

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**RODRIGO TISSOT DE SOUZA**

**O DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO À  
LUZ DOS PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DO SUL DO BRASIL**

Florianópolis

2017

**RODRIGO TISSOT DE SOUZA**

**O DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO À  
LUZ DOS PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DO SUL DO BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à banca examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Carolina Medeiros Bahia

Florianópolis

2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

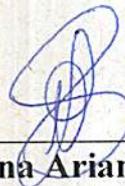
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**O dano extrapatrimonial coletivo nas relações de consumo à luz dos precedentes dos Tribunais de Justiça do sul do Brasil.**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Rodrigo Tissot de Souza**, defendido em **01/12/2017** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 ( Dez ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 1º de dezembro de 2017.

Carolina Medeiros Bahia

**Carolina Medeiros Bahia**  
Professor(a) Orientador(a)



**Naina Ariana Souza Tumelero**  
Membro de Banca

Thatiane C. F. Pires

**Thatiane Cristina Fontão Pires**  
Membro de Banca

## AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço à minha família, pelo suporte incondicional ao longo da minha vida e da jornada acadêmica.

Aos meus pais, Cristiane e Roberto, por jamais pouparem esforços para concretizar os meus sonhos; por possibilitarem que eu aproveitasse as oportunidades que me chegaram; por todo o afeto e ensinamentos diários; por estarem sempre presentes, ao meu lado.

À minha irmã, Maria Cecília, por ser meu brilho no escuro. Exemplo de mulher que enche a minha vida de alegria e que me proporciona a segurança necessária para seguir em frente.

Aos amigos e às amigas de toda a vida, por estarem ao meu lado nos mais diversos momentos e por serem parte formativa do meu caráter e dos meus valores.

Aos amigos e às amigas que o CCJ/UFSC me premiou, por todas as lições e experiências compartilhadas, capazes de tornar os nossos dias mais leves.

Àqueles que me receberam nos seus ambientes de trabalho enquanto estagiário, pela paciência e pelos conhecimentos transmitidos: Dr. José Rubens Morato Leite, Dr. João Vicente Pandolfo Panitz, Dr. Alexandre Luiz Ramos, Dra. Carolina Medeiros Bahia, Dr. Ruy Samuel Espíndola, Dr. Rodrigo Valgas dos Santos, Dr. Paulo Afonso Malheiros Cabral e Dr. Wilson Knoner Campos.

À professora orientadora Carolina Medeiros Bahia, por ter me acolhido como monitor das disciplinas de Direito Civil – Obrigações e Direito Civil – Parte Geral I, por ter aceitado a missão de orientar este trabalho e por ser um grande exemplo de retidão, seriedade e resiliência no meio acadêmico, sem perder a leveza e o afeto.

*“No passado, penso logo existo.  
No presente, nem penso logo consumo.  
No futuro penso, por quê?”*

Anita Prado

*“A liberdade consiste em conhecer os cordéis que  
nos manipulam.”*

Baruch Espinoza



**Universidade Federal de Santa Catarina**  
**Centro de Ciências Jurídicas**  
**COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E**  
**ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

**Aluno(a): Rodrigo Tissot de Souza**

**RG:**

**CPF: 092.325.869-83**

**Matrícula: 13100139**

**Título do TCC: O dano extrapatrimonial coletivo nas relações de consumo à luz dos precedentes dos Tribunais de Justiça do sul do Brasil.**

**Orientador(a): Carolina Medeiros Bahia**

Eu, **Rodrigo Tissot de Souza**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 1º de dezembro de 2017.

Rodrigo Tissot de Souza  
Rodrigo Tissot de Souza

## RESUMO

O intuito do trabalho que se apresenta é de analisar a aplicabilidade do instituto do dano extrapatrimonial coletivo (dano moral coletivo) nas relações de consumo no âmbito dos Tribunais de Justiça do Sul do Brasil, conformando o arcabouço teórico com os posicionamentos dos julgadores, de modo a realizar um cotejo de avanços e retrocessos e proporcionar subsídios para uma melhor compreensão a respeito do instituto de tutela coletiva. No primeiro capítulo, analisa-se o contexto da sociedade de consumo, da sociedade de massa e da sociedade de risco, no qual os danos, potenciais e concretos, aos direitos imateriais dos consumidores cresceram vertiginosamente. Resta evidente que a nova conformação dos danos não atinge somente os sujeitos individualmente considerados, mas que a extensão de seus efeitos pode reverberar na coletividade conjuntamente considerada. Assim, expostos os aspectos teóricos a respeito do dano moral, em sua dimensão individual, nas relações de consumo, demonstra-se a insuficiência da tutela individual para proteger e reparar os consumidores adequadamente. Desse modo, no âmbito do capítulo dois, o arcabouço do dano extrapatrimonial coletivo foi esmiuçado, apresentando as principais diferenças entre a tutela individual e a tutela coletiva; o esboço histórico do instituto; as hipóteses de cabimento; o procedimento para a aplicação, fixação e destinação das condenações; as objeções e as finalidades atribuídas ao instituto. A partir do substrato legal vigente no Brasil, é possível notar a potencialidade de ampla proteção dos direitos transindividuais dos consumidores, principalmente pela forte carga dissuasória que o dano extrapatrimonial coletivo contém. Nesse sentido, o capítulo três busca verificar o papel que o instituto do dano extrapatrimonial coletivo tem cumprido nos Tribunais de Justiça do Sul do Brasil. Muito embora grande parcela dos julgadores, quando enfrentam o mérito, apresentem satisfatório conhecimento a respeito do instituto, a análise dos precedentes fez evidente o lapso de utilização do instituto é ocasionado pela escassa produção acadêmica em torno do tema. As fundamentações das decisões que não acolhem o cabimento do instituto estão atreladas aos vetustos paradigmas da responsabilidade civil clássica, com um viés marcadamente individualista. Conclui-se, portanto, que o debate acadêmico é necessário, de modo a informar os juristas a respeito do instituto, suas especificidades e a nova racionalidade, de viés coletivista, que se faz necessária para que a proteção dos direitos transindividuais ocorra de forma concreta e eficiente.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Direito do Consumidor. Dano Moral Coletivo. Dano Extrapatrimonial Coletivo. Direitos Transindividuais. Precedentes.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>1 O DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....</b>	<b>12</b>
<b>1.1 A SOCIEDADE DE MASSA E A SOCIEDADE DE RISCO.....</b>	<b>12</b>
<b>1.2 RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FATO DO PRODUTO/SERVIÇO .....</b>	<b>16</b>
1.2.1 O risco do desenvolvimento .....	22
<b>1.3 O DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....</b>	<b>24</b>
1.3.1 Escorço histórico no Brasil.....	24
1.3.2 Conceito e elementos caracterizadores.....	27
1.3.3 Questões de responsabilidade civil e de direito processual no CDC para a aplicação do dano moral .....	30
1.3.4 Critérios de arbitramento do <i>quantum</i> indenizatório.....	35
<b>1.4 DAS FUNÇÕES DO DANO MORAL E DA INSUFICIÊNCIA DA TUTELA INDIVIDUAL PARA A CONCRETIZAÇÃO DO SUBSISTEMA DE CONSUMO....</b>	<b>37</b>
<b>2 DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO .....</b>	<b>41</b>
<b>2.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS A RESPEITO DOS DIREITOS COLETIVOS LATO SENSU .....</b>	<b>43</b>
<b>2.2 ESCORÇO HISTÓRICO E CONCEITO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO.....</b>	<b>46</b>
2.1.1 A inadequação do termo <i>dano moral coletivo</i> .....	48
<b>2.3 IMPOSSIBILIDADE DE TRANSPOSIÇÃO DA TEORIA DO DANO MORAL INDIVIDUAL .....</b>	<b>50</b>
<b>2.4 OBJEÇÕES AO DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO .....</b>	<b>53</b>
<b>2.5 ELEMENTOS CARACTERIZADORES E CASOS DE APLICAÇÃO.....</b>	<b>56</b>
<b>2.6 PROCEDIMENTO DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO .....</b>	<b>61</b>
<b>2.7 DA QUANTIFICAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO E DA DESTINAÇÃO DO <i>QUANTUM</i> COMPENSATÓRIO .....</b>	<b>68</b>
<b>2.8 A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO COM CARÁTER PUNITIVO .....</b>	<b>73</b>
<b>3 O DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO E OS PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS DO SUL DO BRASIL .....</b>	<b>81</b>
<b>3.1 EVOLUÇÃO DA COMPREENSÃO DO INSTITUTO NO SUPERIOR</b>	

<b>TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....</b>	<b>83</b>
<b>3.2 PRECEDENTES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ.....</b>	<b>86</b>
<b>3.3 PRECEDENTES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA.....</b>	<b>93</b>
<b>3.4 PRECEDENTES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL..</b>	<b>100</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>110</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>115</b>

## INTRODUÇÃO

O presente estudo, apresentado como Trabalho de Conclusão de Curso do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, busca elucidar os aspectos teóricos e práticos do instituto da responsabilidade civil conhecido como dano extrapatrimonial coletivo (dano moral coletivo) no âmbito das relações de consumo. A partir do arcabouço teórico a respeito dos danos extrapatrimoniais na esfera coletiva, serão analisados os comportamentos dos três Tribunais de Justiça do Sul do Brasil em relação ao instituto de tutela coletiva, de modo a averiguar o papel que cumpre o instituto enquanto instrumento de eficácia dos direitos do consumidor.

Para delimitação do tema, parte-se da análise da sociedade de massa e da sociedade de consumo, bem como do desenvolvimento do conceito de dano moral, especialmente na sua dimensão coletiva. Nesse sentido, busca-se estudar de que forma o Poder Judiciário tem utilizado o instituto e se tal utilização é suficiente para a preservação dos direitos transindividuais.

Sobre as justificativas do estudo, cumpre destacar o contexto de relações de consumo massificadas, como consequência da sociedade de massa e da sociedade de consumo. Resultam das relações massificadas as violações aos direitos do consumidor, hodiernamente mais frequentes e com efeitos coletivos e difusos. Por outro lado, registra-se parca satisfação, no que toca ao Poder Judiciário, quando da reclamação das ilegalidades cometidas pelos fornecedores que atingem os direitos de personalidade dos consumidores. O número de demandas judiciais que versam sobre tais violações cresce em ritmo exponencial e reflete com precisão esta realidade, ao passo que as respostas emanadas do Poder Judiciário à sociedade são insuficientes enquanto meios legítimos e eficazes para frear as práticas inadequadas dos fornecedores.

Concretamente, a sociedade de massa aumentou os riscos a que estão expostos os consumidores, ao passo que a responsabilização dos fornecedores segue atrelada à lógica da responsabilidade civil clássica, afeita a soluções individualistas. No entanto, o ordenamento jurídico pátrio apresenta substrato legal capaz de oferecer a proteção necessária aos direitos transindividuais, pertencentes aos consumidores conjuntamente considerados.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro, por meio da edição da Lei da Ação Civil Pública, n. 7.347/1985, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, n. 8.078/1990, trouxe um novo olhar acerca da tutela dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, notadamente do direito do consumidor,

com a previsão da possibilidade de condenação por dano extrapatrimonial ou moral coletivo.

Assim, a relevância social da pesquisa decorre da escassa produção acadêmica em torno do instituto, bem como da reduzida aplicação por parte do Poder Judiciário da referida modalidade de dano, que urge ser superada a partir de uma releitura constitucional da responsabilidade civil. Isso importa, principalmente, em evitar a transposição dos conceitos ligados ao dano moral individual para o dano extrapatrimonial ou moral coletivo, dadas as suas respectivas especificidades, que serão devidamente abordadas no decorrer da pesquisa.

A proteção dos direitos transindividuais é aspecto crucial para o incremento da efetividade do subsistema consumerista, podendo tornar a coletividade, enquanto tal, considerada nos processos produtivos dos fornecedores. O processo coletivo pelos danos imateriais aumenta o espectro de responsabilização dos fornecedores, de modo a desencorajar as práticas abusivas e violadoras com base no cálculo econômico inerente ao sistema de produção vigente, evitando que as ofensas sejam meios eficazes de ampliação dos lucros.

Feitas as considerações a respeito do recorte temático proposto, formula-se o problema central: é possível afirmar que o instituto do dano extrapatrimonial coletivo, tendo em conta os precedentes dos três Tribunais do Sul do Brasil, tem servido como instrumento de eficácia dos direitos transindividuais do consumidor?

A formulação do problema conduz à subsequente hipótese básica: albergado na doutrina, o instituto apresenta grande potencial de satisfazer os objetivos da tutela coletiva consumerista. No entanto, a aplicação nos Tribunais estudados é inconstante e merece ser analisada.

Com o intuito de estabelecer parâmetros adequados ao desenvolvimento da temática, fixa-se determinadas variáveis: complexidade da sociedade contemporânea, que esconde um relevante potencial de dano aos consumidores; o fundamento de tutela dos direitos imateriais dos consumidores; a análise das funções das compensações por dano moral e a insuficiência da tutela individual para a eficácia do direito do consumidor; a relevante quantidade e extensão das relações de consumo, frutos da velocidade das mudanças sociais, que reclamam a tutela coletiva como forma de proteção contra as violações dos consumidores; o substrato legal do ordenamento, que oportuniza a tutela coletiva como meio de concretização e afirmação dos direitos enunciados; e a aplicação tímida e inconstante dos Tribunais analisados, que demonstram, no geral, conhecimento a respeito do instituto, mas não o aplicam com a frequência necessária.

Como objetivo geral, busca-se demonstrar que o instituto do dano extrapatrimonial coletivo aprimora a tutela dos direitos transindividuais, avançando e não se confundindo com

a tutela individual, servindo como instrumento de eficácia do direito do consumidor, a merecer a análise atenta no que toca aos avanços e retrocessos dos Tribunais estudados.

Estabelecido o objetivo geral, o desdobramento necessário é a definição dos objetivos específicos: contextualizar a sociedade de consumo e as mudanças nas relações entre consumidores e fornecedores; o incremento nos potenciais danos à personalidade dos consumidores; conceituar o dano moral, demonstrando a insuficiência da tutela individual para a eficácia do direito do consumidor; elucidar o conceito e a necessidade de aplicação do dano extrapatrimonial coletivo como instrumento de melhoria no sistema de proteção ao consumidor; analisar os aspectos gerais da tutela coletiva, bem como os efeitos no desestímulo às práticas violadoras dos fornecedores; estudar o desenvolvimento da compreensão a respeito do instituto no âmbito dos Tribunais no Sul do Brasil, de modo a vislumbrar aspectos positivos e negativos em cada um dos Tribunais.

