra moral (dano *moral* coletivo), motivo pelo qual esse estudo prefere a expressão *dano extrapatrimonial coletivo*.

2.1 Inadequação da expressão *dano moral coletivo*

Não obstante o ordenamento jurídico e a maioria da doutrina e da jurisprudência haverem consagrado a expressão *dano moral coletivo*

4 Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e *morais*, individuais, coletivos e difusos;

VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e *morais*, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados [grifos nossos].

para exprimir a ideia de lesão ao patrimônio imaterial da sociedade, alguns estudiosos vêm apontando a inadequação e a impropriedade da palavra *moral*. Como dito, preferível o uso de *dano extrapatrimonial coletivo* para designar a lesão de caráter não patrimonial – imaterial – decorrente de ofensa a bem de interesse da coletividade.

Leciona Medeiros Neto (2012, p. 152-153):

Dessa forma, repise-se que o dano *extrapatrimonial*, em qualquer caso, não se faz suscetível de ser avaliado ou quantificado pecuniariamente, não se vinculando, por lógico, exclusivamente à observação de dor, aflição ou sofrimento demonstrado pela vítima. Por isso é que teria muito maior pertinência terminológica a adoção da mencionada expressão (*extrapatrimonial*), em vez do vocábulo *moral*, que, no entanto, consagrou-se pelo uso, inclusive no âmbito do ordenamento jurídico. [...] Ressalte-se, então, que na seara peculiar dos interesses transindividuais, a exigência de reparação dos danos relaciona-se diretamente com a tutela e preservação de bens e valores fundamentais, de natureza essencialmente não patrimonial, titularizados pela coletividade, e que foram violados de maneira intolerável, não se exigindo, pois, nenhuma vinculação com elementos de foro subjetivo (aflição, consternação, constrangimento, indignação, humilhação, abalo espiritual etc.) referidos ao conjunto de pessoas atingidas.

Assim como cada vez mais aceito na esfera dos danos morais individuais, no que se refere aos danos extrapatrimoniais na área dos direitos metaindividuais, importa somente a ocorrência de lesão a um direito ou interesse juridicamente protegido, independentemente de repercussão negativa na esfera íntima dos lesados ou de qualquer abalo psíquico dos integrantes da sociedade afetada pela lesão. Não há que se cogitar necessidade de prova do prejuízo, nem mesmo presunção nesse sentido, porquanto seria impossível e absurdo ter que ingressar na esfera psíquica das vítimas (membros da sociedade), a fim de perscrutar, em tal órbita, a respeito da real existência de efeitos lesivos, em razão do evento (MEDEIROS NETO, 2012, p. 72).

Acrescenta Bessa (2006, p. 103):

Conclui-se, portanto, que o dano extrapatrimonial não se confunde com o dano moral. Em que pese a redação dos dispositivos legais,

que aludem a *dano moral coletivo*, mais preciso seria falar em dano extrapatrimonial. Assim, é método impróprio buscar a noção de *dano moral coletivo* a partir do conceito, ainda problemático, de dano moral individual. Mais impróprio ainda é trazer para a discussão o requisito relativo à necessidade de afetação da integridade psíquica, pois, até mesmo nas relações privadas individuais, está-se superando, tanto na doutrina como nos tribunais, a exigência de dor psíquica para caracterizar o dano moral.

Por isso, deve-se dissociar o dano coletivo não patrimonial do conceito tradicional de dano moral, evitando-se o uso da expressão *dano moral coletivo*.

2.2 Inaplicabilidade dos conceitos do dano moral individual no estudo do dano extrapatrimonial coletivo

Na esteira do quanto exposto no tópico anterior, imprescindível delinear alguns aspectos da clara inadequação do emprego de conceitos do dano moral individual e sua reparação por meio da responsabilidade civil no estudo do dano extrapatrimonial coletivo. Certamente os pressupostos tomados da noção de dano moral individual não se prestam integralmente à doutrina do dano extrapatrimonial coletivo.

O dano moral – individual por natureza –, além de não ser sinônimo de dano extrapatrimonial, decorre de ofensa a pessoa individualizada dos demais e sua reparação é disciplinada pela responsabilidade civil.

Pode-se dizer que os danos morais repercutem nos chamados direitos da personalidade ou na esfera íntima das pessoas: sentimentos de dor, angústia, aflição, medo etc. A moderna doutrina, inclusive, diferencia danos morais objetivos de danos morais subjetivos, estes últimos relacionados ao mal sofrido pela pessoa em sua esfera psíquica, enquanto os primeiros são caracterizados pela ofensa objetiva a direitos da personalidade.

