

UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO

FLÁVIO HENRIQUE FALCÃO ARAÚJO

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO NECESSÁRIO À EFETIVA
COMPENSAÇÃO MORAL POR DANOS À COLETIVIDADE NO DIREITO DO
CONSUMIDOR

Três Rios

2015

FLÁVIO HENRIQUE FALCÃO ARAÚJO

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO NECESSÁRIO À EFETIVA
COMPENSAÇÃO MORAL POR DANOS À COLETIVIDADE NO DIREITO DO
CONSUMIDOR

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, em curso de graduação oferecido pela Universidade Federal Rural do Estado do Rio de Janeiro, Instituto Três Rios.

Orientadora: Fernanda Gomes Ladeira Machado

Três Rios

2015

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Flávio Henrique Falcão Araújo

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO NECESSÁRIO À EFETIVA
COMPENSAÇÃO MORAL POR DANOS À COLETIVIDADE NO DIREITO DO
CONSUMIDOR

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, em curso de graduação oferecido pela Universidade Federal Rural do Estado do Rio de Janeiro, campus Instituto Três Rios.

Orientadora: Fernanda Gomes Ladeira Machado

Aprovado em: _____

Banca examinadora: _____

Prof^a Ms. Fernanda Gomes Ladeira Machado – Professor Orientador

Prof. Esp. Eduardo César Schröder e Braga – Membro da ENDC – Ministério da
Justiça – Professor Convidado

Professor Convidado

Dedico este trabalho a todos que me acompanharem até aqui, sustentando-me em suas orações e pensamentos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pela sua infinita misericórdia, pelas bênçãos infindas. A Ele toda honra e glória. À minha família pela compreensão, paciência e amor incondicionais mesmo quando estive à beira de um colapso nervoso. À Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios, por ser instrumento de acesso à educação de qualidade. Aos meus colegas de estágio no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – Núcleo de Tutela Coletiva de Três Rios e no Juizado Especial Adjunto Cível da Comarca de Paraíba do Sul pelo aprendizado aplicado à realidade. À Professora Fernanda, por tudo aquilo que culminou nesses escritos.

Esforça-te e tem bom ânimo; Não pases nem te espantes porque o Senhor teu Deus é contigo por onde quer que andares.

Josué 1.9.

RESUMO

FALCÃO ARAÚJO, Flávio Henrique. *A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO NECESSÁRIO À EFETIVA COMPENSAÇÃO MORAL POR DANOS À COLETIVIDADE NO DIREITO DO CONSUMIDOR*. 46 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Três Rios, 2015.

Este trabalho visa demonstrar, em apertada síntese, a Ação Civil Pública como um dos mecanismos salutares à prevenção e coibição da banalização do instituto do dano moral aplicado na seara consumerista, através das análises doutrinária e jurisprudencial acerca do dano moral, da figura do consumidor como detentor do direito à compensação por danos morais e, ainda, dos interesses e direitos metaindividuais aplicados no âmbito do direito do consumidor.

Palavras-chave: Ação Civil Pública. Dano Moral Coletivo. Direito do Consumidor. Lei de Ação Civil Pública. Código de Defesa do Consumidor.

ABSTRACT

FALCÃO ARAÚJO, Flávio Henrique. THE PUBLIC CIVIL ACTION HOW TO THE NECESSARY INSTRUMENT FOR THE EFFECTIVE COMPENSATION FOR MORAL DAMAGES IN COLLECTIVE CONSUMER LAW. 46 f. Monograph (Law Degree) – Law College, Federal University of Rio de Janeiro, Três Rios, 2015.

This work discusses, in brief summary, the Public Civil Action as one of the salutary mechanisms to prevention and deterrence of trivialization of the moral damage institute applied to the consumerist harvest, through the doctrinal and jurisprudential analysis on the moral damage, consumer figure as holder of the right to compensation for moral damages, and also the interests and rights metaindividual applied under consumer law.

Key words: Pubic Civil Action. Collective Moral Damage. Consumer Right, Public Civil Action Law. Consumer Protection Code.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

SIGLA	SIGNIFICADO
CDC	Código de Defesa do Consumidor
ACP	Ação Civil Pública
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
STJ	Superior Tribunal de Justiça
LACP	Lei de Ação Civil Pública

INTRODUÇÃO.....	12
1. O CONSUMIDOR COMO SUJEITO DO DIREITO À COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS.....	14
1.1 Conceitos introdutórios sobre consumidor.....	14
1.2 Aspectos gerais sobre dano moral.....	19
1.3 Dano moral coletivo.....	24
2. A TUTELA DOS INTERESSES E DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS NA SEARA CONSUMERISTA.....	28
2.1 Aspectos gerais.....	28
2.2 A tutela dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos na seara consumerista.....	33
2.3 Titularidade do direito metaindividual e legitimidade ad causam para a propositura da ação civil pública.....	35
3. A NECESSIDADE DE MAIOR EFETIVAÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO PROCESSUAL SALUTAR À GARANTIA DA COMPENSAÇÃO MORAL POR DANOS CAUSADOS À COLETIVIDADE NO ÂMBITO CONSUMERISTA.....	38
CONCLUSÃO.....	46
BIBLIOGRAFIA.....	47
DOCUMENTOS ELETRÔNICOS.....	49

INTRODUÇÃO

Há uma tendência moderna para o fortalecimento dos direitos ditos coletivos, porquanto, partindo-se da premissa que, se houver ações preventivas no plano da coletividade, poder-se-ia promover a prevenção dos danos individuais. Podemos afirmar que caminhamos para a promoção de medidas que visem muito mais o coletivo do que o individual.

A importância das ações coletivas, notadamente de que tratam o Código de Defesa do Consumidor, pode ser medida pelos próprios valores que se busca proteger, tais como: a saúde, a segurança, a qualidade e quantidade prometida, veracidade na oferta e na publicidade, proscricção de cláusulas abusivas em contratos, dentre outras.

Prescreve o Código de Defesa do Consumidor, "*a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos*" (Lei 8.078/90, art. 6º, VI). De semelhante modo, o inciso VII do respectivo artigo, ao assegurar o direito aos consumidores o direito de acesso aos órgãos judiciários e administrativos, visando à prevenção ou reparação de danos, demonstra estar tratando de "*danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos*".

Não se pode olvidar, ainda, que o Código do Consumidor, no título em que trata da defesa do consumidor em juízo, dedica um capítulo às ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos (arts. 91-100) e outro sobre a coisa julgada, onde trata dos efeitos da sentença tão somente com relação às ações coletivas (arts. 103 e 104), além de ter inserido diversos comandos na Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) para adequá-la à legislação consumerista.

Destarte, é de se concluir que, embora a matéria sobre danos morais coletivos seja tratada como novidade, a bem da verdade tal matéria foi expressamente prevista na legislação consumerista desde 1990, não devendo ser tratada como algo tão novo assim.

A ideia central do trabalho é verificar, do ponto de vista metodológico, partindo-se de uma análise da doutrina pátria e dos entendimentos jurisprudenciais exarados ao longo dos últimos anos, se a condenação à compensação por danos morais coletivos poderá vir a ser um importante e eficaz instrumento para coibir as ações dos grandes conglomerados que, diuturnamente, agridem e afrontam os

interesses dos consumidores, lançando mão de medidas que impliquem fraude ou lesão aos interesses transindividuais. Não se pode negar que diversas atitudes provindas dos fornecedores podem vir a caracterizar o dano moral coletivo, ensejador da indenização que deverá ficar ao prudente arbítrio do juiz, o qual deverá, ponderando o grau de culpa do ofensor e o bem lesado, aplicar uma pena pecuniária que pautar-se pela prudência e severidade de tal sorte a não ser nem tão grande que signifique a ruína do infrator, nem tão pequena que avilte a sociedade.

Para tanto, além desta introdução, o trabalho será desenvolvido em quatro capítulos. No primeiro capítulo serão enfocadas as características básicas do consumidor e do instituto do dano moral em sentido amplo para então adentrar nos aspectos específicos do dano moral coletivo, culminando na correlação entre o consumidor como sujeito de direito à compensação por danos morais quando da lesão a direito decorrente de um negócio jurídico.

Em seguida, no capítulo dois, delinear-se-ão as características basilares dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos e os principais tópicos da Lei de Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985, como meio de instrumentalização de tais garantias.

No terceiro capítulo remata-se a questão acerca da necessidade de se potencializar a utilização da ação civil pública como meio de prevenção e coibição da massificação das demandas individuais no âmbito consumerista e, ainda, de modo a exortar à prestação de serviços de modo assaz.

1. O CONSUMIDOR COMO SUJEITO DO DIREITO À COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS

1.1. CONCEITOS INTRODUTÓRIOS SOBRE DIREITO DO CONSUMIDOR

A necessidade de proteção aos interesses do consumidor seja como indivíduo, seja como categoria detentora de direitos, não é discussão recente. Na história recente do Brasil, no período pós-guerra, foram criadas diversas leis regulando aspectos de consumo. Dentre essas leis pode-se citar a Lei 1221/51, lei de economia popular, a Lei Delegada n.º 4/62, a Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1 de 1969 que citam a defesa do consumidor.

Mas é com a Constituição Federal de 1988, que se reconheceu um novo sujeito de direitos, o consumidor, individual e coletivo, assegurando sua proteção tanto como direito fundamental, no art. 5º, XXXII, como princípio da ordem econômica nacional no art. 170, V, da Constituição da República Federativa do Brasil.