A metodologia utilizada consiste na pesquisa descritiva, adotado o método de abordagem dedutivo e procedimento monográfico e de análise de precedentes, valendo-se da técnica de pesquisa bibliográfica em fontes primárias e secundárias, com revisão de textos e de casos práticos no âmbito dos Tribunais especificados.

Como estrutura, optou-se pelo recorte do trabalho em três capítulos. O primeiro é dedicado ao exame genérico do dano moral nas relações de consumo. Busca-se, portanto, contextualizar a sociedade em que estamos inseridos, as principais práticas que ensejam a reparação pelos danos morais e a análise teórica do instituto em sua dimensão individual. Para tanto, elucida-se o esboço histórico do instituto, o conceito atual, os elementos caracterizadores, as funções enunciadas e a insuficiência da tutela individual para a concretização do subsistema de consumo.

O instituto do dano extrapatrimonial coletivo é o foco do segundo capítulo. Para isso, serão necessárias as noções introdutórias a respeito dos direitos coletivos *lato sensu*, o estabelecimento do conceito do instituto, que redundará na demonstração da inadequação do termo *dano moral coletivo*, bem como da impossibilidade de transposição da doutrina do dano moral individual para a tutela coletiva. Além disso, a análise dos elementos caracterizadores, as objeções, os critérios de arbitramento do *quantum*, a destinação das condenações e a pretensa função punitiva exercida pelo instituto.

O terceiro capítulo destina-se à abordagem dos precedentes judiciais dos Tribunais de Justiça do Paraná, de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul. Desse modo, pretende-se elucidar os aspectos controvertidos da aplicação do dano extrapatrimonial coletivo nas relações de consumo, verificando os avanços e retrocessos, bem como o desenvolvimento da

compreensão do instituto no âmbito do Poder Judiciário. Assim, a análise vislumbra fornecer os subsídios necessários para que o instituto aumente o espectro de proteção dos direitos transindividuais da coletividade conjuntamente considerada nas relações de consumo.

A aprovação do presente Trabalho de Conclusão de Curso não representa o endosso da Professora Orientadora, da Banca Examinadora e do CCJ/UFSC ao conjunto de ideias e considerações sobre as quais se fundamenta ou que nele são expostos.

## **1 O DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

O capítulo que inaugura o estudo proposto trata do dano moral, enquanto instituto basilar da responsabilização por danos extrapatrimoniais, em sua dimensão individual.

Para tal, é necessário compreender o fenômeno social ao qual a sociedade está submetida, qual seja, a sociedade de massa, cujas causas e decorrências serão abordadas a seguir. Ainda, é mister agregar ao arcabouço conceitual sociológico o fenômeno da sociedade de risco, que aumenta a exposição dos consumidores a eventuais danos.

A soma dos fatores sociais e comportamentais notados por estudiosos como Bauman, Baudrillard e Beck são capazes de justificar o crescimento dos danos sofridos pelos consumidores, na mesma medida em que a sociedade de consumo impulsiona o fluxo relacional entre fornecedores e consumidores.

A violação de situações existenciais, denotadas, de forma a simplificar a terminologia, por meio da expressão constitucionalmente afirmada como “dignidade”, é percebida pela Responsabilidade Civil, que prevê a devida reparação por meio do instituto do dano moral. Afirme-se, desde já, que a violação aos direitos básicos dos consumidores, afirmados no artigo 6º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, doravante CDC, também é capaz de ensejar a aplicação do instituto do dano moral.

Para inaugurar o debate a respeito da aplicabilidade do dano moral individual nas relações de consumo, o supracitado alicerce de conhecimento sociológico faz-se necessário. A partir de então, somados aos aspectos sociológicos, a explanação da nova exposição de riscos (e das novas categorias de riscos), da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, da responsabilidade pelo risco do desenvolvimento, bem como das questões procedimentais e materiais do dano moral, será possível concluir pela insuficiência da tutela individual do dano moral para a satisfação e o devido respeito aos direitos dos consumidores.

### **1.1 A SOCIEDADE DE MASSA E A SOCIEDADE DE RISCO**

As alterações sociais ocorridas durante o século XX receberam diversas denominações a depender do foco de análise. As diversas facetas do agrupamento humano são representadas como “sociedade de massa”, “sociedade de consumo”, “sociedade de risco”, dentre outros. A grande diferença entre as “sociedades” supra e os termos “pós-moderna”, “pós-industrial” e “pós-iluminista” é a de que os últimos representam a ultrapassagem de uma época, ao passo que as denominações iniciais reforçam dimensões

específicas e definidoras da sociedade contemporânea (BARBOSA, 2014, p. 7)

As relações de consumo foram radicalmente alteradas com o advento da sociedade de massa. A complexidade inerente a essa nova conformação social aumentou a exposição dos consumidores aos potenciais danos aos enunciados direitos, especialmente aos atinentes à personalidade dessa categoria de sujeitos vulneráveis. Nesse sentido, a análise da sociedade de consumo, com a adequada caracterização e interligação à sociedade de risco, são fundantes do contexto a que se apresenta a necessidade de estudo dos institutos que tutelam os direitos imateriais dos consumidores, tanto na dimensão individual quanto na dimensão coletiva.

Não obstante o direito do consumidor tenha ganhado força enquanto sistema jurídico autônomo na segunda metade do século XX, as alterações sociais que justificam a necessidade de proteção ao consumidor são mais antigas. Ferguson (2012, p. 237) afirma que a Revolução Industrial era sustentada pelo fato de que, junto do desenvolvimento tecnológico, surge uma sociedade de consumo marcada pela introdução dos trabalhadores à condição de consumidores.

Por outro lado, parcela dos historiadores afirma que a alteração dos padrões de consumo precedeu à Revolução Industrial, contrariando a supracitada constatação de Ferguson. A justificativa para tal assertiva é de que não há se supor um aumento de nível revolucionário da produção sem que haja o prévio aumento na demanda (BARBOSA, 2014, p. 15).

A sociedade de massa explicaria tal aumento de demanda. Em sua essência, é responsável pela padronização de comportamento, de modo que o ser humano passa a sentir-se mais confortável ao ver-se igual aos demais. A indústria cultural e midiática faz nascer o “homem-massa”, representação da homogeneização comportamental aludida pelo filósofo José Ortega y Gasset (2002, p. 114-120). De início, impende ressaltar que o conceito de sociedade de massa desfaz a falsa ideia de que a escolha da identidade e do estilo de vida é um ato individual e arbitrário (BARBOSA, 2014, p. 9).

O contexto de cultura de consumo reforça um estilo de vida necessário. A individualidade, a roupa, o corpo, o discurso, o lazer, costumavam ser signos de identificação no grupo social, mas passaram a ser um requisito de admissibilidade no grupo social pretendido (BARBOSA, 2014, p. 23). De tal modo que o consumo uniformizado tornou-se o foco da vida social, a gerar a perene vontade de consumir sem necessidade, tão somente para ser parte do todo.

No que concerne aos reflexos às relações de consumo, principalmente com a escalada do volume consumido e dos riscos de dano, retorna-se às décadas de 50 e 60 do século XX,

no pós-Guerra e no contexto de formação dos Estados-nação. Nunes destaca que o modelo de produção instaurado no século XX representa a massificação da produção, com uniformidade de produtos e barateamento dos custos para os fornecedores (2005, p. 68).

Tal uniformização de padrões comportamentais ocasiona, conforme observado, uma homogeneização de produtos, que reflete na “estandardização” das relações jurídicas decorrentes do consumo. Todo esse fenômeno é observado diante da apatia dos seres humanos, confortáveis com a adequação ao padrão estabelecido e inconscientes dos riscos a que são submetidos cotidianamente.

Em sentido congênere, a mudança de paradigma da relação entre consumidores e fornecedores, bem como todo o agrupamento social que circunda estas relações, é estabelecida por Baudrillard (2008, p. 21-22) como “sociedade de consumo”, nascida em meados do século XX, quando o aumento da oferta e consumo de bens e produtos causou diversos problemas sociais. A profusão dos bens e serviços alterou, inclusive, a concentração da valorização social, que agora está focada no consumo e nos seus signos de massificação.

Muito embora semelhantes, é possível concluir que os conceitos de sociedade de massa e sociedade de consumo são complementares. Não se trata de relação de causalidade, em que um tenha dado causa ao outro, mas a massificação da produção é consequência de um crescimento exponencial de demanda, principalmente se considerada a uniformização dos desejos de consumo. São movimentos paralelos que, em determinado momento, misturam-se na problematização social que se apresenta.

Lopes (1996, p. 109-115) corrobora a caracterização da sociedade de consumo, adicionando a problemática da estratificação social, como uma sociedade de massas e de classes, cujas relações são definidas pelo mercado, a permitir interações anônimas e despersonalizadas entre um número relevante de pessoas, determinadas pela sua posição no processo produtivo.

Portanto, a uniformização dos padrões de consumo, a escalada da produção industrial uniformizada e a “estandardização” das relações jurídicas decorrentes do consumo são as características fundamentais da sociedade de massa e igualmente os pressupostos para a abordagem a respeito dos danos observados aos direitos dos consumidores.

Marques afirma que com a nova conformação das relações de consumo, a partir da massificação, tornou os contratos na forma de adesão<sup>1</sup>, modificando o comércio jurídico para um formato despersonalizado e desmaterializado (2005, p. 65). Ainda, devido à massificação,

---

<sup>1</sup> Considerado como o contrato em que as cláusulas tenham sido definidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

diversas informações são negligenciadas aos consumidores e agravam o espectro vulnerabilidade desse grupo de sujeitos. Desse modo, a perda da pessoalidade foi inevitável e colocou direitos básicos dos consumidores em constante estado de ameaça pelas práticas agressivas e massificadas dos fornecedores, cujos objetivos passaram a ser a expansão de mercado e a redução dos custos de produção.

Nunes rememora que os custos para a produção em série com um nível de segurança de isenção de vícios ou defeitos é elevadíssimo, de modo que o fornecedor assume o risco de fabricação e prestação de serviços a um custo que não prejudique o benefício econômico que pretende ser realizado (2005, p. 155-156). Tal opção, que não conta com a participação do consumidor, acaba por expor o último aos riscos de dano da atividade do fornecedor. Assim, os grandes grupos econômicos colocam em circulação, diariamente, uma infinidade de produtos cujos riscos podem atingir, direta ou indiretamente, os direitos da personalidade e, em última medida, a dignidade dos consumidores.

A respeito da nova conformação social, não há como olvidar de Beck (2010, p. 12-13) e o conceito de “sociedade de risco”, como a forma com que a sociedade moderna responde ao risco, difuso, de incertezas fabricadas e de efeitos desconhecidos, características da transição entre a modernidade e a pós-modernidade. Analisa, ainda a passagem da sociedade agrária para a social e a dissolução da sociedade industrial, para uma conformação inominada pelo referenciado autor.

A massificação da produção escamoteia os riscos aos quais a sociedade está exposta. A ideia vendida pela propaganda dos fornecedores é a de que quanto mais industrializado um bem, mais hermético ele será, de modo que a exposição aos riscos é reduzida.

Leite e Pope (2016, p. 34) ao analisarem a sociedade de consumo e a sociedade de risco afirmam que, muito embora os pontos de vista sejam distintos, as interconexões entre as teorias evidenciam a complementariedade entre elas. Tal complementariedade oferece uma compreensão mais complexa e multifacetada da realidade vivenciada na pós-modernidade. Em pertinente paralelo sob o viés dos problemas ambientais, também aplica-se às relações de consumo o reconhecimento de que a instalação do consumismo e da elevação e aceitação dos riscos abstratos e imprevisíveis deu-se em nome do alcance do pretense bem-estar social, promessa não cumprida da pós-modernidade.

Acerca da exposição dos riscos, o conceito de “irresponsabilidade organizada”, também cunhado por Beck (2002, p. 9-10), demonstra a dificuldade de atribuição da responsabilidade pelas incertezas e potencialidade de danos, que concentram os benefícios do capitalismo para poucos e distribuem as externalidades negativas para toda a coletividade.

Verificam-se situações mais graves, em que os fornecedores agem dolosamente para maximizar os seus ganhos, tendo plena consciência que afetarão diretamente direitos básicos do consumidor. Vale ter em conta os casos de adulteração de combustíveis, visto que o ano de 2016 apresentou o dobro do número de postos lacrados pela constatação da prática criminosa, com a gritante quantidade de 137 estabelecimentos em todo o país (GARCIA, 2017).

Violações dolosas que atingem diretamente a saúde dos consumidores são ainda mais graves, como o caso trazido à tona pela Operação Leite Compensado, no ano de 2017. Fornecedores alteravam a composição do leite no estado do Rio Grande do Sul, com a adição de insumos como a soda cáustica e neutralizantes proibidos, tudo para aumentar o volume e reduzir os custos de produção (LEHMEN, 2017). Dentre os consumidores afetados, muitos compõem a parcela dos hipervulneráveis, como crianças, idosos e analfabetos.

Elucida-se, portanto, a exposição a novos riscos, mais graves, imprevisíveis, de difícil constatação e sem qualquer controle por parte dos consumidores, que têm a sua vulnerabilidade agravada frente à produção massificada e ao desenvolvimento tecnológico. Pertinentes, neste ponto, as reflexões de Bauman (1998) sobre a efemeridade do consumo como consequência da modernização e a impiedosa lógica do consumo e do mercado, denominando estes tempos “modernidade líquida”, complementar significação à superveniente sociedade de consumo.

Frente à nova realidade das relações consumeristas, em que a própria identidade passa a ser dependente do ingresso na sociedade de consumo, tornando-se um requisito de integração social e de satisfação existencial (BAUMAN, 2008, p. 71), o ordenamento jurídico pretendeu se adaptar e criar institutos jurídicos suficientemente eficazes e sofisticados para que os direitos do consumidor fossem concretizados.

## 1.2 RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FATO DO PRODUTO/SERVIÇO

Ainda que o cerne do trabalho seja a elucidação das questões concernentes ao dano extrapatrimonial coletivo, impende destacar, ainda que rapidamente, a disciplina do ordenamento pátrio no que tange à responsabilidade civil pelos acidentes de consumo. Justifica-se o tópico pela numerosa quantidade de demandas judiciais propostas em decorrência de acidentes de consumo, das quais parcela majoritária inclui entre os pedidos a reparação pelos danos extrapatrimoniais.