Parece-nos que a conceituação de dano extrapatrimonial nas relações privadas não se vincula obrigatoriamente a qualquer sofrimento (dores da alma) ou abalo psíquico; coaduna-se mais propria-

mente com o denominado dano moral objetivo, que prescinde de comprovação de real sofrimento da vítima, apenas importando a ocorrência de ato ou fato violador ou lesivo a direito da personalidade, juridicamente protegido. Exatamente essa noção de dano moral objetivo que possibilita a responsabilização de pessoas jurídicas por tal espécie de dano.

Importante a opinião de Xisto Tiago de Medeiros Neto (2012, p. 95):

[...] o dano moral passou a relacionar-se não apenas à dor ou ao sofrimento, mas também a outros foros não afetos àquelas áreas do sentimento, como é exemplo o campo da honra, em feição objetiva, da qual sobressaem a estima e a consideração social gozadas pelas pessoas na própria comunidade. Daí a possibilidade de reconhecimento da tutela à honra objetiva atribuída à pessoa jurídica, bem como a outros interesses jurídicos extrapatrimoniais alheios à esfera da dor, titularizados por coletividades de pessoas, conforme se observa do direito (“de todos”) ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para garantir uma sadia qualidade de vida (art. 225) e à preservação do patrimônio cultural (art. 215 e 216). Conferiu-se, portanto, na nova Carta Magna, destacada relevância ao sistema de tutela coletiva, abrindo-se o leque de proteção a quaisquer interesses transindividuais, inclusive em sua expressão moral (extrapatrimonial), por força da sua inequívoca importância para o equilíbrio e desenvolvimento da sociedade [grifo nosso].

Oportuno dizer que o caráter do dano, se patrimonial ou não, decorre dos efeitos oriundos da lesão, não do fato que lhe deu causa ou da natureza do bem lesado. Desse modo, lesão a bem material pode originar danos extrapatrimoniais, assim como lesão a bem imaterial pode gerar danos patrimoniais. Também uma única lesão pode gerar danos patrimoniais e extrapatrimoniais (MEDEIROS NETO, 2012, p. 57).

Nesse contexto, a indenização por dano moral individual possui caráter precípua de compensação, que visa a mitigar a dor sofrida (caráter subjetivo) ou a violação a direito da personalidade (caráter objetivo), em consequência de determinado fato ilícito. Não obstante, modernas doutrinas alienígenas, como a americana e a italiana, já conferem caráter punitivo à reparação por danos morais nas relações privadas, ideia que aos poucos vai sendo internalizada no Direito pátrio.

Com muito mais motivo, a *indenização* (compensação em pecúnia) relativa aos danos extrapatrimoniais coletivos deve se revestir de caráter punitivo, com viés ainda preventivo e repressivo, de modo a penalizar o agente responsável pela agressão e coibir a possível reincidência.

A correta compreensão do dano extrapatrimonial coletivo requer análise funcional do instituto, que é multifacetado, ora se aproximando de elementos e noções de responsabilidade civil nas relações privadas, ora se aproveitando de perspectiva própria do Direito Penal. A referência a tópicos da responsabilidade civil nas relações privadas individuais possui, antes de qualquer outro, o objetivo de demonstrar que nem todos os seus elementos podem legitimamente ser transportados para uma adequada definição do dano extrapatrimonial coletivo. De outro lado, o objetivo preventivo-repressivo do Direito Penal conforma-se mais com o interesse social que está agregado aos direitos difusos e coletivos (BESSA, 2006, p. 78-79).

Sabe-se ainda que a responsabilidade civil vem evoluindo no sentido de afastar a necessidade de prova de culpa do autor. Em diversas áreas já tem sido admitida a responsabilidade objetiva, com necessidade de prova do dano e do nexo causal, somente.

Tal como cada vez mais sedimentado na seara do dano moral individual, no dano extrapatrimonial coletivo também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*).

Independentemente de sua natureza jurídica ou classificação epistemológica, o dano extrapatrimonial coletivo não precisa ser provado, sendo instituído pelo julgador em face do ato ou fato antijurídico (este sim sujeito à demonstração) que ofendeu valores éticos fundamentais para a coletividade.