A atual Carta Magna pátria determina ao Estado promover a defesa ao consumidor, mas não define quem seria esse sujeito de direitos. Tal conceituação é encontrada a partir do Código de Defesa do Consumidor que traz, expressamente em seu texto, o conceito de consumidor no artigo 2º, e completa essa conceituação nos artigos 17 e 29.

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

Além da conceituação expressa no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, importante se faz, para uma melhor explicitação, tomarmos a definição

do termo consumidor também a partir do que entende Maria Helena Diniz, em seu Dicionário Jurídico, temos a seguinte definição:

1. Pessoa física ou jurídica que adquire ou usa produto ou serviço como destinatário final. 2. Coletividade de pessoas que intervêm numa relação de consumo. 3. Aquele que consome. 4. O que compra produtos para uso próprio, sem intenção de revendê-los para obter lucro¹.

Assim, pode-se determinar que o consumidor poderá ser uma pessoa física, uma pessoa jurídica ou, até mesmo, por meio de equiparação, a coletividade de pessoas, independente de serem determináveis ou não, que adquirem ou utilizam produtos ou serviços, para o seu próprio benefício ou de outrem.

A Lei 8.078 de 1990 revolucionou as relações jurídicas na área do consumo, tornando-se um instrumento efetivo de defesa do consumidor. Essa legislação especial veio neutralizar as relações de consumo afastando o desequilíbrio, que o peso do poder econômico provocava naquelas relações jurídicas.

O Direito do Consumidor, assim, se consolidou como um direito especializado instituindo um subsistema jurídico englobado normas de todas as áreas do direito. Esse representou um marco substancial na ordem jurídica nacional, em especial pela adoção de institutos reconhecidamente inovadores no direito brasileiro, como a responsabilidade objetiva do fornecedor, a desconsideração da personalidade jurídica, a inversão do ônus da prova e a responsabilidade dos agentes publicitários, dentre outras inovações.

Esse estatuto, como uma lei superestrutura jurídica, se impõe sobre as demais que com ele coabitam ou conflitam, pois cuida-se de normas de ordem pública e interesse social. Assim, a responsabilidade civil e do campo obrigacional dessa área deixaram de ser de ordem privada atendendo, assim, os preceitos constitucionais que fundamentam a criação do código consumerista. Deixou de existir, com isso, a disponibilidade de direitos, dado o cunho social deste ordenamento.

¹ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 818. Volume 1

O código consumerista estabeleceu uma série de políticas que visam desde a harmonização no mercado de consumo até a efetiva reparação de danos e educação dos sujeitos que atuam neste campo.

Não se pode olvidar que, ao tratar da explicação do conceito atribuído ao consumidor, a doutrina divergira quando se tratou de determinar quem, e em quais circunstâncias, seria o “destinatário final” explicitado no artigo segundo do CDC.

A saber, existem três correntes doutrinárias, cada uma com sua própria teoria, para definir a conceituação de consumidor: a finalista, a maximalista e a mista.

Pela teoria maximalista, o destinatário final seria toda e qualquer pessoa física ou jurídica que retira o produto ou o serviço do mercado e o utiliza como destinatário final.

Para Cláudia Lima Marques:

Nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não-profissional. O CDC seria um código geral sobre o consumo, um código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2.º deve ser interpretada o mais extensamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado. Consideram que a definição do art. 2.º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço. Destinatário final seria o *destinatário fático* do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, consome, por exemplo, a fábrica de toalhas que compra algodão para reutilizar e a destrói. Segundo esta teoria maximalista, a pergunta da vulnerabilidade *in concreto* não seria importante. Defende que, diante de métodos contratuais massificados, como o uso de contratos de adesão, todo e qualquer co-contratante seria considerado vulnerável².

Para a teoria mista ou finalista temperada/aprofundada, destinatário final seria aquela pessoa que adquire o produto ou o serviço para o uso privado, porém, admitindo-se esta utilização em atividade de produção, com a finalidade de desenvolver atividade comercial ou profissional, desde que seja provada a

² MARQUES, Claudia Lima in BENJAMIN, Antônio Herman V. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 71.

vulnerabilidade desta pessoa física ou jurídica que está adquirindo o produto ou contratando o serviço.

Mais uma vez, Cláudia Lima Marques:

“Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de expertise ou com uma utilização mista, principalmente na área dos serviços, provada a vulnerabilidade, concluiu-se pela destinação final de consumo prevalente. Esta nova linha, em especial do STJ, tem utilizado, sob o critério finalista e subjetivo, expressamente a equiparação do art. 29 do CDC, em se tratando de pessoa jurídica que comprove ser vulnerável e atue fora do âmbito de sua especialidade, como hotel que compra gás. Isso porque o CDC conhece outras definições de consumidor. O conceito-chave é o da vulnerabilidade³.

Entretanto, segundo o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em regra, somente pode ser considerado consumidor, para fins de aplicação do CDC, o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. Com isso, em regra, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço.

Embora seja consagrado o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência do STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor desse critério para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e sociedades empresárias em que, mesmo a sociedade empresária utilizando os bens ou serviços para suas atividades econômicas, fique evidenciado que ela apresenta vulnerabilidade frente ao fornecedor. Diz-se que isso é a teoria finalista mitigada, abrandada ou aprofundada.

Em regra, a jurisprudência do STJ, afirma que o art. 2º deve ser interpretado de forma restritiva e que deve ser considerado destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica.

Com isso, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e

³ MARQUES, Claudia Lima in BENJAMIN, Antônio Herman V. *Ibidem*. p. 73

distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço.

Para ser considerada uma relação de consumo, o bem ou serviço não pode ter sido adquirido com finalidade lucrativa ou para integrar a cadeia de produção (atividade comercial).

Vale ressaltar, na possibilidade de se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica, mesmo sem ter adquirido o produto ou serviço como destinatária final, poderá ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade.

Tais vulnerabilidades, segundo Ministra do STJ Nancy Andrighi (REsp 1.195.642-RJ), consistem em quatro espécies: a) técnica; b) jurídica; c) fática; d) informacional. Vejamos:

Significa a ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço por parte do adquirente. A vulnerabilidade técnica é presumida no caso do consumidor não-profissional (ex: uma família que adquire uma geladeira). O consumidor profissional pode, excepcionalmente, ser considerado tecnicamente vulnerável nas hipóteses em que o produto ou serviço adquirido não tiver relação com a sua formação, competência ou área de atuação. Ex: uma escola de idiomas que contrata uma empresa para o desenvolvimento e instalação de um sistema de informática. A vulnerabilidade jurídica ou científica pressupõe falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico. A vulnerabilidade jurídica é presumida no caso do consumidor não-profissional. Por outro lado, se a pessoa que adquiriu o produto ou serviço for profissional ou uma pessoa jurídica, a presunção é de que não é vulnerável juridicamente, uma vez que pratica os atos de consumo ciente da respectiva repercussão jurídica, contábil e econômica, seja por sua própria formação (no caso dos profissionais), seja pelo fato de, na consecução de suas atividades, contar com a assistência de advogados, contadores e/ou economistas (no caso das pessoas jurídicas). Obviamente, essa pessoa poderá provar que, no caso concreto, ela era vulnerável juridicamente. A vulnerabilidade fática ou socioeconômica abrange situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em desigualdade frente ao fornecedor. Trata-se de uma nova categoria, antes enquadrada como vulnerabilidade técnica. A vulnerabilidade informacional ocorre quando o consumidor não detém as informações suficientes para realizar o processo decisório de aquisição ou não do produto ou serviço⁴.

⁴ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Principais julgados do STF e STJ comentados-2012. Ed. Dizer o Direito, Manaus, 2013.

De qualquer modo, a questão da prevenção de danos está direcionada principalmente às empresas fornecedoras de produtos e serviços, que devem tomar atitudes concretas para evitar a ocorrência de danos ao consumidor. Da mesma forma, o Poder Público também tem sua cota de responsabilidade, na medida em que, exercendo seu papel fiscalizador pode evitar danos principalmente à saúde dos consumidores, hipótese de maior incidência na fabricação de medicamentos e de produtos alimentícios.

Mas se de alguma maneira falham tais medidas e venha a ocorrer, principalmente, dano moral ao consumidor (ou consumidores), haverá lugar para sua integral compensação, sendo colocado à sua disposição mecanismos processuais eficazes a fim de efetivar seu direito, mais notadamente as ações coletivas (leia-se Ação Civil Pública, para fins deste estudo) para a tutela dos interesses difusos, dos interesses coletivos e dos interesses individuais homogêneos.

1.2. ASPECTOS GERAIS SOBRE DANO MORAL

Existem inúmeras definições na doutrina pátria para o dano moral. A Constituição Federal, em seu art. 5º, incisos V e X assegura, qualificando de fundamental, “o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” e taxa de invioláveis “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona o conceituam como “lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro”⁵ Maria Helena Diniz assevera o dano moral como “a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo ato lesivo”. (DINIZ, 2003, p. 84).

Carlos Roberto Gonçalves, ao conceituar o dano moral, informa que:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e

⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil — Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.3. P. 555

que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação⁶.

Outra corrente conceitua dano moral como o efeito da lesão, e não a lesão em si, como é o caso de Yussef Said Cahali que assim o conceitua:

Dano moral, portanto, é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja dor física – dor-sensação, como a denominada Carpenter – nascida de uma lesão material; seja a dor moral – dor-sentimento, de causa imaterial⁷.

Em primeira análise é possível considerar que o dano moral está vinculado à dor, angústia, sofrimento e tristeza. Todavia, atualmente não é mais cabível restringir o dano moral a estes elementos, uma vez que ele se estende a todos os bens personalíssimos.