Benjamin, Marques e Bessa criticam o termo “responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço” por entenderem que os produtos e/ou serviços não são capazes de

produzir, por si, fatos. Advertem que o foco de tal terminologia é o elemento material causador, preferindo e sugerindo um termo que enfoque no aspecto consequencial, cunhando o termo “responsabilidade pelos acidentes de consumo” (2016, p. 167).

No contexto de acesso a bens de consumo e progresso tecnológico, a massificação da produção e da prestação de serviços fez-se presente, de modo que os consumidores foram, gradativamente, expostos a riscos de danos outrora desconhecidos, elevando a periculosidade da atividade de consumo (BOAVENTURA, 2002, p. 157).

A responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço é caracterizada quando há dano ao consumidor decorrente de defeito no produto ou no serviço. Para a adequada compreensão do tema, cumpre elucidar, de início, que o sistema de responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço no CDC não segue a divisão clássica do Direito Civil entre a responsabilidade contratual e extracontratual. A lógica do subsistema protetivo dividiu-se em responsabilidade pelo fato do produto/serviço e responsabilidade pelo vício do produto/serviço, isso por ser levado em conta o espectro de sujeitos que podem sofrer danos em decorrência de fatos do produto/serviço.

Faz-se necessário distinguir o fato e o vício do produto ou serviço enquanto categorias de responsabilização autônomas. O fato está ligado à teoria da segurança, sendo uma anomalia extrínseca decorrente de defeito do produto, perpetrando dano ao consumidor. O prazo extintivo do direito é prescricional, considerando que depende de provimento jurisdicional condenatório na pretensão reparatória. Por outro lado, o vício está relacionado à teoria da qualidade, sendo identificado por uma anomalia intrínseca. Sempre decorre de vínculo contratual entre fornecedor e consumidor, representando os reclames por impropriedade ou inadequação do produto para o consumo. O prazo extintivo é decadencial, já que o consumidor tem a oportunidade de exercer direito potestativo de reclamar perante o fornecedor com a finalidade de obter a substituição ou reparação anterior à pretensão judicial (FILGUEIRAS et al., 2015, p. 117).

Tratadas as questões introdutórias, cumpre dispor os elementos caracterizadores da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (responsabilidade pelo acidente de consumo). A disciplina do CDC a respeito do tema encontra-se compreendida entre os artigos 12 e 17. O artigo 12 abrange os fatos dos produtos, ao passo que o artigo 14 dispõe acerca dos fatos dos serviços.

O CDC não obriga que os produtos sejam ausentes de riscos, a considerar que tal obrigação seria impraticável. Inclusive, os riscos à saúde e à segurança são aceitáveis, desde que normais e previsíveis, conforme exigência dos artigos 8º e 9º.

Os acidentes de consumo são causados por defeitos nos produtos, agredindo um dos direitos básicos dos consumidores, a segurança. O pressuposto essencial para que haja a incidência da responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço é o dano. Para além do dano, deve ser constatada a desconformidade com uma expectativa legítima do consumidor em relação ao produto ou serviço e a capacidade que estes apresentam de provocar acidentes. Desse modo, fica evidente que os bens de consumo devem, além de exercer a função econômica com regularidade, cumprir com um objetivo de segurança.

Como a expectativa legítima do consumidor é aspecto subjetivo, Benjamin, Marques e Bessa (2016, p. 170) esmiúçam duas concepções para complementar tal requisito: a normalidade e a previsibilidade do risco. Os defeitos causadores de eventuais acidentes de consumo não devem estar entre os que os consumidores cogitam como normais ou previsíveis do uso regular e adequado do produto em questão.

Como não há processo produtivo que reduza a zero a periculosidade dos produtos, não há se falar em isenção de perigo em quaisquer produtos. Tendo isso em conta, a doutrina subdivide a periculosidade dos produtos em inerente e adquirida, de modo a delimitar o grau de tolerância da exposição dos consumidores aos riscos. A periculosidade inerente é a que contempla a normalidade e a previsibilidade dos riscos, de modo que não induz defeito, tendo nos ensinamentos de Benjamin, Marques e Bessa (2016, p. 173), os exemplos de facas (cortam) e travesseiros (sufocam). A segunda categoria de periculosidade é a adquirida, na qual reside o defeito. O problema em relação à segurança manifesta risco superior ao legitimamente esperado pelo consumidor, tendo a marca da imprevisibilidade, redundando na inépcia das advertências como meio de elidir a responsabilização do fornecedor.

Os defeitos, que têm o condão de tornar a periculosidade dos produtos “adquirida”, são subdivididos em defeitos de concepção, de produção e de informação. Boaventura ensina que os defeitos de concepção estão ligados à inobservância da técnica ou por erro na escolha do material, geralmente aptos a atingir todos os produtos da série fabricada (2002, p. 170). Já os defeitos de produção podem ser objeto cálculo estatístico, posto que são inerentes à mecânica produtiva e apresentam íntima relação com o controle de qualidade do fornecedor. Por fim, os defeitos de informação decorrem da insuficiente ou inadequada informação ao consumidor. Tal inobservância torna o produto comercializado, outrora de periculosidade inerente, revestido por insegurança, tendo os medicamentos como maiores exemplos.

Merece destaque o ensinamento que reforça o supraexposto acerca dos defeitos dos produtos (FILGUEIRAS et al., 2015, p. 125):

O defeito do produto pode ser causado não somente por inerente inconformidade de segurança, seja advinda de falha no projeto ou na sua fabricação. O defeito do produto pode também originar-se da imprecisão de sua apresentação, pela circunstância de não prestar informação suficiente ou inadequada sobre os riscos próprios do bem de consumo e as cautelas necessárias para evitar possível acidente de consumo.

Cumprido destacar a noção de defeituosidade para Rocha (2000, p. 95), que está “essencialmente ligada à expectativa do consumidor. Afirma-se, portanto, que o produto é defeituoso quando ele é mais perigoso para o consumidor ou usuário do que legitimamente ou razoável se podia esperar”, de modo a justificar a posição de parcela minoritária da doutrina, ocasionada pela subjetividade do conceito. A ressalva em questão diz respeito à distinção entre vício e defeito, a considerar que parte dos autores entende não haver diferenças entre as figuras, mas tão somente entre as consequências jurídicas (NUNES; SERRANO, 2003, p. 178).

Nos incisos do artigo 12, parágrafo 1º, do CDC estão listadas as circunstâncias relevantes que devem ser levadas em consideração ao identificar o acidente de consumo, sendo os elementos de valoração do caráter defeituoso do produto. A análise é, via de regra, feita no caso concreto. O inciso I abarca a apresentação do produto, que muito tem a ver com o processo informativo capaz de alertar o consumidor a respeito dos riscos e uso adequado do produto. O inciso II trata do uso e risco que razoavelmente se espera do produto, retomando o ponto inicial de previsibilidade e normalidade enquanto aspectos subjetivos dos consumidores. Por fim, o inciso III aborda o aspecto temporal no qual o produto foi colocado em circulação. No ponto, merece destaque o fato de que as novas tecnologias não apresentam a capacidade de tornar defeituoso um produto com tecnologia inferior. Outra possível consequência do aspecto temporal é o questionamento acerca da responsabilidade pelo risco do desenvolvimento, objeto do próximo tópico.

Nesse sentido, para configurar a responsabilização pelo fato do produto ou do serviço deve-se verificar a ocorrência de acidente de consumo, de modo que a perquirição de culpa é prescindível. Para efeitos de indenização, considera-se fato do produto ou do serviço qualquer acidente provocado por produto ou serviço que causar dano ao consumidor, com todas as vítimas equiparáveis, segundo o artigo 17 do CDC.

Uma particularidade presente na responsabilização por acidentes de consumo refere-se aos sujeitos responsáveis pelo dever de indenizar, disciplina do artigo 12 do CDC. O legislador fixa, como responsáveis pelo dever de indenizar os danos decorrentes por vícios de qualidade por insegurança, o fabricante, o construtor, o produtor e o importador. O

comerciante não está incluído, de início, entre o rol dos responsáveis, mas poderá ser chamado a responder subsidiariamente, como se verá.

Benjamin, Marques e Bessa (2016, p. 176-177) classificam os responsáveis em três modalidades: o real (fabricante, construtor e produtor), o presumido (importador) e o aparente (comerciante).

Inicialmente, tratar-se-á dos responsáveis reais. Os fabricantes são todos os que participam da cadeia produtiva, considerados os expoentes da sociedade de massa. Não é apenas o fabricante final, mas todos os que participam, ainda que com a fabricação de peças, com a montagem ou com a fabricação de matérias-primas. Todos são solidariamente responsáveis e cabe ação de regresso contra o responsável identificado como único causador. Os produtores são os que colocam no mercado os produtos não industrializados, geralmente de origem vegetal ou animal (BOAVENTURA, 2002, p. 168). Os construtores são os responsáveis pela introdução de produtos imobiliários, seja pelo fornecimento de bens ou de serviços. De acordo com Boaventura, os defeitos de solidez do solo (serviço) ou de materiais utilizados na obra (produto) são imputáveis ao construtor (2002, p. 168). No segundo caso, são solidariamente responsáveis os fabricantes do referido produto.

O único responsável presumido é o importador, ficção jurídica criada pelo subsistema consumerista para facilitar a reparação dos danos causados ao consumidor. Fala-se em presunção pelo fato de que o importador é equiparado aos verdadeiros fabricantes, de modo que algum dos participantes da cadeia de consumo possa ser responsabilizado, retirando do consumidor o exagerado ônus de arcar com os danos.

Por fim, em obediência ao artigo 13 do CDC, o comerciante, tido como o responsável aparente. Conforme referido acima, o comerciante pode ser chamado a responder subsidiariamente em três hipóteses: impossibilidade de identificação do fornecedor, ausência de identificação clara do fornecedor e má conservação dos produtos perecíveis. Nas duas primeiras hipóteses, o comerciante responde pelo fato de que o consumidor não conseguirá localizar com êxito o real responsável pelo dano ocasionado. No último caso, o comerciante responde diretamente, já que deu causa ao acidente de consumo quando deixa de conservar adequadamente os produtos perecíveis, dando ensejo ao nexo de causalidade entre o dano sofrido e a atividade do comerciante.

Em respeito à sistemática do CDC e tendo em conta as dificuldades probatórias dos consumidores ao configurarem a culpa do fornecedor, o subsistema adota a responsabilidade objetiva, baseada na teoria do risco da atividade. Ainda, em reforço ao ideal de prevenção e reparação dos acidentes de consumo, disposto no artigo 6º, VI, do CDC, o sistema adota a

inversão do ônus da prova decorrente de lei (artigo 12, parágrafo 3º), e não do juízo, como ocorre nos casos de responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço. Com tais instrumentos, Benjamin, Marques e Bessa afirmam que o CDC buscou implantar, em matéria de acidentes de consumo, a justiça distributiva, única capaz de redistribuir os riscos inerentes à sociedade de consumo (2016, p. 179).

As causas de exclusão da responsabilidade estão presentes nos incisos do artigo 12, parágrafo 3º, do CDC. Cumpre destacar que, como a inversão do ônus da prova decorre de lei, caberá sempre ao fornecedor a prova de incidência dos casos enumerados. O inciso I trata da não colocação do produto no mercado, já que o fornecedor deve, voluntariamente, ter tido a iniciativa de colocar em circulação a mercadoria causadora de danos. O inciso II abarca a inexistência de defeito, causa necessária e eficiente de rompimento do nexo de causalidade entre o fornecedor e o dano. Por fim, o inciso III alude à culpa exclusiva da vítima e a culpa de terceiro, casos em que o fornecedor sequer concorreu, por ação ou omissão, para o resultado danoso, imputável exclusivamente à vítima ou à terceiro.

Em relação ao caso fortuito e à força maior, a doutrina muito debateu sobre a sua aplicabilidade enquanto excludente de responsabilidade, a considerar que o CDC não os trazia de forma expressa, dando ensejo à discussão a respeito da aplicabilidade do CC. Boaventura defende que nem o caso fortuito, nem a força maior são capazes de romper o nexo de causalidade na responsabilidade fundada no risco, por se tratar de sistema diferente do adotado pelo CC (2002, p. 177). Por outro lado, filiando-se ao entendimento majoritário, abraçado pela doutrina e jurisprudência, que aceita o caso fortuito e a força maior como excludentes de responsabilidade, estão Benjamin, Marques e Bessa (2016, p. 187) e Filgueiras, Lima, Mattozo, Muniz, Pinto e Santana (2015, p. 127), para quem o sistema tradicional do Código Civil não foi afastado, não sendo possível identificar nexo de causalidade a ser imputado ao fornecedor, motivo pelo qual não deve haver responsabilização.

Por fim, cumpre abordar a solidariedade inerente à reparação pelos fatos do produto ou do serviço, coerente com o princípio da efetiva prevenção e reparação dos danos. Conforme cediço, a diferença entre o artigo 12 e o artigo 14 do CDC refere-se à designação dos agentes responsáveis. Na responsabilidade pelo fato do produto são designados o fabricante, o produtor, o construtor e o incorporador, excluindo o comerciante da via principal. Assim, na responsabilidade pelo fato do produto, a solidariedade restringe-se entre os sujeitos nominados, excluindo a cadeia inteira de fornecedores. Por outro lado, o artigo 14 trata da responsabilidade pelo fato do serviço e utiliza o termo fornecedor, incluindo todos os partícipes da cadeia produtiva, que respondem solidariamente pelo dano causado pelo defeito

do serviço.

### 1.2.1 O risco do desenvolvimento

O risco do desenvolvimento, desde a vigência do CDC, foi incessantemente debatido pelos doutrinadores e pela própria jurisprudência. A importância de tal modalidade de risco é vasta, principalmente se considerado o potencial de dano, em gravidade e em número de consumidores afetados, que o referido risco comporta. Importa, portanto, à presente monografia o estudo de sua definição e de suas consequências jurídicas.

A respeito de uma definição de risco do desenvolvimento, Benjamin (1991, p. 67) leciona:

O risco que não pode ser cientificamente conhecido no momento do lançamento do produto no mercado, vindo a ser descoberto somente após um certo período de uso do produto e do serviço. É defeito que, em face do estado da ciência e da técnica à época da colocação do produto ou serviço em circulação, era desconhecido e imprevisível.