O estudo do dano extrapatrimonial coletivo impõe a compreensão do modelo teórico do sistema de tutela jurídica dos direitos transindividuais, afastando-se, em muitos pontos substanciais, o regime inerente ao dano moral individual. Incorrerá em crasso equívoco quem, nessa seara, buscar definições e respostas à luz exclusiva das regras regentes das relações privadas individuais, ancorando-se nos conceitos

e na lógica peculiares à concepção teórico-jurídica do dano pessoal. Por isso mesmo, repita-se, a compreensão do dano extrapatrimonial coletivo não se conjuga diretamente com a ideia de demonstração de elementos como perturbação, aflição ou transtorno coletivo. Firma-se, sim, objetivamente, dizendo respeito ao fato que reflete uma violação intolerável de direitos coletivos em sentido amplo, cuja essência é tipicamente extrapatrimonial (MEDEIROS NETO, 2012, p. 160-161).

2.3 Pressupostos para reparação por dano extrapatrimonial coletivo

O dano extrapatrimonial coletivo não corresponderia exatamente à lesão de interesses ou direitos (ainda que consubstanciados em valores) da comunidade, mas antes seria a consequência de injusta e intolerável agressão a valores prezados pela sociedade (PINTO JÚNIOR, 2013, p. 88). Quando se fala em dano extrapatrimonial coletivo, subentende-se, por lógico, a sua reparação.

Importa dizer que somente a agressão – injusta e intolerável – aos valores éticos da sociedade autoriza a aplicação de medida reparatória por dano extrapatrimonial coletivo, não sendo suficiente o mero descumprimento da lei. Para que o dano extrapatrimonial coletivo seja reconhecido, é necessário que a conduta tenha gravidade suficiente para, ao mesmo tempo, evidenciar sua antijuridicidade e ferir preceitos fundamentais da sociedade.

Não é demais lembrar que a caracterização do dano extrapatrimonial coletivo não se vincula nem se condiciona diretamente à demonstração efetiva dos efeitos negativos na sociedade, uma vez que tais efeitos, quando perceptíveis coletivamente, constituem mera consequência do dano produzido pela conduta do agente, não se apresentando, evidentemente, como pressuposto para sua configuração (MEDEIROS NETO, 2012, p. 159-160).

Nesse contexto, destaque-se que a caracterização do dano extrapatrimonial coletivo independe de qualquer abalo à integridade psicofísica da coletividade (BESSA, 2006, p. 78-79).

É, pois, incabível perquirir a existência de incômodo moral de toda a coletividade. O que releva perquirir é a gravidade da violação infligida à ordem jurídica, sendo despidiêdo comprovar a repercussão de eventual violação na consciência coletiva do grupo social.

A positivação da coletividade como titular de interesses jurídicos reflete, em última instância, a expressão-síntese de uma das *maneiras de ser* das pessoas no plano social: a de partícipes de um vasto elenco de interesses comuns – portanto, transindividuais – dotados de contornos peculiares e identidade, e que, sendo compartilhados por todos, são-
-lhes essenciais à vida, integrando, assim, a esfera da dignidade de cada um dos respectivos membros da coletividade, de maneira a ensejar a sua plena proteção jurídica (MEDEIROS NETO, 2012, p. 155).

Nessa esteira, vislumbra-se a necessidade de coexistência dos seguintes elementos para a caracterização do dano extrapatrimonial coletivo: 1) a existência de conduta antijurídica; 2) o nexo causal entre a conduta e a violação do interesse coletivo; 3) a ofensa a interesses jurídicos fundamentais de natureza extrapatrimonial; 4) a titularidade dos direitos por determinada coletividade; 5) a injustiça e a intolerabilidade da conduta ilícita diante da realidade apreendida; e 6) a consequente repercussão social.

Nessa linha, a detecção concomitante dos pressupostos retro impõe a necessidade de reparação por dano extrapatrimonial coletivo, porquanto caracterizada conduta antijurídica violadora de interesses de relevância social, titularizados por certa coletividade e ensejadora de proporcional reação do sistema jurídico consubstanciada na repressão exercida pelo Estado-Juiz.

3 Compensação pecuniária por dano extrapatrimonial coletivo

Ainda mais importante que a caracterização da ocorrência de um dano extrapatrimonial coletivo é a sua necessária reparação.

Como muito bem asseverado por Leonardo Roscoe Bessa (2006, p. 91), o objetivo de se prever, ao lado da possibilidade de

indenização pelos danos materiais, a condenação por dano extrapatrimonial coletivo só encontra justificativa pela relevância social e interesse público inexoravelmente associados à proteção e tutela dos direitos metaindividuais. Como já demonstrado, os direitos coletivos não se enquadram em modelos teóricos dos ramos tradicionais do ordenamento jurídicos. São, pois, uma nova categoria, cuja compreensão exige análise funcional. E complementa o autor (BESSA, 2006, p. 105):

Em se tratando de direitos difusos e coletivos, a condenação por dano moral (*rectius*: extrapatrimonial) se justifica em face da presença do interesse social em sua preservação. Trata-se de mais um instrumento para conferir eficácia à tutela de tais interesses, considerando justamente o caráter não patrimonial desses interesses metaindividuais. Qual seria, afinal, o valor do dano material representado por loteamento clandestino desfigurador da ordem urbanística de determinado município? Qual o valor do dano material decorrente de veiculação de publicidade enganosa ou abusiva? Qual o valor do dano material da poluição de um rio ou lago?