Para Carlos Alberto Bittar, os danos morais *se traduzem em turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis ou constrangedoras, ou outras desse nível, produzidas na esfera do lesado* (BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004).

Há uma nítida distinção entre os danos moral e material. Todavia, ao contrário do que se possa imaginar, a principal característica distintiva entre os dois não é a natureza da lesão, o que ocasionou tal ofensa, mas sim os efeitos daquela lesão, a repercussão que esta teve sobre o ofendido e seus bens tutelados. Enquanto no dano material há uma diminuição patrimonial e, comprovados os danos, há que se ressarcir a perda, recompondo o *status quo* patrimonial do ofendido, no dano moral, essencialmente extrapatrimonial, imaterial, a grande questão é a determinação do quantum indenizatório, haja vista ser indeterminável pecuniariamente.

A utilização da expressão dano moral é discutida por parte da doutrina. Isto porque ela não seria tecnicamente adequada para qualificar todas as formas de prejuízo não fixável pecuniariamente. Para estes doutrinadores, como Sergio

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto, *Responsabilidade Civil*. 2ª. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 92

⁷ CAHALI, Yussef Said, *Dano Moral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Cavaliéri, seria mais adequado utilizar a expressão dano imaterial ou ainda dano extrapatrimonial.

É a posição de Sergio Cavaliéri, para quem:

“o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade. Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser consequências, e não causas. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, a reação psíquica da vítima só pode ser considerada dano moral quando tiver por causa uma agressão à sua dignidade.

Com essa ideia, abre-se espaço para o reconhecimento do dano moral em relação a várias situações nas quais a vítima não é passível de detrimento anímico, como se dá com doentes mentais, as pessoas em estado vegetativo ou comatoso, crianças de tenra idade e outras situações tormentosas. Por mais pobre e humilde que seja uma pessoa, ainda que completamente destituída de formação cultural e bens materiais, por mais deplorável que seja seu estado biopsicológico, ainda que destituída de consciência, enquanto ser humano será detentora de um conjunto de bens integrantes de sua personalidade, mais precioso que o patrimônio. É a dignidade humana, que não é privilégio apenas dos ricos, cultos ou poderosos, que deve ser por todos respeitada. Os bens que integram a personalidade constituem valores distintos dos bens patrimoniais, cuja agressão resulta no que se convencionou chamar dano moral.”⁸

O Superior Tribunal de Justiça aderiu à corrente supramencionada e concluiu que é possível o dano moral se caracterizar pela simples ofensa a determinados direitos ou interesses. O evento danoso não se revela na dor, no padecimento, que são, na verdade, consequências do dano, seu resultado. Assim preleciona a Ministra Eliana Calmon, em inédita decisão naquela Corte, promovendo um verdadeiro fulgor quanto à temática:

Não aceito a conclusão da 1ª Turma, por entender não ser essencial à caracterização do dano extrapatrimonial coletivo prova de que houve dor, sentimento, lesão psíquica, afetando "a parte sensitiva do ser humano, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas" (Clayton Reis, Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 236), "tudo aquilo que molesta a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado" (Yussef Said Cahali, Dano Moral,

⁸CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 79-80.

2ª ed., São Paulo: RT, 1998, p. 20, apud Clayton Reis, op. cit., p. 237)

(...)

Na doutrina, já há vários pronunciamentos pela pertinência e necessidade de reparação do dano moral coletivo. José Antônio Remédio, José Fernando Seifarth e José Júlio Lozano Júnior informam a evolução doutrinária: Diversos são os doutrinadores que sufragam a essência da existência e reparabilidade do dano moral coletivo: Limongi França sustenta que é possível afirmar a existência de dano moral "à coletividade, como sucederia na hipótese de se destruir algum elemento do seu patrimônio histórico ou cultural, sem que se deva excluir, de outra parte, o referente ao seu patrimônio ecológico".

(...)

Carlos Alerto Bittar Filho leciona: "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". Assim, tanto o dano moral coletivo indivisível (gerado por ofensa aos interesses difusos e coletivos de uma comunidade) como o divisível (gerado por ofensa aos interesses individuais homogêneos) ensejam reparação.

(...)

E não poderia ser diferente porque as relações jurídicas caminham para uma massificação e a lesão aos interesses de massa não podem ficar sem reparação, sob pena de criar-se litigiosidade contida que levará ao fracasso do Direito como forma de prevenir e reparar os conflitos sociais. A reparação civil segue em seu processo de evolução iniciado com a negação do direito à reparação do dano moral puro para a previsão de reparação de dano a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ao lado do já consagrado direito à reparação pelo dano moral sofrido pelo indivíduo e pela pessoa jurídica (cf. Súmula 227/STJ).

Com efeito, os direitos de personalidade manifestam-se como uma categoria histórica, por serem mutáveis no tempo e no espaço. O direito de personalidade é uma categoria que foi idealizada para satisfazer exigências da tutela da pessoa, que são determinadas pelas contínuas mutações das relações sociais, o que implica a sua conceituação como categoria apta a receber novas instâncias sociais. (cf. LEITE, José Rubens Morato. Dano Ambiental. do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 287). Como constata Xisto Tiago de Medeiros Neto: Dessa maneira, o alargamento da proteção jurídica à esfera moral ou extrapatrimonial dos indivíduos e também aos interesses de dimensão coletiva veio a significar destacado e necessário passo no processo de valorização e tutela dos direitos fundamentais. Tal evolução, sem dúvida, apresentou-se como resposta às modernas e imperativas demandas da cidadania. Ora, desde o último século que a compreensão da dignidade humana tem sido referida a novas e relevantíssimas projeções, concebendo-se o indivíduo em sua integralidade e plenitude, de modo a ensejar um sensível incremento no que tange às perspectivas de sua proteção jurídica no plano individual, e, também, na órbita coletiva. É inegável, pois, o reconhecimento e a expansão de novas esferas de proteção à pessoa humana, diante das realidades e interesses emergentes na

sociedade, que são acompanhadas de novas violações de direitos. (Dano moral coletivo. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 121).

O mesmo autor sintetiza os requisitos para configuração do dano moral coletivo: Em suma, pode-se elencar como pressupostos necessários à configuração do dano moral coletivo, de maneira a ensejar a sua respectiva reparação, (1) a conduta antijurídica (ação ou omissão) do agente, pessoa física ou jurídica; (2) a ofensa a interesses jurídicos fundamentais, de natureza extrapatrimonial, titularizados por uma determinada coletividade (comunidade, grupo, categoria ou classe de pessoas); (3) a intolerabilidade da ilicitude, diante da realidade apreendida e da sua repercussão social; (4) o nexo causal observado entre a conduta e o dano correspondente à violação do interesse coletivo (lato sensu). (idem, p. 136) O dano moral extrapatrimonial deve ser averiguado de acordo com as características próprias aos interesses difusos e coletivos, distanciando-se quanto aos caracteres próprios das pessoas físicas que compõem determinada coletividade ou grupo determinado ou indeterminado de pessoas, sem olvidar que é a confluência dos valores individuais que dão singularidade ao valor coletivo.

O dano moral extrapatrimonial atinge direitos de personalidade do grupo ou coletividade enquanto realidade massificada, que a cada dia mais reclama soluções jurídicas para sua proteção. É evidente que uma coletividade de índios pode sofrer ofensa à honra, à sua dignidade, à sua boa reputação, à sua história, costumes e tradições. Isso não importa exigir que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação tal qual fosse um indivíduo isolado. Estas decorrem do sentimento coletivo de participar de determinado grupo ou coletividade, relacionando a própria individualidade à idéia do coletivo.

Assim sendo, considero que a existência de dano extrapatrimonial coletivo pode ser examinado e mensurado, tendo-se em consideração os requisitos de configuração do dano moral individual. (STJ RECURSO ESPECIAL : REsp 1057274 RS 2008/0104498-1, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 01/12/2009, T2 - SEGUNDA TURMA).

E, ainda, consigna André Gustavo Andrade: *As mudanças no estado de alma do lesado, decorrentes do dano moral, não constituem, pois, o próprio dano, mas efeitos ou resultados do dano*⁹

Entretanto, há ainda na jurisprudência do STJ precedentes que visualizaram a configuração do dano moral, por violação a direito da personalidade, em relação a sujeitos cujo grau de discernimento é baixo ou inexistente e, naquelas

⁹ANDRADE, André Gustavo C. de. A evolução do conceito de dano moral. In *Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro*, 2008, P. 51.

decisões, o estado da pessoa não foi motivo suficiente ao afastamento do dano. É o caso, por exemplo, de crianças ou mesmo recém-nascidos:

(...) 5. Caracterização de dano extrapatrimonial para criança que tem frustrada a chance de ter suas células embrionárias colhidas e armazenadas para, se for preciso, no futuro, fazer uso em tratamento de saúde. 6. Arbitramento de indenização pelo dano extrapatrimonial sofrido pela criança prejudicada. (...) STJ. 3ª TURMA. RESP 1291247/RJ, REL. MIN. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, DJE 01/10/2014.

(...) As crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integridade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação, nos termos dos arts. 5º, X, in fine, da CF e 12, caput, do CC/02. - Mesmo quando o prejuízo impingido ao menor decorre de uma relação de consumo, o CDC, em seu art. 6º, VI, assegura a efetiva reparação do dano, sem fazer qualquer distinção quanto à condição do consumidor, notadamente sua idade. Ao contrário, o art. 7º da Lei nº 8.078/90 fixa o chamado diálogo de fontes, segundo o qual sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microsistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo. (...) STJ. 3ª TURMA. RESP 1037759/RJ, REL. MIN. NANCY ANDRIGHI, DJE 05/03/2010.