Os casos que envolvem o risco do desenvolvimento e a sua concretização em dano são inúmeros e historicamente conhecidos como, por exemplo, a *talidomida*, medicamento desenvolvido na Alemanha e comercializado em 146 países a partir da década de 50 do século XX. O uso do medicamento durante os três primeiros meses de gestação poderia causar terríveis efeitos colaterais nos fetos, a citar as deformações (STOCCO, 2007, p. 47). Para além dos medicamentos, a tecnociência abrange diversos outros riscos atrelados ao desenvolvimento e a falta de necessária aptidão técnica para detectar eventuais desastres, especialmente em áreas como a medicina genética ou o desenvolvimento de alimentos geneticamente modificados.

Relatada a atualidade e a importância da questão, adentra-se na polêmica doutrinária e jurisprudencial, qual seja, o reflexo na responsabilidade civil quando da concretização de danos decorrentes de risco do desenvolvimento. A primeira questão é se há responsabilidade do fornecedor que introduziu o produto no mercado. A segunda questão é se, caso tenha havido a diligência exigível à época da colocação do produto no mercado, configura-se uma excludente de responsabilidade.

Filiam-se à primeira corrente Stocco (2007, p. 48), Ferreira da Silva (2006, p. 54) e Tepedino (1993, p. 136), defensores de que não há se falar em responsabilização do fornecedor por danos decorrentes do risco do desenvolvimento, já que a oneração por danos

futuros acabaria por desestimular o investimento em tecnologias de pesquisa e segurança. Afirmam, ainda, que a internalização dos custos de eventuais indenizações tornaria os produtos mais caros, impedindo o acesso da população aos medicamentos, por exemplo. Por fim, alegam não haver defeito, posto que quando da colocação no mercado de consumo o produto apresentava perfeição técnica e científica, atendendo ao artigo 12, III, do CDC.

Os referidos autores defendem que o risco do desenvolvimento deve configurar excludente de responsabilidade, a exemplo do que adotou a Comunidade Europeia por meio da Diretiva 85/374/CEE, em 1985. Afonso e Variz, em solo português, afirmam que “o produtor não é responsável pela aplicação da diretiva se provar que o estado do conhecimento científico e técnico no momento em que o produto foi posto em circulação não permitia detectar a existência do defeito” (1991, p. 41-44).

Doutra banda, Benjamin, Marques e Bessa (2016, p. 188-190), Silva e Saraiva (2012, p. 143-146) e Cavalieri Filho (2011, p. 308-310), que sustentam a possibilidade de responsabilização dos fornecedores e não consideram cabível o risco do desenvolvimento como causa eficiente à exclusão de responsabilidade.

Para melhor compreensão do posicionamento da segunda corrente, pertinente a lição de Nery Júnior (1998, p. 56):

A justa expectativa dos consumidores e do público em geral frente aos produtos lançados no mercado é de que eles funcionem adequadamente, de acordo com a finalidade para a qual foram desenvolvidos, e que, simultaneamente, ofereçam segurança aos seus usuários. Por conseguinte, o produtor tem essa dupla obrigação: de fornecer produtos adequados às suas próprias finalidades; e que sejam seguros, vale dizer, que no seu uso regular não ofereçam riscos além daqueles que, eventualmente, sejam inerentes ao próprio produto. Vem ao caso a obrigação de segurança.

O posicionamento dos autores supra é pautado na lógica da teoria do risco, que deu origem à responsabilidade objetiva e que inspira o CDC. De tal modo que, na hipótese de excluir a responsabilidade pelo risco do desenvolvimento, a sistemática da responsabilidade subjetiva estaria restaurada e os consumidores arcariam com risco desproporcional.

A própria vulnerabilidade do consumidor é a base do CDC, que visa a reequilibrar socialmente as relações jurídicas travadas com finalidade de consumo. Desse modo, a incerteza não pode ser depositada sob o consumidor, principalmente tendo em conta que os fornecedores exercem atividade econômica e auferem os benefícios financeiros da relação de consumo. A transferência do referido risco é gritantemente injusta e incompatível com a lógica protetiva do CDC.

Benjamin, Marques e Bessa consideram o risco do desenvolvimento como uma espécie de defeito de concepção por carência de informação científica ou técnica, conformando-se como uma anomalia de segurança (2016, p. 188). Cavalieri Filho enquadra o risco do desenvolvimento como um caso de fortuito interno – parte integrante da atividade do fornecedor e incapaz de excluir sua responsabilidade (2011, p. 309).

Com base no sistema de responsabilidade objetiva e com a vivaz exigência moderna de que nenhum consumidor vítima de acidente de consumo deve arcar com os riscos da tecnociência, posto que não cabe ao consumidor ser sacrificado pela capacidade científica dos fornecedores, os beneficiários da sociedade de consumo devem ser os responsáveis por eventuais compensações pelos danos os quais suas atividades tenham dado causa.

### 1.3 O DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O tópico que se inicia tem por finalidade a exposição das principais características do instituto do dano moral em seu aspecto individual, situando-o no tempo e no espaço. Para tanto, há a necessidade de expor o desenvolvimento histórico do instituto, a sua aceitação pela doutrina e jurisprudência e a posterior inclusão no sistema jurídico positivado.

Conforme pode-se observar na prática da responsabilidade civil, muitos dos institutos existentes são moldados nos embates doutrinários e culminam em adaptações da legislação ou modificação de entendimentos jurisprudenciais. A importância do escorço histórico resume-se na justificativa da existência do instituto e, principalmente, diferenciá-lo, posteriormente, do dano moral ou extrapatrimonial coletivo.

Com a análise detida do dano moral em sua dimensão individual, especialmente nas relações de consumo, será forçoso analisar a sua (in)suficiência enquanto instituto que pretende concretizar os direitos do consumidor.

#### 1.3.1 Escorço histórico no Brasil

O dano moral é reconhecido de modo unânime pela doutrina e pela jurisprudência, tendo sido insculpido no artigo 5º, V e X da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Muito embora atualmente seja inquestionável a possibilidade de ver reparados danos imateriais, durante considerável lapso temporal o sistema jurídico negou sua aplicação.

No contexto pré-codificado, o dano moral não era aceito enquanto meio eficiente à reparação da violação à bens imateriais. Conforme destaca Cahali, aceitava-se a ideia de um

mal (sofrimento) físico ou moral resultante de um delito, ainda que não houvesse relação direta com o patrimônio do ofendido. Por outro lado, o autor pontua que a aceitabilidade da existência do dano, enquanto sofrimento moral, não significava a necessidade de satisfação pecuniária (2005, p. 45).

Com o advento do Código Civil de 1916, marcadamente influenciado pelo Código de Napoleão, de índole individualista e patrimonialista, o dano moral não foi contemplado com previsão expressa. Ocorre que muitas das previsões do Código Civil previam a reparação de danos que, segundo os juristas, tutelavam os direitos da personalidade, mas sempre atrelados aos danos patrimoniais, a exemplo a indenização por ofensa à liberdade pessoal, de acordo com o artigo 1.550 do referido Código.

A doutrina, no entanto, desconfortável com a incapacidade do Código Civil de 1916 de reparar os danos imateriais, passou a defender a autonomia do dano moral em relação ao dano material. Tal posicionamento decorreu da interpretação do artigo 159 do Código Civil de 1916, que obrigava aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violasse direito ou causasse prejuízo, a reparar o dano.

Como os Tribunais apenas aceitavam a reparação dos danos morais quando atrelados aos danos materiais, a doutrina teve de se esforçar e fazer com que os Tribunais compreendessem a necessidade do direito se adaptar à sociedade. A partir de então, segundo Cahali, exsurge um movimento de revisão dos entendimentos, a favor de uma interpretação mais ampla dos interesses morais, tão renegados em uma sociedade individualista e patrimonialista (2005, p. 52).

Conforme ensinam Chaves de Farias, Rosenvald e Braga Netto, ainda antes da Constituição de 1988, por volta dos anos 60 do século XX, julgados já reconheceram o dano moral enquanto categoria autônoma, ultrapassando o entendimento do Supremo Tribunal Federal, de que seria inadmissível a reparação por danos morais sem que deles decorressem danos morais (2016, p. 293). Ocorre que o reconhecimento do dano moral como categoria autônoma não foi puro, já que no cômputo da indenização, era evidente que se estava arbitrando o valor da indenização com base nos danos materiais sofridos.

Novamente, cumpre trazer à baila as elucidações de Chaves de Farias, Rosenvald e Braga Netto, que abordam o *leading case* do reconhecimento do dano moral enquanto categoria autônoma (2016, p. 294):

O divisor de águas que sinalizou a mudança de rumo aconteceu no STF, num julgado da relatoria do Ministro Aliomar Baleeiro. Nele, o Supremo deu

provimento a um recurso extraordinário e reconheceu que o dano moral é, sim, reparável. No caso concreto, a ação foi proposta pelos pais, em razão do falecimento de duas crianças – de 9 e 6 anos – vitimadas por um acidente cuja culpa foi atribuída à empresa de ônibus. Os tribunais inferiores reconheceram a culpa da empresa, mas, como não havia dano material – as crianças naturalmente não trabalhavam -, não concedeu indenização, pois o dano moral puro, isto é, o dano moral desacompanhado de um dano material, não seria, segundo os padrões mentais da época, indenizável. O STF deu provimento ao recurso, e concedeu, nesse julgado, a indenização pelo dano moral. Porém, o avanço foi relativo, porque o Supremo determinou que a indenização fosse calculada com base naquilo que os pais gastaram até ali com a criação e educação dos filhos.

Não há como esconder a compreensão tida pelo STF de que os filhos compunham a esfera patrimonial da família, a demonstrar que o avanço em relação ao dano moral existiu, mas não satisfatoriamente. A grande objeção à indenização por danos morais era a impossibilidade de quantificar, em pecúnia, a dor, o sofrimento, ou até mesmo a violação de valores éticos. Denotava-se uma inversão de valores, já que o aspecto econômico era mais determinante que o aspecto existencial.

A virada definitiva ocorreu com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, doravante CRFB/1988, que insculpiu no artigo 5º, V e X, no livro “dos direitos e das garantias fundamentais”. a reparabilidade dos danos morais sofridos. Em suma, a CRFB/1988 retirou qualquer margem de dúvida em relação à reparação dos danos morais de modo autônomo. A partir de então, ações que visassem somente os danos morais, deveriam ser analisadas normalmente, como uma nova categoria de danos.

A disposição constitucional contempla, ainda que tardiamente, a mudança de compreensão a respeito dos direitos da personalidade, ocasionada pela reflexão após a II Guerra Mundial, frente às atrocidades do regime nazista. O ser humano passa a centralizar o ordenamento, tendo a sua dignidade como pedra de toque. Nesse sentido Bodin de Moraes afirma (2003, p. 147):

O que antes era tido como inconcebível passou a ser aceitável, e, de aceitável, passou a evidente. Se era difícil dimensionar o dano, em questão de poucos anos tornou-se impossível ignorá-lo. Se era imoral receber alguma remuneração pela dor sofrida, não era a dor que estava sendo paga, mas sim a vítima, lesada em sua esfera extrapatrimonial, quem merecia ser compensada pecuniariamente, para assim desfrutar de alegrias e outros estados de bem-estar psicofísico, contrabalançando os efeitos que o dano causara em seu espírito.

A partir da CRFB/1988, os demais diplomas passaram a incorporar o dano moral, a

exemplo do CDC no artigo 6º, VI e VII; do Código Civil de 2002, com a cláusula geral de responsabilidade por dano moral, nos artigos 186 (responsabilidade objetiva) e 927 (responsabilidade subjetiva).

Conforme pôde-se perceber, a reparabilidade do dano moral é, hoje, inquestionável. Permanece, no entanto, a polêmica acerca do instituto, que agora concentra-se na sua caracterização e, até mesmo, no seu conceito, conforme passa-se a analisar.

### 1.3.2 Conceito e elementos caracterizadores

Não há mais dúvida cabível quanto à plena existência e aplicabilidade do dano moral enquanto categoria autônoma na responsabilidade civil, conforme exposto no tópico anterior. Doutra banda, o legislador optou por não conceituar dano moral por meio de lei, de modo que o conceito do instituto em comento ainda gera intensa discussão na doutrina e na jurisprudência. Mesmo após os quase 30 anos de vigência da CRFB/1988, os juristas ainda discordam em relação ao conceito a ser adotado.

No contexto de pré-positivação do dano moral, ou seja, anterior ao advento da CRFB/1988, o conceito majoritário, apoiado no individualista e patrimonialista Código Civil de 1916, ligava o dano moral ao dano material. Nesse sentido, o dano moral seria a dor e o sofrimento decorrentes de uma lesão perpetrada ao ofendido, desde que houvesse repercussão patrimonial.

Em um contexto seguinte, observou-se a dissociação do dano moral em relação ao dano material, mas ainda restou preservado o requisito ligado à dor e ao sofrimento. Como exemplo, tem-se o conceito passado de dano moral para Silvio Rodrigues, para quem o dano moral representa “a dor, a mágoa e a tristeza infligida injustamente a outrem” (1989, p. 206). No mesmo sentido as lições pretéritas de Bittar, que conceituava os danos morais como “a tradução de turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis ou constrangedoras, ou outras deste nível, produzidas na esfera do lesado” (1994, p. 31).

Após a positivação do instituto, com a CRFB/1988, não era mais possível sustentar a ligação entre o dano material e moral. No entanto, os juristas se esforçaram para criar uma fundamentação que manteve intocados todos os resquícios patrimonialistas do entendimento anterior, exurgindo o que Chaves de Farias, Rosenvald e Braga Netto chamaram de “esquizofrenia jurídica” (2016, p. 296).

O divórcio das noções de dor e sofrimento do conceito de dano moral tornou-se urgente. A necessidade de separá-los é expressada pela afirmação de que não é a dor, a

angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do efeito danoso que caracteriza a incidência do instituto. São, tão somente, apenas consequências do dano (DINIZ, 2009, p. 93). Gonçalves também afirma a necessária dissociação entre o dano moral e a dor ou o sofrimento, afirmando que, caso fosse mantida a cultura jurídica que exige tais características, haveria privilégio pela consequência e não pela causa do dano (2015, p. 388-389).

Muito embora a doutrina já tenha compreendido e afirmado que a configuração do dano moral prescinde da dor e do sofrimento, é comum observar diversos julgados cuja justificativa, enquanto elemento caracterizador, para a condenação à reparação dos danos morais é a existência de dor e sofrimento. O contrário também se observa, ainda que exista adesão considerável dos juízes e juízas ao Enunciado n. 444 do Conselho da Justiça Federal: “O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento”. Em suma, nas palavras de Bodin de Moraes (2003, p. 130): “Não é a dor, ainda que se tome esse termo no sentido mais amplo, mas sua origem – advinda de um dano injusto – que comprova a existência de um prejuízo moral ou imaterial indenizável”.