A lesão a um direito de todos se traduz em lesão ao direito de cada um. Nessa toada, ante a ocorrência de evidentes violações na esfera jurídica de uma coletividade, faz-se necessária sua reparação, não só como alento aos titulares dos direitos agredidos, mas, precipuamente, pelo caráter pedagógico que o dever de pagar quantia provoca nos agressores.

Qualquer injusta e intolerável violação a direito ou interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo atenta, indubitável e principalmente, contra a dignidade da pessoa humana de cada membro da sociedade, em seu aspecto objetivo, sendo, por isso mesmo, uma lesão difusa ao Estado Democrático de Direito.

Graves condutas lesivas a direitos metaindividuais apresentam alto grau de reprovabilidade social, com efeitos deletérios para toda coletividade. Esses ilícitos devem, necessariamente, ser coibidos, com a pertinente responsabilização dos seus autores, que em grande parte das vezes obtêm proveito e vantagens indevidas com a conduta antijurídica.

3.1 Caráter punitivo e dissuasório da condenação em dinheiro

Em se tratando de interesses extrapatrimoniais, não é totalmente correto dizer que deve haver *indenização* por uma lesão; pois, uma vez ocorrida a lesão, impossível extirpar o dano e retornar ao *status quo ante*, função que precipuamente cabe ao instituto da indenização, notadamente por danos patrimoniais.

Mais apropriado se falar em *compensação* por danos extrapatrimoniais coletivos, por haver conversão do dano sofrido em uma quantia pecuniária, a fim de que tal montante seja capaz de compensar a coletividade lesada pela injusta agressão a um bem juridicamente protegido.

Não se trata, por lógico, de uma reparação típica, nos moldes do que se observa em relação aos danos individuais, uma vez que a função e o objetivo da condenação por dano extrapatrimonial coletivo afastam-se das linhas básicas que caracterizam o modelo de reparação dos danos pessoais. Está-se diante de uma modalidade peculiar de resposta possível e eficaz do sistema jurídico, imprescindível à garantia da sua própria respeitabilidade, e que é direcionada ao ofensor, em face da violação inaceitável de direitos coletivos de natureza extrapatrimonial. Portanto, o que se concebe como reparação de dano extrapatrimonial coletivo constitui uma espécie de reação jurídica necessária diante da intolerável lesão a direitos transindividuais, guardando especificidade e congruência com a racionalidade inerente à tutela desses interesses (MEDEIROS NETO, 2012, p. 294).

No âmbito dos interesses coletivos *lato sensu*, o montante em pecúnia busca atender à finalidade compensatória e também preventiva, como forma de resposta e responsabilização concebida pelo ordenamento jurídico, que constitui espécie de *indenização punitiva*.

Não se pode nunca perder de vista que, quando se fala em interesses transindividuais, a ideia de prevenção se destaca sobre a de reparação. Faz-se necessário punir o agente como forma de coibir a reiteração da ilicitude; pois, uma vez produzido o dano, não há mais como repará-lo perfeitamente.

O Direito brasileiro já prevê em diversos dispositivos legais hipóteses de sanções privadas, as denominadas *indenizações punitivas*, expressão advinda da tradução das *punitive damages* ou *exemplary damages*, do Direito estadunidense. Tal instituto labora no sentido de impor penalidade para que sirva de exemplo, de modo a evitar a reincidência pelo causador do dano bem como prevenir a ocorrência de futuros casos de lesão.

Ante a regra da intangibilidade dos direitos personalíssimos, todos os esforços devem ser enveredados no sentido de prevenir qualquer violação. Não pode ser diferente com as lesões de viés coletivo. Assim, em situações especiais, é preciso aplicar a teoria do valor do desestímulo, utilizada como referência pelo sistema americano (exatamente as *punitive damages*).

Bessa defende a função punitiva ao sustentar que o dano extrapatrimonial coletivo visa a tutelar os direitos metaindividuais mediante sanções jurídicas capazes de concretizar os princípios da prevenção e precaução, de modo a conferir real e efetiva tutela aos bens componentes do patrimônio imaterial da sociedade (BESSA, 2006, p. 91).