Por todo exposto, o que se vê, portanto, é que o dano moral (e sua consequente necessidade de compensação), constitui-se de forma ampla e irrestrita, inserido na categoria de direito fundamental, mantendo vínculo estreito com o princípio da dignidade da pessoa humana, ambos dispostos no texto constitucional.

1.3. DANO MORAL COLETIVO

O dano moral coletivo, de forma mais acentuada e inserida numa ótica constitucionalista, urge no seguinte contexto:

“A consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento deu lugar em seguida a que se buscasse outra dimensão dos direitos fundamentais, até então desconhecida. Trata-se daquela que se assenta sobre a fraternidade, conforme assinala Karel Vasak, e provida de uma latitude de sentido que não parece compreender

unicamente a proteção específica de direitos individuais ou coletivos”¹⁰.

O dano moral coletivo, vinculado aos chamados direitos de Terceira Geração/Dimensão, pode ser qualificado, em apertada síntese, como extrapatrimoniais, que atingem uma coletividade, sendo uma violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos, relacionado aos direitos e interesses difusos e coletivos de uma classe de indivíduos que, quando violado ensejará a sua reparação.

Ocorre que, ainda assim, tal conceito não é de todo sedimentado. O que se vê é que doutrina pátria tem se esforçado para definir adequadamente o dano moral coletivo. Neste aspecto o jurista Carlos Alberto Bittar Filho procurou defini-lo afirmando ser

A injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos”. Para ao depois arrematar: "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.¹¹

Exemplificando a questão André de Carvalho Ramos afirma,

Imagine-se o dano moral gerado por propaganda enganosa ou abusiva. O consumidor em potencial sente-se lesionado e vê aumentar seu sentimento de desconfiança na proteção legal do consumidor, bem como no seu sentimento de cidadania.¹²

Os tribunais pátrios, da análise do caso concreto, assim tem disposto:

DANOS MORAIS COLETIVOS. REPARAÇÃO DEVIDA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. É de ser mantida, na espécie, por seus

¹⁰BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 26ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2011. P. 571.

¹¹ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Dano Moral Coletivo. *Revista de Direito do Consumidor* nº 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 62, out.-dez. 1994.

¹² RAMOS, André de Carvalho. Ação Civil Pública e o Dano Moral Coletivo. *Revista de Direito do Consumidor* nº 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 80, jan.-mar. 1998.

próprios fundamentos, a sentença que impôs condenação à reparação de danos morais coletivos, sob a consideração seguinte: "O dano moral coletivo consiste na injusta e relevante lesão ocasionada a interesses ou direito, não materiais e sem equipolência econômica, porém concebidos e assimilados pelo ordenamento como valores e bens jurídicos titularizados pela coletividade. Em estreita análise, pode-se afirmar que consiste o dano em tela na violação a direitos metaindividuais, tão ocorrente na atual quadra em que se vivencia a sociedade de massas, com ações e repercussões em massa. Como se constata, o dano moral coletivo parte de uma perspectiva objetiva, não demandando evidência clara da dor ou sentimento análogo no corpo social, os quais, quando presentes, não passam da natural conseqüência da conduta antijurídica e desprestigiadora da ordem jurídica. Cuida-se, pois, de dano 'in re ipsa". Juiz Ney Fraga Filho. (TRT 3ª R. – RO 01602-2008-108-03-00-2 – REL. JUIZ CONV. FERNANDO LUIZ G. RIOS NETO – DEJT 06/12/2010 – P. 145.)

O dano moral coletivo encontra guarida em alguns dispositivos legais pulverizados em nosso ordenamento jurídico. O art. 225, parágrafo 3º, da Constituição Federal e o art. 14 da Lei nº 6.938/81, ao disporem acerca das condutas que venham a impingir de algum modo prejuízos ao meio ambiente, demonstram claramente a possibilidade de ressarcimento por estes. Sem prejuízo ao anterior, temos o parágrafo único do art. 927 do Código Civil bem como a Lei nº 8.078/90 e a Lei de Ação Civil Pública nº 7.347/85 em seu art. 1º: "Art. 1º - Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados".

O Código de Defesa do Consumidor trouxe inovações na defesa dos direitos básicos dos consumidores, sobretudo no que se refere às ações coletivas, vejamos o que diz o art. 6º da referida lei.

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; [...]

Além das legislações acima, podemos citar também como medidas judiciais para tutelar os danos morais coletivos, a Lei de Ação Popular que visa anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe.

Assim como o Mandado de Segurança Coletivo, Art. 5º, inciso LXX que visa proteger direito líquido e certo, não amparado pelo Habeas Corpus ou Habeas Data, quando a responsabilidade pela ilegalidade ou abuso for uma autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Esclarece-se que, assim como ocorre no dano moral individual não há de se cogitar de prova de culpa, no dano moral coletivo basta à simples violação para que ocorra a responsabilidade do ofensor e o dever de indenizar, não sendo necessária a verificação de fatores subjetivos, como o constrangimento, a angústia, a humilhação ou eventual dor moral. Se esses fatores vierem a ocorrer no grupo de pessoas atingidas pela violação de um dever jurídico entende-se que apenas houve um efeito diante da perplexidade da coletividade ao ato lesivo perpetrado pelo infrator. Tais ponderações se afiguram imperiosas na medida em que a temática cerne deste feito passará a discutir se, não somente um indivíduo, mas uma coletividade, definida ou não, seria titular do direito à reparação por eventuais danos em sua moral, honra e subjetividade enquanto figurantes num dos polos de uma relação consumerista.

2. A TUTELA DOS INTERESSES E DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS NA SEARA CONSUMERISTA

2.1. ASPECTOS GERAIS

Para melhor compreensão da temática cerne deste trabalho, vale ressaltar que há uma linha tênue que distingue as figuras dos direitos transindividuais para os interesses transindividuais, podendo ser compreendido este em sentido mais abrangente do que o primeiro, como sendo intimamente relacionado à concepção de necessidade(s) do(s) sujeito(s), valendo dizer que, no âmbito do direito, o interesse a que o ordenamento jurídico dispensa atenção é o denominado interesse jurídico, passível ou não da tutela do Estado e de seus instrumentos dispostos na legislação que proporcionem seu pleno alcance a fim de que seja saciado.

O direito, entretanto, (nesse caso fala-se do direito subjetivo), é deveras merecedor de uma resposta, de uma tutela estatal, dada a sua natureza de abranger todo o poder da vontade dos particulares, seja intrínseco ao ser humano ou adquirido por este ao longo de sua existência¹³.

É comum na legislação brasileira a utilização da expressão “direitos” e/ou “interesses” para referir-se a direitos difusos e coletivos (art. 129, inc. III, da CF, art. 81 do CDC, art. 1º, inc. IV da LACP, etc.). A partir do momento em que os “interesses passam a ser tutelados juridicamente pelo sistema surge o direito. Assim, na prática inexistente razão para diferenciá-los, já que os “interesses” também são passíveis de ser tutelados, assim como os “direitos”. Kazuo Watanabe informa que:

“os termos interesses e direitos foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os interesses assumem o mesmo status de direitos, desaparecendo qualquer razão prática e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles¹⁴.”

¹³ Washington de Barros Monteiro assim define o direito subjetivo como “todo o poder da vontade dos particulares, reconhecido ou outorgado pelo ordenamento jurídico.” MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, SP, 1977. P. 113

¹⁴ WATANABE, Kazuo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 739.

Em ambos os casos, na seara metaindividual, podem ser entendidos, em apertada síntese, como aqueles que não podem ser mensurados individualmente, vale dizer, não podem ser quantificados sob a ótica individual. No estudo em tela, corresponderia à possibilidade de definição da abrangência do direito de cada consumidor ou de um grupo destes ao ressarcimento eficaz à minimização de sua moral ofendida.

A origem dos Direitos Coletivos está ligada à superação da lógica individualista do Estado Liberal Democrático, que partia do pressuposto de que a liberdade individual bastava para assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos, ainda que tal liberdade fosse garantida apenas sob o ponto de vista formal. Na prática, tal garantia não redundava em liberdade e igualdade para as pessoas, valores sobre os quais se assentavam os ideais da revolução liberal burguesa¹⁵.

Assim, para caracterizar tal direito, é necessário que seus titulares sejam membros da comunidade, mas ao mesmo tempo, pessoas indeterminadas. A coletividade das pessoas é que detém a titularidade dos direitos difusos.

Para Didier:

Ora, o CDC conceitua os direitos coletivos *lato sensu* dentro da perspectiva processual, com o objetivo de possibilitar a sua instrumentalização e efetiva realização. Do ponto de vista do processo, a postura mais correta, a nosso juízo, é a que permite a fusão entre o direito subjetivo (afirmado) e a tutela requerida, como forma de identificar, na 'demanda', de qual direito se trata, assim, prover adequadamente a jurisdição. Não por outro motivo reafirmamos a característica híbrida ou interativa de direito material e direito processual intrínseca aos direitos coletivos, um direito a meio caminho¹⁶.

A própria Lei, em seu artigo 81 do CPC, cuida da definição dos direitos mencionados:

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

¹⁵ "GRAU, Eros. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 31).

¹⁶ DIDIER JR, Fredie e ZANETTI JR, Hermes. Curso de Direito Processual Civil: Processo coletivo. Bahia: Juspodivm, 2007. p.120.