Com a necessidade de encontrar um critério adequado para albergar os danos morais, a doutrina passou a defender a sua configuração a partir da lesão a determinada categoria de direitos, sem que necessariamente haja dor ou sofrimento. No contexto de reafirmação dos direitos da personalidade, após a II Guerra Mundial, a CRFB/1988 adotou, ainda que tardiamente, a dignidade da pessoa humana como pedra de toque do ordenamento jurídico.

A partir dessa valorização, passado o contexto de imprescindibilidade da dor e do sofrimento, parcela majoritária da doutrina passou a identificar o dano moral como lesão aos direitos da personalidade. Para Cavalieri Filho (2012, p. 90):

Como se vê, hoje o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos - os complexos de ordem ética -, razão pela qual podemos defini-lo, de forma abrangente, como sendo uma agressão a um bem ou atributo da personalidade. Em razão de sua natureza imaterial, o dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização.

No mesmo sentido, Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 97):

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário,

nem comercialmente redutível a dinheiro. É o dano que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos de personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

Mais recentemente, parcela considerável da doutrina, adepta do movimento do Direito Civil Constitucional, da qual são exemplos Chaves de Farias, Rosenvald e Braga Netto (2016, p. 298-301); além de Bodin de Moraes (2003, p. 72), passou a identificar o dano moral com a lesão à dignidade da pessoa humana. Os referidos autores justificam tal adequação com o receio de que a identificação do dano moral com os direitos da personalidade acabem por tornar minimalista o conceito do instituto. Doutra banda, os primeiros autores referidos no parágrafo advertem para que não haja alusão descomprometida à dignidade da pessoa humana, evitando a sua banalização (2016, p. 301).

Nesse sentido, o conceito adotado pela monografia que se desenvolve é o de dano moral como lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela. Tal conceito valoriza a dignidade da pessoa humana como fundamento do sistema jurídico e coloca a pessoa, junto de seus atributos existenciais, no centro do ordenamento, com a merecida e necessária proteção frente às violações cotidianas, especialmente nas relações de consumo.

Por fim, para ilustrar a compreensão atual a respeito do tema, o Superior Tribunal de Justiça, no informativo n. 0513, de 2013, traz julgado de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que exemplifica a configuração da indenização por dano moral quando demonstrada a ocorrência de ofensa injusta à dignidade da pessoa humana, dispensando-se a comprovação de dor e de sofrimento.

O Direito do Consumidor estabeleceu como princípio do subsistema a reparação integral dos danos, com previsão no artigo 6º, VI, do CDC, de forma a assegurar a reparação de todos os danos suportados, inclusive os de ordem moral. Nesse sentido, de acordo com os ensinamentos de Bolson, cabe ao operador do direito identificar, nas relações de consumo, as violações à dignidade do consumidor, tendo em mente a opção da CRFB/1988 em estatuir o nível de dignidade enquanto valor em si mesmo (2003, p. 279).

Como não há definição legal de critérios objetivos de incidência do instituto do dano moral como meio eficiente à reparação dos danos ao consumidor, Melo alerta para a necessidade de prudência no papel desempenhado pelos juízes e juízas, já que estes são os responsáveis pela subsunção do suposto fato violador à proteção legal ao consumidor (2012, p. 105-106).

Na sociedade massificada, as relações de consumo travadas são numerosas e a

necessidade de coexistir de modo respeitoso é imperiosa. Ainda assim, dissabores cotidianos ou meros contratempos são inerentes ao meio social a que os cidadãos estão submetidos e não merecem guarida do sistema protetivo consumerista. As lesões ao patrimônio imaterial do consumidor devem ser relevantes e, em analogia ao criticável e reducionista parâmetro de incidência utilizado para aferir o princípio da boa-fé objetiva, capazes de ofender o cidadão-médio em sua dignidade.

### 1.3.3 Questões de responsabilidade civil e de direito processual no CDC para a aplicação do dano moral

O Código de Defesa do Consumidor modificou diversos dogmas da responsabilidade civil clássica e do direito processual. Tais alterações tiveram por finalidade a ampliação do espectro de proteção dos sujeitos submetidos aos danos e foi justificada pela vulnerabilidade inerente às relações de consumo. O princípio da vulnerabilidade foi adotado pelo CDC no artigo 4º, I. A respeito da vulnerabilidade, preciosa a lição de Noronha (1997, p. 17):

O princípio da vulnerabilidade do consumidor é o mais importante dos já referidos, até por ser ele que justifica o especial relevo daqueles, no âmbito do Direito do Consumidor. Com ele pretende-se significar que, nas relações entre fornecedores e consumidores, estes são “partes fracas” (mas não necessariamente hipossuficientes), correndo sempre risco de serem afetados jurídica e economicamente, em consequência de vários fatores. É este princípio que verdadeiramente confere características específicas ao Direito do Consumidor, podendo justificadamente ser considerado o grande princípio informador deste ramo do direito

Benjamin, Marques e Bessa (2016, p. 88-94) abordam as diversas facetas da vulnerabilidade, que não são compreendidas em um conceito único. A obra dos autores elenca quatro espécies: a vulnerabilidade informacional, a vulnerabilidade técnica, a vulnerabilidade jurídica e a vulnerabilidade fática ou socioeconômica. A vulnerabilidade informacional é intrínseca ao modelo da sociedade de consumo, a considerar que a informação é abundante, mas manipulada e controlada, de modo a ter o potencial de confundir o consumidor. A vulnerabilidade técnica refere-se a ausência, por parte do consumidor, de domínio a respeito de conhecimentos específicos dos produtos ou serviços, que o torna enfraquecido frente ao fornecedor. A vulnerabilidade jurídica aborda o lapso informacional a respeito dos direitos, redundando na redução de controle a respeito das relações jurídicas travadas, que no mais das vezes são prejudiciais aos consumidores. Por fim, a vulnerabilidade fática ou socioeconômica

é aquela na qual o poderio econômico do fornecedor o coloca em posição de superioridade, podendo infligir diversos infortúnios aos consumidores.

Tendo em vista a relevância da vulnerabilidade nas relações de consumo, o subsistema protetivo teve de realizar diversas adaptações à teoria clássica da responsabilidade civil para dirimir tais desigualdades. O reconhecimento da fragilidade do consumidor em relação aos aspectos jurídicos, técnicos e econômicos é um relevante avanço e consagra a tentativa de tratar desigualmente os desiguais, com vistas ao equilíbrio das posições contratuais e à realização da justiça social.

De início, cumpre estabelecer que o dever de reparar os danos morais pode ter origem contratual ou extracontratual. De acordo com Melo, no primeiro caso observa-se a hipótese padrão do consumidor direto, cuja dignidade foi lesada em decorrência da relação de consumo, exigindo-se a existência de um vínculo contratual prévio entre fornecedor e consumidor (2012, p. 70). Desse modo, presente a relação contratual, os danos decorrem, em geral, de vícios ou fatos do produto ou serviço em questão, emoldurando-se o consumidor no conceito do artigo 2º do CDC.

Já no caso da responsabilidade extracontratual, observa-se o fenômeno da equiparação à condição de consumidor àqueles que são vítimas do fato do produto ou do serviço (*bystander*), conforme dispõe o artigo 17 do CDC, ou aos consumidores expostos às práticas comerciais abusivas, nos termos do artigo 29 do CDC como, por exemplo, a inclusão em bancos de dados (artigos 43 e 44 do CDC) e as violações decorrentes de publicidade abusiva (artigos 36 a 38 do CDC). Nessas situações, há extensão dos direitos do consumidor aos terceiros que, inicialmente, não compunham a relação de consumo. A referida equiparação é necessária para que haja ampla proteção da sociedade e de seus indivíduos frente aos riscos das atividades econômicas desenvolvidas pelos fornecedores. Sequer faria sentido que uma vítima de um fato do produto, alheia à relação de consumo, tivesse maiores dificuldades em ter os seus direitos tutelados se comparado ao consumidor padrão, sendo compelido a recorrer à disciplina comum da responsabilidade civil.

A responsabilidade civil clássica, no que tange ao nexo de imputação, adota a teoria subjetiva, exigindo, para configurar o dever de reparar os danos, a violação de alguma norma de cuidado, ou seja, a culpa do ofensor, nos termos dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil de 2002. Ocorre que, no contexto da sociedade massificada e da sociedade de risco, conforme abordado no item 1.1, os riscos passaram a ser anônimos, de difícil identificação e de difícil identificação das causas. No caso do Direito do Consumidor, tal fenômeno de convivência com o risco é agravado, a considerar a vulnerabilidade dos sujeitos.

A opção do legislador, ao editar o CDC, foi pela teoria objetiva da responsabilidade civil, na qual observa-se a ausência de constatação do elemento culpa. Conforme Chaves de Farias, Rosenvald e Braga Netto, a adoção da responsabilidade objetiva não foi novidade no ordenamento jurídico, dado que o fenômeno é observado desde 1912, com a Lei n. 2.681, que trata da responsabilidade das *estradas de ferro* em relação aos proprietários marginais e aos usuários do serviço (2016, p. 468).

Cavaliere Filho defende que a responsabilidade objetiva na responsabilidade civil de consumo tem esteio na teoria do risco da atividade, forçando uma redistribuição dos riscos. Desse modo, aquele que se dispõe a exercer qualquer atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa (2012, p. 287). Antes do advento do CDC, o consumidor era quem arcava com os riscos da atividade, a considerar a grande dificuldade de produção probatória a respeito das alegações dos consumidores pelo desconhecimento dos processos produtivos.

Nada justificaria tamanha onerosidade aos consumidores, de forma que o fornecedor assume um papel de garante diante da sociedade. Do contrário, o consumidor arcaria com um risco demasiado elevado, cabendo ao fornecedor, beneficiário da atividade econômica, ser responsabilizado pelos custos sociais dos danos, expressão máxima da justiça distributiva. Ainda, Rizzatto Nunes destaca o aspecto econômico da responsabilidade objetiva, que estimula os fornecedores a aprimorarem os seus processos produtivos, reduzindo os riscos do consumo. Por fim, o mesmo autor reforça que a responsabilidade objetiva é baseada na elevada dificuldade que os consumidores têm em produzir provas concretas de culpa dos fornecedores pelos danos sofridos, frente às vulnerabilidades abordadas (2012, p. 212-218).

Cumprido destacar que o CDC excepciona a responsabilidade objetiva nos casos de falhas na prestação de serviços por profissionais liberais, nos termos do artigo 14, § 4º, hipóteses em que a responsabilidade é subjetiva, cabendo ao lesado produzir a prova de culpa do profissional liberal. De qualquer modo, Melo destaca que ao juiz ou juíza, ainda é facultado a inversão do ônus da prova sempre que houver verossimilhança na alegação, ou quando o consumidor for hipossuficiente, nos termos do artigo 6º, VIII, do CDC. Por fim, relevante o alerta formulado por Benjamin (1991, p. 80):

O Código é claro ao asseverar que só para a “responsabilidade pessoal” dos profissionais liberais é que se utiliza o sistema alicerçado em culpa. Logo, se o médico trabalhar em hospital responderá ele apenas por culpa, enquanto a responsabilidade do hospital será apurada objetivamente.

Ainda que, regra geral, seja dispensada a apuração de culpa dos fornecedores, pela opção legislativa acima exposta, para que haja a configuração do dano moral é imprescindível que tenha havido, por parte do(s) fornecedor(es), uma ação ou omissão. Para além da ação ou omissão, o liame imaterial que conecta a ação ou omissão ao dano também é necessário, o chamado nexo de causalidade.

No que tange aos aspectos processuais, inicia-se com ônus probatório do dano moral sofrido, a regra geral do Código de Processo Civil, insculpida no artigo 373, I, estatui que cabe ao autor provar fato constitutivo de seu direito. Nem mesmo no Código de Processo Civil tal norma é rígida, permitindo a redistribuição do ônus probatório no parágrafo primeiro do artigo 373. Ocorre que o subsistema consumerista rompeu os paradigmas existentes à época de sua edição e permitiu a inversão do ônus da prova quando verossímil a alegação do consumidor ou em face da hipossuficiência, decorrente da dificuldade de produção probatória, nos termos do artigo 6º, VIII, do CDC.

A inversão do ônus probatório exposta no parágrafo supra é conhecida como inversão *ope judicis* e se refere ao artigo 6º, VIII, do CDC. Ainda, segundo Cavalieri Filho, existe no sistema consumerista, a inversão *ope legis*, com exemplos de aplicação nos artigos 12, 14 e 38 do CDC (2011, p.107). A inversão *ope legis* independe de valoração do julgador e ocorre automaticamente nos casos de fato do produto ou serviço e publicidade abusiva, por exemplo. Desse modo, cabe ao fornecedor comprovar a existência de alguma das excludentes de responsabilidade para que possa se eximir do dever de reparar os danos, conforme exposto no item 1.2.

O momento da inversão do ônus da prova sempre ensejou calorosos debates, tendo sido assentada a corrente que prestigia o contraditório em relação à inversão do ônus da prova. Como consequência de tal definição, Benjamin, Marques e Bessa afirmam se tratar de regra de instrução, e não regra de julgamento. A decisão, portanto, que estabelece a inversão do ônus da prova deve ocorrer durante o saneamento do processo (2016, p. 95). Caso ocorra após o saneamento, deve-se garantir ao fornecedor a oportunidade de apresentar as provas que detenha.

Ainda que abordada a inversão do ônus da prova, cumpre elucidar alguns aspectos a respeito da prova da ocorrência do dano moral. Respeitadas as normas especiais de responsabilidade civil e de procedimento para a apuração da responsabilização do fornecedor, em diversos casos entende-se que demonstrado o ilícito, presume-se a existência de dano moral. Tal afirmação se justifica pelo fato de que o dano moral ocorre no interior da

personalidade do consumidor, prescindindo de prova em juízo. A aceitabilidade do dano moral *in re ipsa* ocorre nas relações com bancos, inscrição indevida em bancos de dados (ressalvada a súmula n. 385 do STJ, que não identifica a existência de dano moral quando da existência de prévia inscrição legítima), atrasos/cancelamentos de voos, dentre outros.

Por fim, são relevantes breves anotações no que tange aos institutos da prescrição e da decadência, que ganharam novos contornos com o CDC. De início, impende ressaltar que a prescrição está atrelada aos acidentes de consumo, ao passo que a decadência liga-se aos vícios de produtos ou serviços.