Citando outro autor, Bessa ressalta ser evidente, nesse aspecto, a aproximação com a finalidade do Direito Penal, pois “a característica do ordenamento jurídico penal que primeiro salta aos olhos é a sua finalidade preventiva: antes de punir, ou com o punir, evitar o crime” (TOLEDO, 1991, p. 3 apud BESSA, 2006, p. 91). Por essa razão, conclui que o instituto é “hipótese de condenação judicial em valor pecuniário com função punitiva em face da ofensa a direitos difusos e coletivos” (BESSA, 2006, p. 106).

Importante destacar que o caráter punitivo da condenação está intimamente ligado à função repressiva, uma vez que, além de punir o ofensor pelo dano causado, ainda o reprime, de forma a prevenir e precaver a sua reincidência. A função de desestímulo à reiteração da conduta é patente pela conformação compensatória (para a coletividade) e punitiva/sancionatória (para o ofensor).

Ademais, quando se defendem interesses e direitos transindividuais, a resposta estatal não pode ser débil, sem força dissuasiva alguma. Deve, sim, ser suficiente para inibir novas condutas delitivas, conside-

rados a gravidade do ilícito e o proveito obtido pelo autor com a sua prática. Deve constituir fator de desestímulo para o violador da lei e para quem pretender imitar sua conduta.

Portanto, reveste-se de caráter pedagógico a condenação em danos extrapatrimoniais coletivos, que se relaciona diretamente com a função punitiva, a ponto de diversos autores intitularem-na de função *punitivo-pedagógica*. Utiliza-se a punição do ofensor não só para desestimulá-lo a repetir o injusto mas também para que toda a sociedade aprenda com o ocorrido e passe a prevenir os possíveis danos.

É o que se pode chamar de função dissuasória, importante aspecto a ser considerado no momento da quantificação do montante reparatório.

3.2 Quantificação dos valores condenatórios

O valor da *indenização* (*rectius*: compensação em dinheiro) a ser arbitrado pelo juiz a título de condenação por danos extrapatrimoniais coletivos deve, como qualquer arbitragem de numerário, obedecer aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, tendo como norte a equidade e o bom-senso.

Bem assevera Amaury Rodrigues Pinto Júnior que o *quantum* deve ser imponente o bastante para desestimular economicamente a repetição ou imitação do ato iníquo, mas sem a pretensão de aniquilar o ofensor. Daí a inquestionável relevância da função dissuasória na responsabilização por dano extrapatrimonial coletivo (PINTO JÚNIOR, 2013, p. 95).

Em clássico estudo, André de Carvalho Ramos (1998, p. 85-86) leciona que um valor considerado excessivamente elevado para o caso concreto deve ser visto como razoável, para alertar, não só ao causador do dano, mas a todos os demais causadores potenciais do mesmo dano, que tais comportamentos são inadmissíveis perante o Direito. Cabe, pois, ao magistrado estimar o valor da reparação de ordem moral, adotando os critérios da razoabilidade, proporcionalidade e, principalmente, o fator de desestímulo que a compensação monetária arbitrada por dano moral acarreta.

Na prática, não é simples o arbitramento de valor suficiente e necessário para cumprir a função punitiva e dissuasória da reparação por dano extrapatrimonial coletivo. Por mais que o juiz tente apoiar a sua decisão em critérios objetivos e seguros de quantificação, em se tratando de dano extrapatrimonial (individual ou coletivo), ao contrário do que ocorre com o dano material, é tarefa árdua estabelecer o *quantum* condenatório, o que indubitavelmente abre espaço para decisões bastante diferentes em casos semelhantes.

Na busca por critérios que confirmem, ainda que minimamente, contornos objetivos para a quantificação da reparação por dano extrapatrimonial coletivo, Medeiros Neto (2012, p. 208-209) relaciona os seguintes aspectos a serem considerados:

(I) a natureza, a gravidade e a *repercussão da lesão*; (II) a *situação econômica do ofensor*; (III) o *proveito obtido* com a conduta ilícita; (IV) o grau da *culpa ou do dolo, se presentes*, e a verificação da *reincidência*; (V) o grau de *reprovabilidade social da conduta* adotada [grifo nosso].

Mesmo que os critérios acima enumerados não sejam perfeitos, certamente são úteis para nortear o arbitramento do valor da compensação por dano extrapatrimonial coletivo.