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.

A essência do direito difuso é sua natureza indivisível, vez que só é considerado como um todo, não sendo possível individualizar a pessoa atingida pela lesão gerada da violação desse direito, o qual nasce de uma circunstância de fato, comum a toda comunidade. A impossibilidade de determinar os titulares é marca singular dessa espécie de direitos coletivos. José Carlos Barbosa Moreira assim leciona:

Não pertencem a uma pessoa isolada, nem a um grupo nitidamente delimitado de pessoas (ao contrário do que se dá em situações clássicas como a do condomínio ou a da pluralidade de credores numa única obrigação), mas a uma série indeterminada – e, ao menos para efeitos práticos, de difícil ou impossível determinação –, cujos membros não se ligam necessariamente por vínculo jurídico definido.¹⁷

De acordo com Hugo Nigro Mazzilli, os direitos difusos “são como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhadas por pessoas indetermináveis, que se encontram unidas por circunstâncias de fato conexas¹⁸”.

Já os direitos coletivos são aqueles direitos transindividuais, ou seja, que não podem ser mensurados individualmente, dos quais são titulares grupos de pessoas determinadas, ligadas entre si por uma relação jurídica base.

O professor Pedro Lenza assim discorre:

Pode-se dizer que os instrumentos processuais suficientes e adequados para a solução dos litígios individuais, marcantes na

¹⁷ BARBOSA Moreira. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. Revista de Processo. São Paulo: RT, 1991.

¹⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 12.ed. São Paulo Saraiva: 2000. P. 43

sociedade liberal, perdem a sua funcionalidade perante os novos e demasiadamente complicados conflitos coletivos.

Em uma sociedade de massa, industrialmente desenvolvida, é natural que, além dos conflitos individuais, existam e aflorem conflitos de massa, nunca antes imaginados, uma vez que a 'descomplexidade' social não produzia ambiente propício para a sua eclosão, nem tampouco dos conflitos difusos, transindividuais¹⁹.

Reforçando a distinção entre os direitos difusos ou coletivos, é importante apresentar a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso:

a) conquanto os interesses coletivos e os difusos sejam espécies do gênero “interesses meta (ou super) individuais”, tudo que indica que entre eles existem pelo menos duas diferenças básicas, uma de ordem quantitativa, outra de ordem qualitativa: sob o primeiro enfoque, verifica-se que o interesse difuso concerne a um universo maior do que o interesse coletivo, visto que, enquanto aquele pode mesmo concernir até a toda humanidade, este apresenta menor amplitude, já pelo fato de estar adstrito a uma “relação-base, a um “vínculo jurídico”, o que o leva a aglutinar juntos a grupos sociais definidos; sob o segundo critério, vê-se que o interesse coletivo resulta do homem em sua projeção corporativa, ao passo que, no interesse difuso, o homem é considerado simplesmente enquanto ser humano; b) o utilizar indistintamente essas duas expressões conduz a resultados negativos, seja porque não contribui para aclarar o conteúdo e os contornos dos interesses em questão, seja porque estão em estágios diferentes de elaboração jurídica: os interesses coletivos já estão bastante burilados pela doutrina e jurisprudência; se eles ainda suscitam problema, como o da legitimação para agir, “a técnica jurídica tem meios de resolvê-lo”, como lembra J. C. Barbosa Moreira; ao passo que os interesses difusos têm elaboração jurídica mais recente, não tendo ainda desvinculado do qualificativo e “personaggio absolutamente misterioso”. Daí porque se nos afigura conveniente e útil a tentativa de distinção entre esses dois interesses.²⁰

Concernente aos interesses individuais homogêneos é possível verificar que o legislador, ao relacioná-la como categoria jurídica de defesa coletiva, quis demonstrar que, diferentemente dos direitos difusos e coletivos, os quais são essencialmente transindividuais, posto que o aspecto de relevo é o grupo, não seus componentes delineados individualmente, os direitos individuais homogêneos são

¹⁹LENZA, Pedro. Teoria geral da ação civil pública. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.89.

²⁰MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos, conceito e legitimação para agir. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 77-78.

divisíveis e seus titulares são determináveis, tendo cada indivíduo seu direito próprio, plenamente variável quanto à quantidade e qualidade do direito. Trata-se, portanto, de direitos cuja titularidade não abrange a totalidade dos indivíduos, mas grupos homogêneos tomados segundo um determinado aspecto.

Nas concepções de Mazzilli:

Os interesses individuais homogêneos, para o CDC, são aqueles de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum, ou seja, oriundos das mesmas circunstâncias de fato. Mas, em sentido lato, os interesses individuais homogêneos não deixam de ser também interesses coletivos. Tanto os interesses individuais homogêneos como os difusos originam-se de circunstâncias de fatos comuns; entretanto, são indetermináveis os titulares de interesses difusos, e o objeto de seu interesse é indivisível; já nos interesses individuais homogêneos, os titulares são determinados ou determináveis, e o dano ou a responsabilidade se caracterizam por sua extensão divisível ou individualmente variável²¹.

Segundo Carvalho Filho:

A conceituação legal – não é difícil perceber – é de uma imprecisão a toda a prova. Uma, porque o adjetivo “homogêneos” só indica que o fato gerador é único, já que a dimensão qualitativa ou quantitativa do direito pode variar em razão do indivíduo.”²²

Logo, não haverá tratamento unitário obrigatório quando da sua divisão e possível identificação individual, sendo factível a adoção de soluções diferenciadas para os interessados.

Tais direitos seriam, portanto, essencialmente individuais e formalmente ou acidentalmente coletivos. Para serem qualificados como homogêneos precisam envolver uma pluralidade de pessoas e decorrer de origem comum, situação essa que não exige unidade temporal e factual.

A possibilidade da tutela dos direitos individuais homogêneos na via coletiva parte de raciocínio prático: a necessidade de otimização na resolução de conflitos, uma vez estar-se sempre diante dos amplos efeitos que determinados atos, em especial os de consumo, adquirem e fazem com que danos, antes adstritos

²¹MAZZILLI, Hugo Nigro. Op.cit., p.46

²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ação Civil Pública, 4ª Edição. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004.

à poucas pessoas, sejam percebidos por inúmeras. Sob esse prisma a tutela coletiva de direitos com origem comum desempenha papel preponderante para a redução do número de demandas levadas a juízo. A defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos é também importante instrumento para a tutela de direitos que, individualmente considerados, não teriam repercussão econômica significativa a ponto de levar os consumidores a buscarem sua defesa em juízo.

Feitas tais diferenciações, passa-se à análise da formalização de tais direitos/interesses por meio do mais notório de seus instrumentos: A Ação Civil Pública.

2.2. A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMO INDISPENSÁVEIS À CONSTITUIÇÃO DE UM MICROSSISTEMA COLETIVO PARA DEFESA DOS INTERESSES METAINDIVIDUAIS

A Ação Civil Pública (ACP) é tida na contemporaneidade como via eleita por excelência ao efetivo exercício da população na salvaguarda de seus direitos e interesses, notadamente no que tange à defesa do patrimônio público (evitando-se, por exemplo, lesões infundas ao erário público), para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo posto sob ameaça.

Através da Lei n.º 7.347, de 1985, e composta de um conjunto de mecanismos destinados a instrumentar demandas preventivas, cominatórias, reparatórias e cautelares de quaisquer direitos e interesses difusos e coletivos, a Lei de Ação Civil Pública representou (e representa), juntamente com o Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/1990, o ápice de toda uma estruturação jurídica voltada à defesa dos direitos coletivos (defesa esta desarrimada pelo Código de Processo Civil de 1973²³), transubstanciando-se em um verdadeiro microssistema processual coletivo.

²³ NOTA DO AUTOR: Cumpre-nos ressaltar que tal assertiva também é perfeitamente cabível no tocante ao Novo Código de Processo Civil cujo período de *vacatio legis* coincidiu com a elaboração e finalização deste trabalho. Muito embora seja louvável pelas incontestes inovações trazidas, o Novo CPC não tratou da questão afeta à tutela dos direitos e interesses coletivos, tendo em vista que a lei

É o que assevera o professor Vidal Serrano Nunes Júnior:

“Importante notar que os parâmetros constitucionais aludidos deram lugar à construção de um autêntico microssistema jurídico, revelando, pois, que o Direito do Consumidor apresenta-se com moldagem própria, refratária aos influxos de princípios e regras de outras províncias do Direito, que sejam incompatíveis com os ideários que presidiram sua organização. Em outras palavras, o caráter microssistêmico do Direito do Consumidor acaba por lhe emprestar um caráter autorreferente, na medida em que os parâmetros que lhe demarcam as fronteiras, bem como os princípios que lhe emprestam harmonia, seriam próprios do Direito do Consumidor, de tal modo que normas de outras leis ou codificações só seriam por ele apropriáveis quando compatíveis com sua natureza. A identificação do caráter microssistêmico do Direito do Consumidor viceja, desse modo, de dois pontos essenciais: a) o Direito do Consumidor não constitui desdobramento dos sistemas do Direito Público ou do Direito Privado, constituindo-se em segmento autorreferente, pois possui parâmetros e princípios próprios e específicos; b) o Código de Defesa do Consumidor, visto que consubstancia as matrizes essenciais do microssistema, serve, de um lado, como lei específica para as relações de consumo que por ele se orientam e, por outro, possui caráter principiológico, investindo-se, pois, da qualidade de norma geral em relação às leis que regulam relações de consumo setorializadas. Assim, havendo contradição entre o Código e a lei setorial, aplica-se aquele, afastando-se a incidência desta”²⁴.