Em síntese, a prescrição representa a perda do direito de poder exigir um comportamento, ou seja, a perda do direito à pretensão em razão do decurso do tempo. Por outro lado, a decadência significa a perda de um direito não exercido pelo titular no prazo previsto em lei, culminando na perda do direito em si.

Em relação aos danos causados por acidente de consumo, o prazo prescricional é de cinco anos, a contar do conhecimento do fato e de sua autoria, conforme disposto no artigo 27 do CDC (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 331).

Por outro lado, os danos causados por vício do produto ou do serviço, são disciplinados pela decadência. O prazo decadencial está disciplinado no artigo 26, I e II, do CDC e será de 30 dias tratando-se de vício de produto ou serviço não durável; será de 90 dias tratando-se de produto ou serviço durável.

De acordo com Cavalieri Filho, o CDC traça a distinção entre o vício oculto e o vício aparente, considerando que a dificuldade na identificação justifica um tratamento diferente no que tange ao termo inicial. O termo inicial do vício oculto é o seu recebimento ou a prestação do serviço, já que de fácil identificação, conforme o artigo 26, §1º do CDC; o termo inicial do vício aparente é o momento em que o vício fica evidenciado, nos termos do artigo 26, §3º do CDC (2011, p. 336). Se houver garantia contratual, tal garantia se põe ao lado da garantia legal. Dessa forma, a garantia legal passa a ser contada apenas com o término da garantia contratual, representando uma soma de garantias (CHAVES DE FARIAS, ROSENVALD, BRAGA NETTO, 2016, p. 732).

#### 1.3.4 Critérios de arbitramento do *quantum* indenizatório

Com o advento da CRFB/1988, especificamente em seu artigo 5º, V e X, foram ultrapassadas as discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da adequação do instituto do dano moral ao ordenamento jurídico brasileiro. A partir de então, o ponto de maior controvérsia passou a ser a fixação do valor da indenização.

Os critérios para fixação dos danos materiais são substancialmente mais simples, se comparados aos danos morais. Para os danos materiais, basta aferir a diferença patrimonial negativa observada pelo ofendido, sendo essa diferença o valor do dano material. Por outro lado, conforme leciona Seabra, não há critério de equivalência absoluta para mensurar o dano moral sofrido pela vítima, já que o prejuízo imaterial é impalpável (2003, p. 53-55).

Em reforço, o princípio da reparação integral foi adotado pelo subsistema consumerista, nos termos do artigo 6º, VI, do CDC, ditando que deve-se privilegiar a efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais sofridos pelo consumidor. Como não há se falar em reparação *in natura* às violações ensejadoras de danos morais, posto que é extremamente difícil a neutralização dos efeitos negativos do ato violador por meio de outro comportamento do ofensor, a reparação integral deve ser feita por meio de pecúnia.

Santana (2003, p. 173-174), em obra que trata do dano moral nas relações de consumo, afirma que o valor fixado deve, frente a complexidade da atividade intelectual de fixação, atender às finalidades compensatória, punitiva e preventiva. Para além disso, o referido autor ensina o funcionamento do ordenamento pátrio, descrevendo que o sistema brasileiro prevê o pagamento de um valor global, sem distinção das finalidades as quais cada parte pretende satisfazer.

É de se destacar a proibição da tarifação dos valores a título de reparação por danos morais, embora a discussão entre os juristas tenha sido intensa. Leis como o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n. 4.117/1962), o Código Eleitoral (Lei n. 4.737/1965) e a Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/1962) adotavam o sistema de tarifação, razão pela qual a modalidade detinha inúmeros adeptos que pretendiam a tarifação na seara consumerista. Nunes elucida que o advento do CDC espancou com qualquer intenção de tarifação, posto que adotou o princípio da reparação integral dos danos, no artigo 6º, VI (2011, p. 187). A tarifação redundaria no fato de que o consumidor arcaria com o excedente entre o valor do dano e o valor reparado, contrariando frontalmente o princípio enunciado acima.

Assentado, portanto, o entendimento de que a fixação da reparação é ato exclusivo e indelegável do juízo, único credenciado a realizar tal operação (THEODORO JÚNIOR, 2016,

p. 41-42). Ressalte-se que tal sistema não é inatacável, a considerar que parcela minoritária da doutrina, capitaneada por Rui Stoco, critica o excesso de poder concedido ao magistrado ou à magistrada, a eventual insegurança jurídica criada e a possibilidade de os valores fixados variarem de acordo com os valores do julgador (2007, p. 1.687).

Como forma de superar as críticas formuladas ao arbitramento pelo Poder Judiciário dos valores das reparações por danos morais, deve o julgador valer-se dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Igualmente, Santana afirma que a inexistência de critérios legais não isenta o juiz ou juíza de observar os critérios lógicos de fundamentação da sentença, de modo a possibilitar o controle de racionalidade do ato (2014, p. 184).

A observância da adequada fundamentação da decisão justifica aos interessados que a prestação jurisdicional não decorreu de uma opção intuitiva do magistrado, conforme leciona Bodin de Moraes (2003, p. 270-273). Somente dessa forma, “posiciona-se a distinção entre o valor *arbitrado* judicialmente e a indesejada *arbitrariedade* na valoração do dano moral” (SANTANA, 2014, p. 184).

Tendo em conta o supraexposto, doutrinadores buscam estabelecer parâmetros de análise para a fixação do *quantum* reparatório referente aos danos morais, que serão rapidamente referidos no presente tópico.

Theodoro Júnior, em espectro amplo de análise, valoriza a prudência e a equidade, reduzindo os critérios a dois, quais sejam, o nível econômico do ofendido; e o porte econômico do ofensor, ambos cotejados com as condições em que se deu a ofensa (2016, p. 43). Dessa forma, busca o autor valorizar as posições sociais e econômicas de ambos os envolvidos.

Doutra banda, Diniz estabelece proposta de critérios mais detalhados visando a homogeneidade das indenizações, conforme segue (2003, p. 266-267):

- a) evitar indenização simbólica e enriquecimento sem justa causa, ilícito ou injusto da vítima. A indenização não poderá ter valor superior ao dano, nem deverá subordinar-se à situação de penúria do lesado; nem poderá conceder a uma vítima rica uma indenização inferior ao prejuízo sofrido, alegando que sua fortuna permitiria suportar o excedente do menoscabo;
- b) não aceitar tarifação, porque esta requer despersonalização e desumanização, e evitar porcentagem do dano patrimonial;
- c) diferenciar o montante indenizatório segundo a gravidade, a extensão e a natureza da lesão;
- d) verificar a repercussão pública provocada pelo fato lesivo e as circunstâncias fáticas;
- e) atentar às peculiaridade do caso e ao caráter antissocial da conduta lesiva;
- f) averiguar não só os benefícios obtidos pelo lesante com o ilícito, mas também a sua atitude ulterior e situação econômica;

- g) apurar o real valor do prejuízo sofrido pela vítima;
- h) levar em conta o contexto econômico do país;
- i) verificar a intensidade do dolo ou o grau de culpa do lesante;
- j) basear-se em prova firme e convincente do dano;
- k) analisar a pessoa do lesado, considerando a intensidade de seu sofrimento, seus princípios religiosos, sua posição social ou política, sua condição profissional e seu grau de educação e cultura;
- l) procurar a harmonização das reparações em casos semelhantes;
- m) aplicar o critério do *justum* ante as circunstâncias particulares do caso *sub judice*, buscando sempre, com cautela e prudência objetiva, a equidade.

Conforme pôde-se observar, a proposta de critérios elaborada por Theodoro Júnior é simplista, não sendo eficiente para reduzir o decisionismo judicial. Por outro lado, Diniz traz critérios extremamente detalhistas, no mais das vezes inaplicáveis aos casos levados ao Judiciário. Nesse sentido, Santana realiza uma síntese dos extremos, propondo cinco regras a serem observadas quando do arbitramento (2014, p. 187-188): 1) satisfação pecuniária da vítima sem que seja inviabilizada a atividade econômica do ofensor; 2) equilíbrio do caso concreto às normas gerais, considerando a vítima e seu contexto, a cultura da sociedade e se houve lesão à honra ou simples emotividade; 3) considerar a espécie do fato, se civil, empresarial ou penal, por exemplo; 4) que a extensão da repercussão pública seja o triplo da repercussão da notícia de que resultou o dano; 5) avaliar se houve dano estético, redução de capacidade laboral e a condição social da vítima.

#### 1.4 DAS FUNÇÕES DO DANO MORAL E DA INSUFICIÊNCIA DA TUTELA INDIVIDUAL PARA A CONCRETIZAÇÃO DO SUBSISTEMA DE CONSUMO

Demonstrada no ponto inicial, a mudança nas relações entre consumidores e fornecedores, com o incremento da complexidade e o aumento considerável da vulnerabilidade dos primeiros, tornou a violação dos direitos da personalidade mais recorrente, merecendo a preocupação demonstrada pelo legislador.

Como os direitos da personalidade abrangem as relações de consumo e são violados com frequência assustadora, o instituto do dano moral presta-se a compensar os frequentes danos experimentados pelos inumeráveis direitos da personalidade dos consumidores.

Ao levar em conta os ensinamentos de Bittar, os danos morais são caracterizados em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade em que repercute o fato violador. Age, assim, nos aspectos íntimos da personalidade humana, ou até mesmo na valoração dela, enquanto pessoa, no meio em que vive (2000, p. 41).

Há que se dissecar adequadamente o dano moral individual e observar as funções

atribuídas ao instituto pela doutrina e o caráter das indenizações. Analisados os aspectos teóricos, deve-se perquirir a (in)suficiência da tutela individual do dano moral no que tange à concretização dos direitos do consumidor, notadamente o respeito aos direitos da personalidade e aos direitos socialmente compreendidos como pertencentes à comunidade.

Ao passo que a CRFB/1988 elevou o instituto do dano moral ao nível constitucional, há grande crítica por parcela do Judiciário e de estudiosos em relação à suposta indústria do dano moral. De início, não há que contrapor o questionamento em relação à eficácia do *boom* de ações consumeristas, que de fato é duvidosa, porém não se deve fechar os olhos para a realidade: a chamada “indústria do dano moral” é mera decorrência de violações cotidianas e reiteradas aos direitos da personalidade dos consumidores.

A responsabilidade civil é multifuncional, de modo que deve-se modular a teoria para adequá-la à realidade do instituto do dano moral. Chaves de Farias e Rosenvald (2016), Gonçalves (2016), Theodoro Júnior (2016) e Noronha (2013) convergem no sentido de que a responsabilidade civil, inclusive a reparação por dano moral, apresenta função tríplice: reparatória, punitiva e dissuasória ou preventiva.

Ao abordar os danos aos direitos da personalidade, Chaves de Farias e Rosenvald alertam que a primeira função, a reparatória (restitutória), compreendida puramente, é impossível, já que não há como reconstituir as condições em que o titular do direito se encontrava. Nesse sentido, a função reparatória se presta a minorar os efeitos do dano, com uma satisfação compensatória, no mais das vezes pecuniária (2016, p. 310-313).

Sobre a segunda função, a punitiva, Theodoro Júnior alerta a respeito da moderação e cuidado ao invocar tal finalidade. Salaria o autor de que a função punitiva é afeita ao Direito Penal, mas não ao Direito Civil, que tem por finalidade a reparação e restabelecimento - ou tentativa - do *status quo ante* (2016, p. 39). Não se deve, no entanto, olvidar a função ética exercida pela finalidade punitiva, mormente em demandas consumeristas.

A função punitiva é considerada pelos estudiosos supra, no âmbito do dano moral individual, como acessória. Tal posicionamento, no âmbito do dano extrapatrimonial coletivo deve ser revisto a partir de uma leitura constitucional das finalidades do instituto, questão a ser abordada no decorrer da monografia.

A terceira função apresenta aspecto dúplice: dissuasória e preventiva. O primeiro atua sobre o agente violador e o segundo sobre a sociedade em geral. A doutrina trata da generalidade da função como pedagógica ou educativa. Bittar afirma que tal aspecto desestimula ações lesivas, diante da perspectiva desfavorável de julgamento (1999, p. 121).

Ora, sobre o referido ponto, há que se discutir se a função dissuasória/preventiva, considerada independentemente da função punitiva, efetivamente cumpre com os objetivos a que se propõe, mormente no âmbito de aplicação consumerista, mesmo questionamento formulado acerca da função punitiva.

É cediço que grande parte das ações consumeristas são parte do grupo de processos chamados de “ações de massa”, cuja suficiência da tutela individual é questionável. Pode-se investigar diversos aspectos, desde o restrito número de consumidores que buscam a compensação individualmente pela violação aos direitos da personalidade, à contradição nas decisões judiciais e à notável despreocupação dos sujeitos passivos totais - assim compreendidos os fornecedores em relação aos direitos da personalidade dos consumidores - , frente à mudança de política de relacionamento com os consumidores.

Deve-se analisar, na dimensão individual, se o instituto do dano moral cumpre com as funções enunciadas pela doutrina e pela jurisprudência. Trata-se de conclusão necessária para que seja avaliada a força compensatória, dissuasória e pretensamente punitiva do instituto da responsabilidade civil que tutela os direitos imateriais dos consumidores.

A função reparatória é incerta e não apresenta uniformidade em juízos da mesma área territorial e, quiçá em regiões diferentes do país, de modo que o consumidor sente-se em uma verdadeira loteria compensatória. No mais das vezes as compensações não satisfazem os consumidores, de modo que não cumprem com a finalidade atribuída à pecúnia.

A função punitiva, por sua vez, deveria exercer efeito sobre os fornecedores. No entanto, o valor irrisório das condenações é incluído em um cálculo econômico de vantagens e desvantagens, de modo que os fornecedores ganham no atacado e perdem no varejo, evidenciando que é economicamente vantajoso violar os direitos da personalidade e os direitos básicos dos consumidores. Não há, como se pode prever, a necessária dissuasão no ofensor e a prevenção no corpo social.

Diante da não concretização da função punitiva, via de consequência, a tutela individual é incapaz de atuar como desestímulo à reiteração de práticas violadoras e, menos ainda, gera um retrocesso no comportamento dos fornecedores a respeito dos direitos do consumidor, justamente pela existência do cálculo supracitado.