Sublinhe-se, por fim, que nunca deixará de existir o risco de haver discrepância entre os valores arbitrados pelos diferentes órgãos judiciais, em casos idênticos ou homólogos. Entretanto, essa circunstância não é alheia à racionalidade e à abertura norteada pelo princípio da equidade, que caracteriza o procedimento de quantificação dos danos morais. Especialmente no campo dos danos extrapatrimoniais coletivos, a possibilidade de arbitragens não padronizadas não apresenta relevância suficiente a gerar insegurança jurídica ou mesmo deslegitimar essa forma de procedimento previsto em lei (MEDEIROS NETO, 2012, p. 302).

3.3 Destinação dos valores

A impossibilidade e inviabilidade de reparação direta aos integrantes individualizados de uma dada coletividade ofendida levam à necessidade de criação de fundos gestores dos valores arrecadados

por violação a direitos difusos e coletivos em sentido estrito. Como o dano extrapatrimonial coletivo advém de lesão a um valor caro à sociedade, natural que os valores recolhidos a título de compensação pecuniária componham um fundo próprio destinado à recomposição do patrimônio lesado.

A doutrina reconhece tratar-se de fundo fluido, assemelhado ao *fluid recovery* do Direito estadunidense, que admite certa flexibilidade na utilização dos recursos, desde que utilizados em finalidade compatível com a causa (COSTA, 2009, p. 78).

A Lei n. 7.347/1985 dispõe no art. 13 que o montante decorrente de eventual condenação judicial por ofensa a interesses coletivos e difusos será destinado a fundo específico, com participação do Ministério Público em sua gerência.

Atualmente, existe o Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), que “tem por finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos”⁵.

Existem alguns fundos específicos, voltados a determinadas coletividades. É o caso de alguns fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor bem como dos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente, previstos, respectivamente, no Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por ser cada vez mais comum o arbitramento de valores em dinheiro decorrentes de dano extrapatrimonial coletivo, existe premente necessidade de que esses fundos cumpram sua finalidade. Para isso, imprescindível uma efetiva fiscalização por parte do poder estatal, com especial destaque para o papel constitucional do Ministério Público.

5 Literalidade do art. 1º, § 1º, da Lei n. 9.008/1995 e do art. 1º do Decreto Federal n. 1.306/1994.

Fundamental que se assegure que o montante arbitrado seja utilizado para a recuperação dos valores da comunidade lesionados, em prestígio à função compensatória dos valores condenatórios por danos ao patrimônio imaterial da sociedade.

Diga-se, por fim, que, mesmo com a existência de tais fundos, possível conferir outra destinação social aos valores condenatórios, devendo-se observar a reversão do montante em benefício dos membros da coletividade afetada pelas lesões de cunho extrapatrimonial.

4 A ação civil pública como via legítima para a compensação pecuniária por dano extrapatrimonial coletivo

Como abordado nos pontos introdutórios deste estudo, o processo coletivo desenvolve-se atualmente sob o já comentado manto da conformação constitucional do processo e também sob o viés do formalismo-valorativo – que transcende a visão meramente instrumental do processo, emprestando a ele um caráter de meio de efetivação das normas constitucionais. Nesse cenário, é cediço que o caráter individualista do Código de Processo Civil torna-o insuficiente para suprir as crescentes demandas de massa da atual sociedade. Instrumentos como a ação popular e o mandado de segurança coletivo já deram um novo contorno coletivo à legislação civil e processual civil, individualista por natureza. Todavia, nenhum instrumento de defesa judicial dos direitos coletivos em sentido amplo mostra-se mais eficaz que a ação civil pública (ACP), manejada principalmente pelo Ministério Público.

Antes da edição da Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública – LACP), a defesa dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* era feita somente por intermédio de sanções penais e administrativas. Ainda hoje o Código Penal brasileiro mantém dispositivos voltados para a defesa do patrimônio histórico, arqueológico e turístico (arts. 165 e 166), da saúde pública (arts. 270 e 271) e da organização do trabalho (arts. 197 a 207), exemplos de defesa, na esfera penal, de direitos e interesses coletivos *lato sensu*.

Ainda, várias leis penais extravagantes surgiram para a promoção da responsabilização penal, por exemplo, por crimes ambientais, notadamente a Lei n. 9.605/1998.

A par da evolução da legislação criminal, a LACP foi marco da legislação processual civil de proteção e defesa judicial dos direitos metaindividuais da sociedade, com importante foco na reparação ou compensação do dano. Apresenta-se, pois, como a via processual mais adequada para a postulação de compensação em dinheiro pela ocorrência de danos não patrimoniais ao patrimônio ideal da coletividade.