Tanto é que o artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública dispõe dever ser aplicado no que for cabível o Título III do Código de Defesa do Consumidor no que tange aos direitos e interesses difusos e coletivos. Partindo-se de um postulado voltado ao diálogo das fontes no direito, aplica-se o art. 21 da Lei de ACP em conjunto com o art. 90 do CDC, denotando-se, como já demonstrado alhures, um sistema único e homogêneo destinado a disciplinar a matéria pertinente aos direitos coletivos em sentido amplo, isto é, um microssistema processual coletivo.

adjetiva civil tem seu caráter eminentemente individualista não cabendo, portanto, uma análise mais aprofundada da novel legislação processual nesta monografia.

²⁴ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Manual de Direitos Difusos – São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

2.3.TITULARIDADE DO DIREITO METAINDIVIDUAL E LEGITIMIDADE AD CAUSAM PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Segundo Nelson Nery Junior, de um mesmo fato jurídico podem originar-se pretensões individuais, difusas, coletivas. A determinação da natureza da pretensão vincula-se, mais à tutela jurisdicional reclamada, do que propriamente ao direito subjetivo afirmado²⁵. Assim, todo e qualquer sujeito que se enquadrar no contexto fático-jurídico em que ocorrer lesão moral, haverá que se falar em interesse transindividual.

Noutro giro, concernente ao rol de legitimados para salvaguarda de tais interesses, afigura-se imperioso colacionar a previsão legal expressa no Art. 5º da Lei 7.347/1985 e nos artigos 91 e 82 da Lei 8.078/1990, respectivamente:

Art. 5º 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 patrimônio público e social, ao meio ambiente, **ao consumidor**, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

§ 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei”²⁶.

§ 2º

§ 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.

²⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 10.ed. São Paulo: RT, 2007.

²⁶ Em se tratando da figura do Ministério Público, instituição permanente e essencial à defesa da sociedade e à salvaguarda do ordenamento jurídico, nos moldes do Art. 127, caput, da Carta Magna de 1988, tem-se no Parquet o guardião dos direitos e interesses difusos, coletivos (sempre indisponíveis) e individuais homogêneos (interesse social e bem jurídico relevantes, fora da disposição do(s) seu(s) titular(es)).

§ 4º ...
§ 5º ...
§ 6º ...

Art.91 - Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes.

Art.82 - Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público²⁷;

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas no art. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Denota-se, inicialmente, que ambas as legislações pretendem ampliar ao máximo o rol de legitimados *ad causam*, consistentes em entidades e órgãos que, em nome próprio, guerrearão em favor dos consumidores, os quais, como já explanado, são nitidamente vulneráveis em face daquele que promove a lesão. Desse modo, em observância ao teor do art. 6º do Código de Processo Civil, denota-se o instituto da substituição processual, verbis: ***Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei*** (grifo nosso).

Segundo Humberto Theodoro Júnior: *"a titularidade da ação vincula-se à titularidade do pretendido direito material subjetivo envolvido na lide"*²⁸.

Há casos, portanto, em que a parte processual é pessoa distinta daquela que é a parte material do negócio jurídico litigioso. Quando isso ocorre, dá-se o que em doutrina se denomina substituição processual, que consiste em demandar a parte, em nome próprio, a tutela de um direito controvertido de outrem. Trata-se de

²⁷ Idem

²⁸ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.68.

uma faculdade excepcional, pois só nos casos expressamente autorizados em lei é possível a substituição processual.

Quanto aos direitos difusos e coletivos, temos que seus titulares são a coletividade de pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias de fato. Por ser indeterminada, logicamente a coletividade titular do direito difuso é incapaz de exercê-lo, sendo patente a necessidade de um ente legitimado para tal. Pelo exposto, caberá a substituição processual em ambos os casos.

Já os direitos individuais homogêneos apresentam uma particularidade. Por não se tratarem de direito transindividual, podem ser demandados singular e isoladamente por cada um dos afetados. Neste caso, há legitimidade ativa ordinária.

Não podem, entretanto, os indivíduos afetados isoladamente proporem as Ações Coletivas de que tratam os arts. 91 a 100 do CDC. As partes legítimas para tal são aquelas taxativamente enumeradas pelo art. 82 do mesmo diploma legal.

Sendo assim, ao propor uma Ação Coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos, o ente legitimado vem agindo em nome próprio em defesa de direitos de outrem. Presente aqui, novamente a figura da substituição processual.

Pelas argumentações ora esposadas, denota-se uma constatação eminentemente prática: a tutela coletiva de direitos com origem comum desempenha papel preponderante para a redução do número de demandas levadas a juízo. A defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos é também importante instrumento para a tutela de direitos que, individualmente considerados, não teriam repercussão econômica significativa a ponto de levar os consumidores a buscarem sua defesa em juízo.

3. A NECESSIDADE DE MAIOR EFETIVAÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO PROCESSUAL SALUTAR À GARANTIA DA COMPENSAÇÃO MORAL POR DANOS CAUSADOS À COLETIVIDADE NO ÂMBITO CONSUMERISTA

Não se pode olvidar que a defesa de todo e qualquer direito vai muito além da tutela dos interesses das partes litigantes, uma vez que todo estamento social é afetado com os resultados provenientes desta. Por intermédio dos mecanismos processuais existentes e, em razão de entendimentos doutrinários que tem se predominado ao longo dos tempos, a transição para um direito processual voltado à defesa de grupos, categorias, determináveis ou não, tem se dado de um modo lento, gradual.

Tal processo passa a se demonstrar contraproducente na medida em que o acelerado avanço tecnológico, industrial e o conseqüente estímulo ao consumo desencadeado ao longo dos últimos anos exigem do Direito medidas de modo a adestrar tal desenfreno.

Nesse ínterim, dentre as inúmeras medidas adotadas pelo legislador de modo a apresentar uma resposta urgente à vultosa quantidade de relações jurídicas estabelecidas por conta de tal avanço, destaca-se a Lei 9.099/1995 – Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito estadual, que tem por essência processar e julgar causas de menor complexidade (valor inferior a quarenta salários mínimos ou vinte salários mínimos sem assistência de advogado) garantindo, dentre outros objetivos, o entrosamento da sociedade com a Justiça de forma célere, informal e econômica fomentando uma solução rápida às necessidades daqueles que se veem prejudicados numa relação jurídica preestabelecida. Tal exposição se perfaz necessária na medida em que a maioria esmagadora das demandas que envolvem compensação por danos morais nas relações de consumo se encontram depositadas nos juizados especiais cíveis.

Ocorre que, a despeito dos inegáveis avanços que tal legislação trouxe, verifica-se, atualmente, que a mesma convolou-se em mais um gargalo, entrave ao judiciário brasileiro.

Isso porque, segundo Rosana Dias Machado em seu estudo: “*A banalização do Instituto do dano moral*” aportam no judiciário, pelas portas e janelas dos juizados especiais, demandas de diversos perfis, muitas comportando

relevantes discussões, as quais merecem ser atendidas e solucionadas, outras caracterizadas por mero desconforto do litigante que tenta, ao dar dimensões teratológicas ao seu ínfimo aborrecimento, extrair do figurante no polo passivo da demanda alguma pecúnia.

Apesar de ter suas exceções, o princípio da gratuidade que tem por objetivo a facilitação do acesso das populações mais carentes ou menos abastadas ao judiciário, tal princípio acaba por abrir as portas do judiciário, em alguns casos, para tentativas, verdadeiras aventuras judiciais, uma vez que por não haver custas e nem honorários advocatícios, faz com que o autor da demanda sinta que não tem nada a perder, pois ainda que não vença a lide, também não terá qualquer despesa, não terá qualquer prejuízo, desse modo, vemos o aumento de demandas com o objetivo de obter indenizações por danos morais que carecem de pressupostos mínimos para sua caracterização. O Juizado Especial Cível veio dar acesso ao menos favorecidos, oportunizando que pessoas que necessitam recorrer ao judiciário tenham seus direitos efetivados, respeitados, ou ainda, ver reparado um dano que impede que sua vida prossiga normalmente, tamanho o dano, ou, tamanha a consequência psicológica desse dano, entretanto, em meio às situações que realmente justificam a criação de tal lei, temos também aqueles que veem possibilidade de vantagem em tudo, que se aventuram sem medo, valendo-se das benesses oferecidas pela lei.²⁹

Tal celeuma se reflete em números: Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, reunidos no estudo “Justiça em Números – Ano-Base/2014”, que compila informações encaminhadas por vinte e cinco Tribunais de Justiça, dentre os vinte e sete existentes (os Tribunais de Justiça dos Estados do Espírito Santo Bahia não prestaram informações ao compêndio), foram ajuizadas cerca de 1.900.000 (um milhão e novecentos mil) ações somente nos Juizados Especiais Cíveis versando apenas sobre dano moral, sendo que mais de 1 milhão são de matéria consumerista³⁰.

Ocorre que, de uma análise mais detida de tais valores, verifica-se que, a bem da verdade, a população de um modo geral, tem tomado conhecimento de seus amplos direitos previstos em lei, seja no âmbito do trabalho, consumo ou relações civis. A partir disto, nos últimos anos, tem se observado um aumento exacerbado de

²⁹ MACHADO, Rosana Dias. A banalização do Instituto do dano moral. Trabalho de Conclusão de Curso de Direito. UNIVERSIDADE TUIUTI DO PARANÁ. P. 56-57

³⁰ JUSTIÇA, Conselho Nacional. Justiça em Números 2015: Ano Base 2014. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/pj-justica-em-numeros>> Acessado em 05.11.2015

ações judiciais, principalmente no que se refere a ações de indenização por dano moral. Tal fenômeno pode ser entendido como exercício de um direito violado quanto à personalidade, embora muito tenha se falado em banalização do instituto do dano moral.