Corroborando a respeito da ausência de eficácia da tutela individual, Santos (2015, p. 95) ensina:

É perceptível que ainda que haja conhecimento dos fornecedores da existência do consolidado repertório legal e jurisprudencial de amparo aos

consumidores, os mesmos insistem em desrespeitar as leis e a jurisprudência pacificada, tornando-se o instituto da indenização cível decorrente dos danos morais individuais, obsoletos.

Nesse sentido, no contexto de insuficiência da tutela individual dos direitos da personalidade, alarma o fato de que, no contexto da sociedade de massa, cujos danos são perpetrados em escala assustadora, diversos interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos são reiteradamente violados pelo comportamento dos fornecedores. Muitas das ameaças ou lesões a direito poderiam ser questionados judicialmente de modo individual. No entanto, chegou o momento de indagar a lesividade de tais atos frente à comunidade, conjuntamente considerada.

## 2 DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

No decorrer do século XX, a já mencionada massificação da sociedade despertou nos juristas a atenção necessária para a criação de soluções jurídicas eficazes e responsivas às práticas violadoras perpetradas pelos fornecedores, que passaram a atingir a coletividade. Para contextualizar a mudança de paradigma, valiosa a lição de Medeiros Neto (2012, p. 134):

A ampliação dos danos passíveis de ressarcimento reflete-se destacadamente na abrangência da obrigação de reparar quaisquer lesões de índole extrapatrimonial, em especial as de natureza coletiva, aspecto que corresponde ao anseio justo, legítimo e necessário apresentado pela sociedade de nossos dias. Atualmente, tornaram-se necessárias e significativas para a ordem e a harmonia social a reação e a resposta do Direito em face de situações em que determinadas condutas vêm a configurar lesão a interesses: juridicamente protegidos, de caráter extrapatrimonial, titularizados por uma determinada coletividade. Ou seja, adquiriu expressivo relevo jurídico, no âmbito da responsabilidade civil, a reparação do dano moral coletivo

As mudanças nas relações entre consumidores e fornecedores, repise-se, foram abordadas detidamente no âmbito inicial da pesquisa, que trata da sociedade de massa, sociedade de risco e a despersonalização das relações de consumo. Nesse ponto do trabalho, observar-se-á o aspecto jurídico inerente à necessidade da tutela coletiva como forma de afirmação dos direitos da personalidade, e em última instância da dignidade humana, nas relações de consumo, bem como as funções – no sentido da responsabilidade civil - assumidas pelo instituto.

Menezes, nos idos 1985, já alertava a comunidade jurídica acerca da necessidade de aprimoramento da tutela coletiva nos subsistemas jurídicos, notadamente pela complexidade projetada na sociedade, ao afirmar a realidade da sociedade de massa já à época (1985, p. 52). O referido autor anunciava o fracasso em concretizar a celeridade e eficácia da prestação jurisdicional no que tange aos direitos difusos e coletivos<sup>2</sup>.

Conforme percebe-se na contemporaneidade, as práticas violadoras de direitos da personalidade são mantidas, ainda que os fornecedores tenham certeza de que o consumidor individual obterá êxito na demanda judicial. Ocorre que, segundo Menezes, os fornecedores calculam e se locupletam na limitação do Poder Judiciário em atender os consumidores

---

<sup>2</sup> Não é incomum o fenômeno de massificação das demandas judiciais que envolvem grandes empresas de telecomunicações, operadoras de planos de saúde, seguradoras, dentre outras sociedades empresariais que exercem atividades massificadas.

titulares de direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos. É a prestação de uma jurisdição de varejo em uma sociedade de massa (1985, p. 53).

O número de ações judiciais consumeristas cresce em ritmo exponencial e, considerando a visão de composição de danos que a prestação individual atende, é necessária uma revisão por parte dos operadores do direito. A revisão deve privilegiar a prevenção de litígios, a partir de uma nova racionalidade de responsabilidade civil nas relações de consumo, tendo em conta os institutos já existentes.

Corroborar tal entendimento a Ministra Eliana Calmon, em voto proferido no REsp 1.057.274/RS – 2ª Turma STJ, julgado em 01.12.2009, cujo trecho anota-se:

As relações jurídicas caminham para uma massificação e a lesão aos interesses de massa não pode 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 iniciada com a negação do direito à reparação ao dano moral puro para a previsão de reparação 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

Incontrovertida é a necessidade de uma tutela coletiva aos direitos transindividuais. A tutela individual tem se mostrado insuficiente no cumprimento das funções punitiva e dissuasória, que recebem, em tese, melhor cumprimento quando a tutela é metaindividual.

A tutela coletiva, de acordo com Bahia e Medeiros, representa nova forma de proteção de direitos decorrentes da personalidade, vocacionados à concretização da cláusula geral de proteção da pessoa humana. Dessa forma, novos e eventuais valores incorporados à personalidade são tutelados, principalmente no que toca às consequências da “sociedade de massa”, que coloca em avanço o progresso da técnica e o aumento da produção industrial, criadores de novas ameaças (2016, p. 156-157).

Busca-se comprovar que tal forma de tutela, de direitos extrapatrimoniais coletivos, deve ser colocada em prática para que efetivamente os consumidores sintam-se respeitados e considerados nos processos produtivos e de serviços dos fornecedores. Quiçá, para que sintam-se tranquilos em relação às práticas futuras dos fornecedores nos casos de violações. Espera-se, portanto, que os fornecedores sejam capazes de adequar as suas práticas, ainda que por força de decisões judiciais, desde que realmente cumpridoras dos propósitos enunciados na teoria da responsabilidade civil.

## 2.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS A RESPEITO DOS DIREITOS COLETIVOS *LATO SENSU*

Os direitos que amparam membros de uma sociedade, coletivamente considerados, surgem no século XIX e ganham força apenas no século XX, com a tentativa de superar o individualismo inerente ao Estado liberal. Com a finalidade de dirimir as desigualdades, o Estado tornou-se mais ativista e garantidor (TEIXEIRA, 2015, p. 175).

Ainda, para além do panorama de superação do Estado liberal, há quem considere os movimentos sociais da década de 50 e 60 nos Estados Unidos, capitaneados por mulheres, negros, ambientalistas e consumeristas, como determinantes no fortalecimento dos direitos coletivos (BESSA, 2006, p. 79). No Brasil, a preocupação com a adequação da politização de questões sociais ocorreu na década de 40 do século passado, impulsionada pelo fim da II Guerra Mundial e do advento da edição da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948.

A igualdade substancial e a garantia do mínimo existencial passaram a ser as bases para uma defesa dos direitos transindividuais. Conforme elucida Teixeira (2015, p. 176), a passagem dos direitos de primeira dimensão (individuais – liberdades negativas), dos direitos de segunda dimensão (sociais – liberdades positivas), evidenciou a tentativa de promoção do bem comum por meio dos direitos de terceira dimensão (transindividuais ou metaindividuais).

Analisado, brevemente, o contexto de surgimento dos direitos coletivos *lato sensu*, cumpre elucidar a divisão existente na categoria ampla de direitos coletivos, divididos em: direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos. A referida divisão é fundamental para a compreensão do dano extrapatrimonial coletivo, mormente pelo fato do instituto não se prestar a tutelar todas as categorias da subdivisão.

Como a divisão dos direitos coletivos *lato sensu* foi realizada pelo CDC, no artigo 81 e incisos, pertinente colacionar o dispositivo legal que estabelece os critérios balizadores dos conceitos referidos (BRASIL, 1990):

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.

A divisão dos direitos coletivos *lato sensu* foi adotada pelo CDC considerando três critérios básicos: a titularidade, a divisibilidade e a origem. Nesse sentido, ao abordar a titularidade, pode-se estabelecer se as pessoas são indeterminadas e indetermináveis (direitos difusos) ou indeterminadas, mas determináveis (direitos coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos). Em relação à divisibilidade, podem ser divisíveis (individuais homogêneos) ou não (direitos difusos e coletivos em sentido estrito). Por fim, a respeito da origem, os titulares do direito podem estar ligados por uma mesma situação de fato (direitos difusos), por uma prévia relação jurídica (direitos coletivos em sentido estrito) ou por situações de fato ou de direito equivalentes (direitos individuais homogêneos) (DONIZETTI; CERQUEIRA, 2010, p. 40).

Portanto, os direitos difusos, segundo Benjamin, Marques e Bessa, são materialmente coletivos, sem que a lei lhes imponha, artificialmente, essa característica, mas sim o fato de serem necessariamente usufruídos por um número indeterminado de pessoas (2016, p. 521). Em complemento, Camargo afirma que a indivisibilidade dessa categoria de direitos faz com que a tutela seja possível unicamente de forma coletiva (2016, p. 133). Como não há se falar em relação jurídica base, os exemplos de direitos difusos na seara consumerista são os de publicidade enganosa ou abusiva (artigo 37 do CDC) e de vedação de comercialização de produtos com alto grau de periculosidade ou nocividade (artigo 10 do CDC). A marca comum dessa categoria de direitos é o fato de que os beneficiários são todos os consumidores, dado que os direitos tutelados são pertencentes à comunidade.

Os direitos coletivos em sentido estrito são indivisíveis mas, diferentemente dos direitos difusos, são pertencentes a um grupo determinável de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (TEIXEIRA, 2015, p. 178). Irretocável a lição de Watanabe, motivo pelo qual é transcrita (2007, p. 824):

Mesmo sem organização, os interesses ou direitos ‘coletivos’, pelo fato de serem de natureza indivisível, apresentam identidade tal que, independentemente de sua harmonização formal ou amalgamação pela reunião de seus titulares em torno de uma entidade representativa, passam a formar uma só unidade, tonando-se perfeitamente viável, e mesmo desejável, a sua proteção jurisdicional em forma molecular

O exemplo clássico de violação à direito coletivo em sentido estrito encontra-se nas

cláusulas contratuais abusivas inseridas em contrato de adesão (artigo 51). A tutela deve ser realizada coletivamente e os beneficiários serão todos os consumidores que mantiverem vínculo contratual com os fornecedores afetados pela eventual nulidade da cláusula abusiva. Cumpre destacar que, nos termos do artigo 103, II, do CDC, a sentença que tutela este tipo de direito detém efeito *ultra partes*, já que os efeitos não são restritos às partes processuais, mas a todos que mantêm o vínculo contratual cuja cláusula foi anulada.

Por fim, os direitos individuais homogêneos, que merecem atenção particular, pois são tutelados coletivamente mas não comportam, em regra, a aplicação do instituto do dano extrapatrimonial coletivo. Tal fato ocorre pela divisibilidade inerente aos direitos individuais homogêneos, que não guarda semelhança com as duas categorias anteriores explanadas. No caso da tutela coletiva dos interesses e direitos individuais homogêneos, a prestação jurisdicional é apenas facilitada com a união das ações em um único processo, sendo a soma dos valores revertida aos consumidores individuais.

Ainda que possa parecer, a reparação por dano extrapatrimonial coletivo não se confunde com a soma dos danos morais individuais, conforme alerta de Martins (2012, p. 101). As demandas mais comuns em matéria de dano moral coletivo atendem aos reclames da publicidade enganosa e adulteração de produtos, por exemplo. Há uma origem comum, já que o fato originário do dano é o mesmo, o que homogeneíza os sujeitos e demonstra o interesse metaindividual.

Assim, a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos cumpre um papel de eficácia judicial, no sentido de atingir uma tutela uniforme, ágil e eficiente, com fulcro no acesso à justiça. Estudiosos como Bessa (2011, p. 523) afirmam a impossibilidade de condenação em danos extrapatrimoniais coletivos em face dos direitos individuais homogêneos, já que se trata de soma de danos morais individuais, ao passo que a compensação coletiva teria marcado caráter punitivo.

O procedimento para a tutela coletiva dos direitos transindividuais, difusos ou coletivos em sentido estrito, segundo Pinto Júnior (2013, p. 88), é uma reação à injusta e intolerável agressão ou lesão a valores prezados pela sociedade, que merece compensação adequada.

## 2.2 ESCORÇO HISTÓRICO E CONCEITO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO

Demonstrada a necessidade da tutela coletiva para a garantia dos direitos transindividuais perante a sociedade, cumpre abordar a instrumentalização da defesa dos direitos do consumidor. De tal modo, merece abordagem o histórico do desenvolvimento processual que oportunizou a referida tutela, com menção especial à Lei da Ação Civil Pública e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

No contexto de modernização e adequação das relações jurídicas materiais e processuais à realidade pós-moderna, a necessária discussão acerca da tutela coletiva de interesses e direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos ganhou força na década de 70 do século XX. A concretização do debate em atos legislativos, no entanto, ocorreu apenas na década seguinte.

Com o substrato legislativo, abriu-se a possibilidade de que a tutela consumerista ultrapassasse a barreira do indivíduo e cumprisse, parcialmente, com a insuficiência destacada no capítulo anterior em relação à tutela individual, de modo que a coletividade passa a ser devidamente defendida.

Compreendida a abordagem coletiva da dignidade da pessoa humana, insculpida com a solidariedade social, no artigo 3º, I, da CRFB/88, a previsão do dano moral coletivo encontra apoio no artigo 1º, II, da Lei da Ação Civil Pública, n. 7.347/1985, alterado pela Lei n. 8.884/1994. Ainda, há previsão expressa também no artigo 6º, VI, da Lei n. 8.078/1990, o CDC.

Com a previsão da possibilidade de responsabilização dos ofensores por atos que redundem em danos morais na esfera coletiva dos consumidores, tanto na LACP quanto no CDC, o artigo 81 do CDC reforça a tutela coletiva, colaborando em sua instrumentalização.

Conceituar o dano extrapatrimonial coletivo é tarefa árdua e ao mesmo tempo importantíssima, a considerar que grande parte da dificuldade de aplicação do instituto é devida à incapacidade dos juristas de compreender a natureza única de sua aplicação. Analisando a problemática, Bessa leciona (2006, p. 79):

Motivo ensejador de equívocos é a inexistência, no campo material, de uma teoria própria e sedimentada dos direitos metaindividuais, obrigando o intérprete e aplicador da lei a recorrer a institutos e conceitos impróprios para tentar solucionar complexos problemas inerentes à sociedade massificada que exige uma outra racionalidade.

Andrade (2009, p. 60), ao tratar do dano moral ou extrapatrimonial coletivo, o identifica com valores e bens jurídicos de toda a coletividade ou de parte dela. Trata-se, para o autor, da ideia de um patrimônio moral coletivo e indivisível, inerente aos homens em sua dimensão social, sendo, portanto, extensão dos clássicos direitos da personalidade.