O art. 5º da Lei da Ação Civil Pública enumera os legitimados ativos à ação coletiva, sobressaindo-se, sem dúvidas, o Ministério Público como principal substituto processual na defesa judicial dos interesses metaindividuais. Frise-se que, além de ser o principal legitimado ativo para o ajuizamento de ação civil pública, exsurge também seu papel de órgão fiscal da lei nesse tipo de ação (§ 1º do art. 5º), atuação conhecida como *custos legis*.

Em sede constitucional, ao *Parquet* foi conferida legitimidade para mover ação civil pública para tutelar interesses difusos e coletivos – *em sentido estrito* – (art. 129, III), ferramenta de defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127). O texto constitucional ainda autorizou que lei disciplinasse outras funções a serem exercidas pelo Ministério Público.

Destarte, por expressa autorização da Carta Política, não há como afastar a legitimidade do Ministério Público para defender em juízo também os interesses individuais homogêneos, espécie acidental de interesse transindividual, na esteira do que disciplina o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor.

Diga-se que a Lei n. 7.347/1985 cuidava, em sua redação original, apenas dos direitos *difuso* e *coletivo*. A tutela dos interesses individuais homogêneos foi instituída no Brasil pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), sob a inspiração das *class actions for damages* do direito dos Estados Unidos.

Aqui vale uma breve digressão histórica. A ação civil pública deita suas raízes históricas nas *representative actions* do direito inglês e nas *class actions for damages* do direito estadunidense, ambas inspiradas no *Bill of Peace*, prática da Corte Inglesa nos séculos XVII e XVIII para resolver disputas entre múltiplas partes, agrupadas a partir de aspectos em comum, com aplicação preferencial da equidade à lei. No século XIX, na França, havia a previsão de o Ministério Público propor ação coletiva, atuar como parte principal ou como fiscal da lei sempre que houvesse interesse público.

Na Espanha, em 1870, havia a mesma previsão, também presente posteriormente no direito italiano e no português. No Brasil, decreto de 1892 do Estado de São Paulo legitimava o Ministério Público a propor medidas de interesse da Fazenda Pública. Outro decreto de São Paulo, editado em 1904, legitimava a defesa de órfãos, interditados, ausentes e índios. Os Estados da Bahia e Rio Grande do Sul também tinham previsões semelhantes (FERRAZ, 1984 apud BAZILONI, 2012, p. 556).

Entretanto, é somente na década de 1970 que o estudo dos direitos coletivos *lato sensu* toma maior vulto, primeiramente na Itália, com Denti, Cappelletti, Proto Pisani, Vigoriti e Trocker, e em seguida no Brasil, principalmente com José Carlos Barbosa Moreira, Ada Pellegrini Grinover e Waldemar Mariz de Oliveira Junior.

A década seguinte colocou o Brasil na vanguarda da regulamentação legislativa das ações coletivas entre os países de direito escrito. Exatamente naquela década, o legislador editou a Lei da Ação Civil Pública – Lei n. 7.347/1985 –, criando um instrumento processual de proteção dos interesses das minorias débeis e da maioria difusa. A LACP vem sendo alterada ao longo de sua vigência, inclusive – e principalmente – pelo CDC, que promoveu importantes acréscimos a essa lei.

Atualmente, a ação civil pública comporta qualquer espécie de tutela jurisdicional. O art. 3º da Lei n. 7.347/1985 dispõe que “a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”, sugerindo, em princípio, seu caráter exclusivamente condenatório.

Todavia, com o advento do CDC e sua absoluta integração com a LACP (art. 21), são possíveis pedidos de natureza constitutiva, declaratória, mandamental e executiva, por força dos termos do art. 83 do CDC: “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

Como visto, a LACP contém diversas regras de natureza processual, com o propósito de ser o instrumento adequado para levar ao Poder Judiciário pretensões supraindividuais. Nessa perspectiva, não há na Lei da Ação Civil Pública referência ao direito material do meio ambiente, do consumidor, da habitação e urbanismo, enfim, do patrimônio cultural de uma forma geral (FERRARESI, 2009, p. 203).

Logo no seu primeiro artigo, a LACP traz as matérias defendidas pela ação civil pública: I) meio-ambiente; II) consumidor; III) bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV) qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V) infração da ordem econômica; e VI) ordem urbanística.

Diga-se que o rol extraído dos incisos I a III, V e VI do art. 1º da LACP é exemplificativo, aberto, em razão do inciso IV, que permite a defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo. Ainda, a conjugação do *caput* do art. 1º com o inciso IV traz a previsão de *responsabilização por dano moral (rectius: extrapatrimonial) decorrente de qualquer lesão a interesse difuso ou coletivo* (certamente também os interesses individuais homogêneos).