Neste sentido preceitua Clayton Reis,

A defesa do exercício da individualidade ou, ainda, o direito à personalidade deve constituir-se, sem dúvida, em um dever do Estado. Portanto, toda vez que o indivíduo sofrer um dano em seus valores pessoais e íntimos, o Estado tem o dever de assegurar o direito à reparação do prejuízo. Haverá dano maior do que aquele que atinge o homem nos seus mais sagrados valores? Na verdade, ao tutelar os direitos da personalidade, a ordem jurídica está protegendo os valores intrínsecos presentes na intimidade do ser humano, consubstanciado, essencialmente, na defesa da dignidade da pessoa humana, sufragado pelo artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Esta norma maior é o que confere razão e sentido aos direitos da personalidade³¹.

Em decorrência disso, em meio a tantos fatos realmente relevantes e passíveis de indenização em face de um dano, vemos também um grande número de ações que visam a obtenção de compensação por danos morais, que tem por origem, fatos irrelevantes, e que ocorrem no dia a dia de todas as pessoas, levando a crer que o dano moral passou a ser um instrumento contra a impaciência e, ainda visando obter vantagem à custa daquele tido como ofensor.

Segundo Stolze e Pamplona:

A indenização por dano moral deve ter justamente esta função compensatória, o que implica dever sua estipulação limitar-se a padrões razoáveis, não podendo constituir numa “premiação” ao lesado. A natureza sancionadora não pode justificar, a título de supostamente aplicar-se uma “punição exemplar”, que o acionante veja a indenização como um “prêmio de loteria” ou “poupança compulsória” obtida à custa do lesante³².

³¹ REIS, Clayton, Dano Moral. 5. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010. P. 147

³² GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. *Responsabilidade Civil*. 7 ed. 2 tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 367

Alguns tribunais, inclusive o STJ, já têm identificado essa famigerada atuação desenfreada de parcela da sociedade que, não só no âmbito do direito do consumidor, mas em quase todas as searas do direito e, em desatenção a toda e qualquer prudência quanto ao dispêndio para a movimentação da estrutura judiciária, agem tresloucadamente em busca de sua “loteria judiciária”:

STJ - COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. PROTESTO DE DUPLICATA PAGA NO VENCIMENTO. DANO MORAL. PESSOA JURÍDICA. ARBITRAMENTO. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO. [...] III – A indenização por dano moral deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio. Há de orientar-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e às peculiaridades de cada caso. [...] (4ª Turma, Resp n.º 214381/MG; Recurso Especial n.º 1999/0042195-7, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (1088), julgado em 24.08.1999, in:).

STJ - PROCESSO CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL – RESPONSABILIDADE CIVIL – INSCRIÇÃO INDEVIDA EM ORGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – REEXAME DE PROVAS – SÚMULA 7/STJ – DANOS MORAIS – QUANTUM – RAZOABILIDADE – DESPROVIMENTO. [...] 3 – Como cediço, o valor da indenização sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que, na sua fixação, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores e, ainda, ao porte econômico dos réus, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso [...]. [...] (4ª Turma, AgRg no Ag n.º 657289/BA; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 2005/0020642-0, Rel. Ministro Jorge Scartezini (1113), julgado em 28.11.2006, DJ 05.02.2007, p. 242, in:).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DEDUZIDA EM FACE DE AUTARQUIA FEDERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CEGUEIRA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. COMPETÊNCIA. PROMULGAÇÃO DA EC Nº 45/2004. ATRIBUIÇÃO JURISDICIONAL DEFERIDA À JUSTIÇA DO TRABALHO. APLICAÇÃO TEMPORAL DA NOVA REGRA DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL. ART. 114, VI, DA CF. PROLAÇÃO DE SENTENÇA NA JUSTIÇA FEDERAL EM MOMENTO PRETÉRITO À PROMULGAÇÃO DA EMENDA. PERPETUATIO JURISDICTIONIS. [...] 6. A indenização por danos morais não visa reparar a dor, a

tristeza ou a humilhação sofridas pela vítima, haja vista serem valores inapreciáveis, o que não impede que se fixe um valor compensatório, com o intuito de amenizar o respectivo dano. 7. O quantum indenizatório devido a título de danos morais deve assegurar a justa reparação do prejuízo sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor, além de levar em conta a capacidade econômica do réu, devendo ser arbitrado pelo juiz de maneira que a composição do dano seja proporcional à ofensa, calcada nos critérios da exemplaridade e da solidariedade. [...] (1ª Turma, Resp n.º 685025/SC; Recurso Especial n.º 2004/0129437-9, Rel. Ministro Luiz Fux (1122), julgado em 07.12.2006, DJ 05.02.2007, p. 201, in:).:

DANO MORAL – Banco de dados – Restrição indevida de nome junto aos cadastros de proteção ao crédito – Recurso adesivo do autor – Pretensão de majoração do “quantum” indenizatório fixado – Descabimento, eis que a fixação do gravame moral deve atender aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como atingir aos fins a que se destinam, quais sejam, a satisfação na justa medida do abalo sofrido, sem enriquecimento sem causa e apto a produzir, no causador do mal, impacto o bastante para dissuadi-lo de reincidir no erro – Sentença que se subsume a estes regramentos – Majoração descabida – Decisão mantida – Recurso adesivo desprovido (TJSP, 24ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível n.º 1.076.289-7, Franca, Rel. Desembargador Walter Fonseca, julgada em 14.12.06, M.V., Voto n.º 1.142, in:).

Não se está aqui, logicamente, numa tentativa de cercear a garantia constitucional de acesso à justiça, mas sim, por meio de uma metodologia já existente e pouco aplicada no ordenamento jurídico nacional, alcançar um modo de se otimizar, enxugar e potencializar a atuação do judiciário na promoção dos direitos dos consumidores, desde sempre frágeis frente à atuação selvagem do capitalismo. Nessa toada dispõe Mazzilli:

O direito de acesso ao Poder Judiciário está garantido pelo art. 5º da Constituição, ou seja, está inserido no Capítulo que cuida dos direitos e deveres individuais e coletivos. Nesse dispositivo há, sim, muitas normas destinadas à proteção de direitos individuais, como o direito à privacidade (inc. X) ou à inviolabilidade de domicílio (inc. XII); contudo, nele também coexistem normas destinadas à tutela coletiva, como o direito de reunião e associação (incs. XVI a XXI) ou o mandado de segurança coletivo (inc. LXX); e, por fim, nele ainda há normas que tanto se prestam à defesa de direitos individuais como coletivos, como é o caso do acesso à jurisdição, que pode ser individual ou coletivo (inc. XXXV). Assim, as associações (art. 5º, inc. XXI), os sindicatos (art. 8º, III), o Ministério Público (art. 129, III) e as comunidades indígenas (art. 232) podem defender direitos e interesses coletivos, de grupos, classes ou categorias de pessoas! Como se trata de direitos fundamentais, não podem ser suprimidos nem mesmo por emenda à Constituição; muito menos por meio de lei

ordinária ou medida provisória. Se admitíssemos pudesse a lei ordinária, ou medida provisória, proibir o acesso coletivo à Justiça, em consequência, milhares ou até milhões de lesões individuais ficariam sem qualquer proteção judicial. Os custos econômicos e sociais do processo individual, o advento aí inevitável de decisões contraditórias, a pequena expressão do dano individual posto enorme o dano coletivo — tudo isso deixaria os lesados individuais sem efetivo acesso à Justiça. Quem não se lembra dos chamados empréstimos compulsórios jamais devolvidos? Dos recolhimentos a mais em tarifas elétricas que não são compensados em favor do consumidor? Dos golpes financeiros aos pequenos investidores no mercado de valores mobiliários? Dos tributos cobrados indevidamente? A lei não pode pura e simplesmente proibir o acesso à Justiça. Nem o acesso individual, nem o coletivo, pois ambos estão garantidos pela mesma norma constitucional. Os tribunais mais conservadores têm tardado em reconhecer e garantir o direito ao acesso coletivo à jurisdição. O Tribunal Superior do Trabalho por muitos anos negou aos sindicatos o acesso coletivo como substitutos processuais (Súm. 310, depois revogada); na década de 90, o Supremo Tribunal Federal não admitiu ação coletiva contra o Plano Collor; o Superior Tribunal de Justiça hesitou muito antes de sumular o entendimento de que o Ministério Público pode ajuizar ação civil pública para defender o patrimônio público — apesar de isso estar escrito com todas as letras na Constituição; até hoje os tribunais não aceitam ações coletivas em matérias que envolvam tributos... Ora, o processo coletivo surgiu no Direito brasileiro justamente para viabilizar uma prestação jurisdicional eficaz. De fato, não é suficiente que a Constituição apenas diga, como palavras ao vento, que está assegurado o acesso à Justiça. Para que a garantia seja real, o acesso deve ser eficaz. Pois é para isso, só para isso que existe o processo coletivo, que tem a função de centralizar numa única ação a defesa de todo o grupo, ou seja, um caminho de alta conveniência social, porque diminui enormemente o custo do acesso à jurisdição, com grande economia para todos³³.