É nessa esteira que se conclui ser a Lei da Ação Civil Pública um diploma de direito processual que tutela o mais amplo espectro de lesões de natureza metaindividual, nos precisos contornos conferidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

Além do mais, após algumas alterações em seu texto, a LACP tornou possível a condenação em dinheiro (art. 3º) por dano extrapatrimonial coletivo (art. 1º) pela via da ação civil pública, o que representou grande avanço no ordenamento de direito processual coletivo e constituiu importante ferramenta para a adequada defesa do patrimônio imaterial da sociedade.

5 Conclusão

Não paira qualquer dúvida acerca da possibilidade de se arbitrar judicialmente quantia em pecúnia como compensação por dano extrapatrimonial coletivo, notadamente por meio da ação civil pública.

A adequada tutela dos interesses transindividuais, capitaneada pelo Ministério Público, constitui imperativo para a promoção dos direitos fundamentais de natureza coletiva. A reparação por danos não patrimoniais à coletividade merece cada vez mais ser prestigiada pelo nosso Poder Judiciário, de modo a não mais permitir, e severamente punir, as injustas e intoleráveis lesões ao patrimônio cultural da sociedade.

O desapego de concepções eminentemente individualistas e patrimoniais – tradicionais, pois – é a ordem do dia na lide processual das ações coletivas. O campo para isso está ávido por ser semeado; o caminho já está sendo trilhado por nossas cortes superiores.

O reconhecimento do dano extrapatrimonial (e não *moral*, pois terminologicamente e epistemologicamente inadequado) coletivo e da sua consequente e necessária compensação possibilita uma proteção mais efetiva dos direitos coletivos *lato sensu*, em prol dos indivíduos e das coletividades, na busca do equilíbrio, da paz e do bem-estar social. Ao assim proceder, o Estado-Juiz protege e concretiza o princípio da dignidade da pessoa humana na esfera dos direitos metaindividuais.

Tem-se como resultado dessa atividade jurisdicional repressiva, consubstanciada no ativismo judicial, os efeitos almejados pela lei, quais sejam, prevenir (função dissuasória) e combater (função punitiva) a ofensa a direitos transindividuais, considerando seu caráter extrapatrimonial e inerente relevância social – exatamente a função do instituto do dano extrapatrimonial coletivo.

A ofensa aos valores e bens mais elevados do agrupamento social constitui uma das formas de alicerçar o Estado Democrático de Direito.

Não pode ser outro o caminho a ser percorrido pelo Poder Judiciário, com incessante atuação do Ministério Público: a efetiva reparação dos danos extrapatrimoniais coletivos, mormente pelo

manejo da ação civil pública, mediante adequada sanção ao ofensor representada por condenação de pagar quantia em dinheiro, de maneira a desestimular e prevenir novas lesões.

Referências

BAZILONI, Nilton Luiz de Freitas. A extensão do dano como critério identificador da competência nas ações coletivas. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; ARAÚJO, José Henrique Mouta; MAZZEI, Rodrigo (Orgs.). *Tutela jurisdicional coletiva*. 2ª série. Salvador: Juspodivm, 2012.

BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo RT, v. 59, jul./set. 2006.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. O acesso à justiça como direito humano e fundamental. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; ARAÚJO, José Henrique Mouta; MAZZEI, Rodrigo (Orgs.). *Tutela jurisdicional coletiva*, 2ª série. Salvador: Juspodivm, 2012.

COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Dano moral (extrapatrimonial) coletivo: leitura constitucional, civil e trabalhista: estudo jurisprudencial*. São Paulo: LTr, 2009.

DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de processo coletivo: contém jurisprudência temática e índice alfabético de assuntos*. São Paulo: Atlas, 2010.

FERRARESI, Eurico. *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LUCAS, Doglas Cesar. A jurisdição entre crises e desafios. *Revista Direito em Debate* (Revistas Eletrônicas Unijuí), n. 21, v. 13, 2004. Disponível

em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoem-debate/article/view/721/443>>. Acesso em: 2 abr. 2014.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2012.

_____. O dano moral coletivo e o valor da sua reparação. *Revista do TST*, Brasília, v. 78, n. 4, out./dez. 2012.

PINTO JÚNIOR, Amaury Rodrigues. A função social dissuasória da indenização por dano moral coletivo e sua incompatibilidade com a responsabilidade civil objetiva. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região*, Campo Grande, n. 18, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. A ação civil pública e o dano moral coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 25, jan./mar. 1998.