A defesa coletiva concebe medida necessária para desafogar o Poder judiciário, de modo que possa cumprir em tempo hábil e com qualidade suas funções. Além disso, amplia e permite o acesso à justiça, especialmente para conflitos em que o valor diminuto do benefício pretendido significa desestímulo para a formulação da ação. Também aplica o princípio da igualdade ao resolver molecularmente as causas denominadas de repetitivas, que poderiam ser julgadas de forma contraditória, se apreciadas de modo singular.

Nesse sentido, o julgado do Superior Tribunal de Justiça:

³³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *As vantagens da defesa coletiva*. Artigo publicado no jornal Valor Econômico, ed. de 29 e 30 de jun. 2012, p. E-2

As ações coletivas foram concebidas em homenagem ao princípio da economia processual. O abandono do velho individualismo que domina o direito processual é um imperativo do mundo moderno. Através dela, com apenas uma decisão, o Poder Judiciário resolve a controvérsia que demandaria uma infinidade de sentenças individuais. Isto faz o judiciário mais ágil. De outro lado, a substituição do indivíduo pela coletividade torna possível o acesso dos marginais econômicos à função jurisdicional. Em se permitindo, o Poder Judiciário aproxima-se da democracia. Assim, é indiscutível a vantagem do tratamento uno das pretensões, de forma a garantir três objetivos: “proporcionar economia processual, acesso à justiça e a aplicação voluntária e autoritativa do direito material” (STJ - MS: 5187 DF 1997/0027182-0, Relator: Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Data de Julgamento: 24/09/1997, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 29.06.1998 p. 4 RDR vol. 14 p. 120.)

Mister ressaltar que, conseqüentemente, sendo o objeto da lide direito difuso ou coletivo, a sentença que acolher a pretensão produzirá a coisa julgada material e seus efeitos benéficos alcançarão todos os titulares individualmente considerados, ainda que não tenham participado daquele processo, incidindo, desta forma, o regramento da extensão subjetiva dos limites da coisa julgada material *secundum eventum litis*. Se, entretanto, o magistrado entender que não houve lesão, rejeitará o pedido. Nesta hipótese, inexistente a extensão benéfica dos efeitos da coisa julgada, porquanto tal julgamento não beneficia os titulares individuais, que apenas interditam os legitimados coletivos de ajuizarem nova demanda coletiva, mas não impedem o ajuizamento de lides individuais.

Logo, a regra, em termos de coisa julgada nos processos coletivos, se finaliza em beneficiar todos os titulares de direitos ou interesses, em caso de acolhimento da demanda, tendo-se, por conseguinte, a consagração do princípio *secundum eventum litis* de que havendo atendimento do pleito, há extensão dos efeitos da coisa julgada para beneficiar a quem participou e a quem não integrou o processo.

A opção por aplicar as técnicas processuais coletivas preceituadas na LACP aos interesses metaindividuais visa, além do acesso à justiça, a economia processual e a efetividade do processo, evitando que haja julgados diferentes para situações iguais, viabilizando demandas de massa que, seja pelo custo-benefício, seja pela praticidade processual, ensejando um verdadeiro filtro do Judiciário a demandas individuais.

Lado outro, de modo preventivo, a formação de uma concepção, de uma cultura jurídica de ajuizamento de Ações Cíveis Públicas para coibir práticas abusivo-lesivas ensejadas pelas empresas, somada à compensação por danos perpetrados a uma coletividade de consumidores, afigura-se imperiosa na medida em que tornar-se-á menos recorrente a demanda individual, pelo simples fato de que eventuais problemas na contratação de um serviço ou na aquisição de um produto, por exemplo, se tornarão cada vez mais raros e, diretamente proporcional a isso, diminuir-se-á sensivelmente postulações no judiciário visando reversão de problemáticas.

Já se é possível, aliás, vislumbrar tal conscientização no seio do Superior Tribunal de Justiça, consubstanciada nas palavras do Ministro Ruy Rosado:

A ação coletiva que se constitui em útil inovação do nosso sistema processual, destinada a evitar a desgastante repetição de demandas sobre direitos individuais homogêneos e que não tem sido utilizada nos limites de sua virtualidade – em poucos casos poderia servir de meio eficaz à defesa do consumidor, dando-se à lei interpretação oposta ao enunciado legal: são direitos básicos do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos (art. 6º, VII) (Resp. 132063-RS, Reg. : 97/00336719, STJ, 4ºT., 10-02-1998).

A eficácia da imposição desse filtro (ações cíveis públicas preventivas) demonstra-se efetiva frente à realidade atual, na medida em que as ações coletivas atualmente se mostram, se não impotentes, mas aquém de suas potencialidades, no sentido de conter o ingresso de milhares de ações individuais que simplesmente repetem questões já pacificadas na jurisprudência dos tribunais. Essa repetição improdutiva de questões que só faz congestionar os meandros dos Tribunais e tornar meramente burocrática a atividade dos juizes precisa ser contida. E a contenção passa por ousar na interpretação das normas que regulam o Processo Coletivo, lançando mão da já sedimentada jurisprudência dos tribunais pátrios, notadamente o STJ, e da doutrina aplicável à temática e, ainda, de ousar, sobretudo, na iniciativa de se promover demandas capazes de verdadeiramente solucionar determinados problemas que vem afligindo não só uma gama de consumidores, mas sim, toda a sociedade.

CONCLUSÃO

Conclui-se com este estudo que o dano moral coletivo nas relações de consumo, instituto perfeitamente acatável no ordenamento jurídico interno, instrumentalizado pela Lei da Ação Civil Pública, devidamente conjugada com o Código de Defesa do Consumidor, apresenta-se como um dos mais importantes instrumentos para a defesa dos direitos coletivos dos consumidores e, por meio deste diploma, não só o rol dos legitimados para a defesa coletiva dos direitos dos consumidores foi alargado como também os interesses tuteláveis foram ampliados. Considera-se uma significativa conquista, principalmente quando se entende que as práticas de consumo atingem um número cada vez maior de pessoas o que amplia, na mesma medida, os efeitos dos danos e lesões causados.

Com efeito, a Ação Civil Pública é instrumento adequado à efetivação dos direitos coletivos, seja por meio da aplicação do direito pelo órgão julgador em uma causa específica, seja de forma preventiva e abstrata, visto que a punição de condutas ilícitas gera estímulo para o cumprimento voluntário do direito pela sociedade.

Repise-se: a tutela coletiva de direitos com origem comum desempenha papel preponderante para a redução do número de demandas levadas a juízo. A defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos é também importante instrumento para a tutela de direitos que, individualmente considerados, não teriam repercussão econômica significativa a ponto de levar os consumidores a buscarem sua defesa em juízo.

Não menos importante é, ainda, a necessidade de se promover a formação de uma nova mentalidade consciente por parte da população, que deve ser sabedora de seus direitos, das multiformas de tutelá-los com escopo de se promover o bem comum e o desenvolvimento em favor da sociedade, despidas de quaisquer individualismos egocêntricos que possam vir a prejudicar o todo.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, André Gustavo C. de. A evolução do conceito de dano moral. In *Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro*, 2008.

BARBOSA Moreira. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1991.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Dano Moral Coletivo. *Revista de Direito do Consumidor* nº 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 62, out.-dez. 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 26ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2011.

CAHALI, Yussef Said, Dano Moral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ação Civil Pública, 4ª Edição. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Principais julgados do STF e STJ comentados-2012. Ed. Dizer o Direito, Manaus, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. Curso de Direito Processual Civil: Processo coletivo. Bahia: Juspodivm, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998.

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. *Responsabilidade Civil*. 7 ed. 2 tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009.

----- Novo Curso de Direito Civil — Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto, Responsabilidade Civil. 2ª. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRAU, Eros. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

LENZA, Pedro. Teoria geral da ação civil pública. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos, conceito e legitimação para agir. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARQUES, Claudia Lima in BENJAMIN, Antônio Herman V. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 12.ed. São Paulo Saraiva: 2000

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, SP, 1977.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 10.ed. São Paulo: RT, 2007.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Manual de Direitos Difusos – São Paulo: Editora Verbatim, 2009.*

RAMOS, André de Carvalho. *Ação Civil Pública e o Dano Moral Coletivo*. *Revista de Direito do Consumidor* nº 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar. 1998.

REIS, Clayton, *Dano Moral*. 5. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

DOCUMENTOS ELETRÔNICOS

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2015: Ano Base 2014. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>> Acessado em 05.11.2015.

BRASIL, Legislações. Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislacao>. Acessado em 12.04.2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudências. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>> Acessado em 11.04.2015.

HERMANN, Ricardo Torres, *O tratamento das demandas de massa nos juizados cíveis*. Disponível em <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/7797>> Acessado em 07.10.2015.

MACHADO, Rosana Dias. *A banalização do Instituto do dano moral*. Trabalho de Conclusão de Curso de Direito. UNIVERSIDADE TUIUTI DO PARANÁ. Disponível em: <<http://tcconline.utp.br/wp-content/uploads/2012/04/A-BANALIZACAO-DO-INSTITUTO-DO-DANO-MORAL.pdf>> Acessado em 23.10.2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *As vantagens da defesa coletiva*. Artigo publicado no jornal Valor Econômico, ed. de 29 e 30 de jun. 2012, p. E-2, disponível em <www.mazzilli.com.br/pages/artigos/vantagensdef.pdf> Acessado em 11.11.2015

MELLUSO, Marcello Augusto Cleto, *Processo Civil Coletivo no Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Monografias/Marcello_Augusto_Cleto_Melluso.pdf> Acessado em 23.10.2015.