Santana (2014, p. 145), em complemento, afirma que o objeto de tutela são os direitos transindividuais, como os valores próprios da coletividade (dignidade, honra, tranquilidade, liberdade, paz, saúde e etc.), que interessam a todos indistintamente, inclusive ao Estado. Desse modo, pode-se afirmar que o dano extrapatrimonial coletivo está ligado à qualidade de vida do consumidor.

Deve-se ressaltar, no entanto, que configuração do dano moral coletivo ou extrapatrimonial coletivo independe de qualquer afetação ou abalo à integridade psicofísica da coletividade, mais ainda, deve ser dissociado de qualquer concepção do dano moral individual, conforme Bessa (2006, p. 491).

Por via de consequência, não há se considerar a dor ou o sofrimento para aferir a existência de dano extrapatrimonial coletivo, bastando, tão somente, a violação aos valores fundamentais compartilhados pela coletividade. A repulsa, a indignação, a redução da estima e a redução da qualidade de vida são, para Medeiros Neto (2014, p. 136), formas de aferição do ato lesivo. Em semelhança com o dano moral individual, é imperioso que o ato lesivo seja injusto e de real significância, ferindo a esfera de proteção à coletividade, para que seja configurado o dano extrapatrimonial coletivo.

Conceito que merece ser transcrito e adotado na presente monografia é o de Bittar Filho (1994, p. 35):

Com supedâneo, assim, em todos os argumentos levantados, chega-se à conclusão de que o dano moral coletivo 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 do dano moral individual, aqui também não que se cogitar de prova de culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*)

O conceito supraexposto conta com a concordância majoritária da doutrina, como Santana (2014, p. 148), Camargo (2016, p. 139), Teixeira Neto (2014, p. 157), Chaves de Farias, Rosenvald e Braga Netto (2016, p. 352) e Bessa (2006, p. 89), com ressalvas apenas

em relação ao termo “moral”, que para alguns merece ser substituído por “imaterial” ou “extrapatrimonial”, no sentido de reforçar uma nova racionalidade.

### 2.1.1 A inadequação do termo *dano moral coletivo*

Conforme buscar-se-á demonstrado, o dano extrapatrimonial coletivo representa uma nova categoria de dano, por isso a necessidade de um procedimento em separado, com uma nova mentalidade dos operadores do direito. Merece cuidado a definição dos elementos de caracterização do instituto, que não se enquadram em modelos teóricos dos ramos tradicionais do ordenamento jurídico, como bem refere Bessa (2006, p. 105).

Antônio Junqueira de Azevedo (2004, p. 215), com um ponto interessante, define o dano extrapatrimonial coletivo, quando excluída a esfera do dano a direito individual homogêneo, como um “dano social”, já que é atingida toda a coletividade num rebaixamento do nível de vida<sup>3</sup>. Em verdade, Azevedo faz o que grande parte dos críticos da nomenclatura de “dano moral coletivo” busca, criar uma nova terminologia (dano social) para afastar as bases teóricas do dano moral individual da forma coletiva de tutela dos interesses difusos e coletivos em sentido estrito.

Cumprido, portanto, tratar das questões justificadoras da opção terminológica adotada pelo presente trabalho de tratar o instituto como *dano extrapatrimonial coletivo*, diferentemente da opção legislativa, que cunhou o termo *dano moral coletivo*. Note-se que a expressa previsão legislativa pela utilização da terminologia *dano moral coletivo* é encontrada no *caput* do artigo 1º da Lei 7.347/1985, com a redação dada pela Lei n. 8.884/1994 e no artigo 6º, VI e VII, do CDC.

A utilização do termo dano moral coletivo é inadequada e imprópria para abarcar os bens jurídicos que o instituto busca tutelar, causando uma indevida ligação, ainda que inconsciente, ao instituto do dano moral individual. O termo *moral* abarca um aspecto subjetivo de difícil constatação na coletividade, de modo a problematizar a compreensão e aplicação do instituto pelos operadores jurídicos. A imaterialidade dos bens jurídicos protegidos pelo instituto é a marca principal da tutela oferecida, conforme leciona Medeiros Neto (2012, p. 152):

---

<sup>3</sup> Perceptível o dano social, por exemplo, quando há diminuição na segurança alimentar, como no caso da adulteração do leite no Rio Grande do Sul - um evidente dano social que reclama proteção jurídica por meio do instituto do dano extrapatrimonial coletivo.

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.

Destaca-se que não se trata de mero preciosismo terminológico, mas que a utilização adequada do termo facilita a tutela dos interesses transindividuais, impedindo a imprecisa transposição da doutrina do dano moral individual. Medeiros Neto (2012, p. 153) reforça que a reparação dos danos extrapatrimoniais coletivos está diretamente ligada à tutela de bens e valores fundamentais, de natureza essencialmente imaterial, cuja titularidade é da coletividade. Importante destacar, desde já, que a violação de tais bens jurídicos não exige vinculação com elementos subjetivos, enquanto elementos caracterizadores, tais como o incômodo, dor e o sofrimento decorrentes da ofensa.

Teixeira (2015, p. 187) corrobora a colocação supraexposta, referindo que a simples violação dos direitos coletivamente tutelados enseja a reparação por dano extrapatrimonial coletivo, independentemente da esfera subjetiva da coletividade ofendida. Ocorre que tal autor vai além, descartando a necessidade de prova do prejuízo e refutando a presunção de prejuízo psíquico, dado que considera absurdo ter que entrar na esfera psíquica da sociedade como um todo (membros coletivamente considerados).

Por fim, merece atenção a lição de Bessa em relação à inadequação do termo *dano moral coletivo* (2006, p. 83):

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.

Nesse sentido, a incidência do dano extrapatrimonial coletivo independe, absolutamente, de qualquer perquirição de aspectos de cunho subjetivo. Bessa (2006, p. 104) reforça, em conclusão, que o termo dano moral é mais restrito do que a noção de dano extrapatrimonial e, com isso, supera-se a exigência tradicional, ainda que ultrapassada, da dor e do sofrimento que lhe é característica. A ressalva que merece atenção é a de que até mesmo

no âmbito do dano moral individual, já existem precedentes no Superior Tribunal de Justiça que dispensaram o requisito de dor e sofrimento, considerados consequências do dano, e não causas ensejadoras de sua aplicação, conforme abordado no primeiro capítulo desta monografia.

Conforme referido na abertura do tópico, a questão terminológica não reflete mero preciosismo acadêmico, mas é peça fundamental na correta aplicação do instituto que ora se estuda. Muito embora tenha sido insculpido em lei o termo *dano moral coletivo*, reputa-se fundamental a utilização do termo *dano extrapatrimonial coletivo*, por sua maior abrangência e melhor significação dos bens jurídicos tutelados. Mais, a utilização de termo diferenciado da responsabilidade civil clássica possibilita uma releitura socializada, preocupada com valores de uma determinada coletividade, e não apenas da figura imaginária da pessoa individualizada, de modo a impedir a transposição da teoria clássica do dano moral individual para o espectro coletivo, objeto do próximo tópico.

### 2.3 IMPOSSIBILIDADE DE TRANSPOSIÇÃO DA TEORIA DO DANO MORAL INDIVIDUAL

A finalidade precípua da opção terminológica adotada no trabalho é marcar posição no que tange à diferença entre o instituto do dano extrapatrimonial coletivo e do dano moral individual. Ainda, a diferenciação dos institutos deixa evidente a impossibilidade de transposição do arcabouço teórico do dano moral individual para o dano extrapatrimonial coletivo, a considerar que a referida transposição seria prejudicial ao consumidor e às finalidades da tutela coletiva.

A racionalidade do modelo jurídico é distinta do dano moral individual, dado que é firmada nos domínios do sistema de tutela dos direitos transindividuais, afastando-se em muitos pontos substanciais, do regime pertinente ao dano moral individual (ANDRADE, 2006, p. 171). Conforme pode-se concluir, corre risco de incorrer em erro aquele que buscar explicações a respeito do dano extrapatrimonial coletivo à luz das regras que regem as relações privadas individuais, ancorando-se nos conceitos e na lógica peculiares à concepção teórico-jurídica do dano pessoal (MEDEIROS NETO, 2012, p. 158).

Um aspecto que facilita a maléfica confusão entre os institutos jurídicos é a dificuldade conceitual de ambos. Apesar dos avanços, as dificuldades de caracterização do dano moral coletivo (ou extrapatrimonial coletivo) persistem, somando-se à realidade de difícil pacificação a respeito do conceito de dano moral, que torna a transposição da doutrina

do dano moral individual uma falsa solução de aplicabilidade à tutela coletiva, conforme alertam Bahia e Medeiros (2016, p. 166).

O próprio conceito estabelecido para a abordagem do tema demonstra a impropriedade da tentativa de transposição da abordagem individualizada para a tutela dos direitos coletivos lato sensu, conforme expõem Barbosa e Multedo (2014, p. 14):

A natureza pública dos interesses difusos e coletivos é também ressaltada em doutrina para destacar a importância da distinção entre a tutela da pessoa humana individualizada e a tutela dos valores de uma determinada comunidade. Nesse sentido, Luiz Gustavo Grandinetti Carvalho (2000, p. 24-31) define o dano moral coletivo como um dano não patrimonial a interesse difuso e ressalta que “quando se protege o interesse difuso, o que se está protegendo, em última instância, é o interesse público”

No modelo clássico de tutela dos interesses públicos, a tutela penal seria chamada a responsabilizar os ofensores. Por motivos vários, tal tipificação não foi prevista, de modo que os instrumentos próprios da responsabilidade civil acabam por assumir, em parte, uma função substitutiva da sanção penal (CARVALHO, 2000, p. 27). Tendo em conta o supraexposto, reforça-se que a responsabilidade civil abandona, no dano extrapatrimonial coletivo, a visão individualista. Passa a privilegiar uma preocupação com os valores de uma comunidade, assumindo uma concepção socializada.

Barbosa e Multedo (2014, p. 9), em interessante abordagem a respeito da equivocada transposição da base teórica do dano moral individual para o dano extrapatrimonial coletivo, consideram um grave equívoco metodológico tratar o ressarcimento do dano moral à pessoa humana como uma categoria jurídica neutra e aplicável à coletividade. Não há se tratar realidades tão diversas de modo similar, principalmente se considerada a existência de instituto jurídico capaz de fornecer a tutela necessária.

Maior exemplo da danosidade à coletividade causada pela transposição que se busca evitar é em relação à ultrapassada concepção subjetiva do dano moral individual, traduzida em dor, angústia, sofrimento e outros sentimentos próprios das pessoas individualizadas. Há evidente incompatibilidade, conforme já exposto, desses aspectos subjetivos com o dano extrapatrimonial coletivo. Ocorre que, até pouco tempo o Superior Tribunal de Justiça negava o cabimento do dano extrapatrimonial coletivo justamente por não vislumbrar o aspecto subjetivo na coletividade<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> “Necessária sua vinculação com a noção de dor, sofrimento psíquico e de caráter individual, incompatível, assim, com a noção de transindividualidade – indeterminabilidade do sujeito passivo, indivisibilidade da ofensa e de reparação da lesão” STJ, REsp 971.844/RS, 1ª Turma, rel. Min. Teori Zavascki, DJ 12.02.2010.

Ultrapassada a fase de subjetivismo do dano moral, ganhou força a teoria do chamado dano moral objetivo, que abarca a reparação por ofensas aos direitos da personalidade ou à dignidade. Doutra banda, a ressalva em relação à transposição permanece, lecionando nesse sentido Barbosa e Multedo (2014, p. 9):

Mesmo com a substituição da conceituação do dano moral estritamente ligado à violação de um direito subjetivo por uma concepção objetiva, que conceitua o dano moral como violação aos direitos da personalidade, ou sob a perspectiva do direito civil constitucional, que o define como lesão à dignidade a fim de tutelar a pessoa humana da forma mais ampla possível, também não se vislumbra a possibilidade de mera transposição da doutrina do dano moral, edificada para tutelar os interesses existenciais de uma coletividade.

Como o legislador forneceu à coletividade a tutela dos valores extrapatrimoniais, o conteúdo “moral” não é o mais adequado. Por isso, as autoras supracitadas defendem uma nova construção dogmática do direito privado, com uma coerência axiológica fundada na CRFB/1988 (BARBOSA; MULTEDO, 2014, p. 10). Nesse sentido, Bessa (2006, p. 88) aduz que as respostas aos questionamentos advindos do instituto não podem ser encontradas no modelo teórico da responsabilidade civil forjado para relações privadas e individuais, a considerar os objetivos diversos das leis que protegem direitos coletivos. Por isso, a impossibilidade de utilização da teoria individualista, que reduz a eficácia do subsistema.

Teixeira (2004, p. 349) vai além, criticando a utilização do termo “dano moral” de forma genérica, para possibilitar o privilégio a todos os danos extrapatrimoniais. O estudioso defende a adoção do termo “dano extrapatrimonial” como gênero, dos quais seriam espécies os danos à personalidade e, inclusive, os danos morais. De tal modo, restaria preservada a teoria de tutela dos direitos imateriais, cada qual com a sua especificidade, sem que houvesse qualquer prejuízo à tutela dos direitos constitucionalmente assegurados.

Apenas com a referida diferenciação entre os institutos, o subsistema alcançará a necessária independência, capaz de fortalecer os direitos fundamentais e de tutelar, com a legislação vigente, amplo espectro de direitos.

## 2.4 OBJEÇÕES AO DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO

Após abordar as questões históricas, conceituais e de distinção entre o dano moral e o dano extrapatrimonial coletivo, cumpre elucidar as principais objeções à aceitação e à aplicação do instituto que intitula a presente monografia. As objeções podem ser condensadas em duas: A um, do não reconhecimento da possibilidade de violação de direitos imateriais da coletividade, por confundi-los com direitos personalíssimos; a dois, por não reconhecer a coletividade como sujeito de direito. Antes de respondê-las, é relevante contextualizá-las.

A primeira objeção é consequência de uma abordagem do instituto preponderantemente sob o viés individualista, ocasionada pela confusão com o dano moral individual. Toda a formulação jurídica sobre a violação dos direitos imateriais considerava o ser humano na sua acepção personalíssima, visão inspirada no modelo individualista instaurado pelo *Code Civile* francês de 1804 (SANTANA, 2014, p. 144). Por via de consequência, a doutrina adepta a presente objeção resiste em reconhecer o dano extrapatrimonial coletivo por vislumbrar a ocorrência de aspectos subjetivos negativos, como a percepção de dor, sofrimento e angústia, por exemplo.

A segunda objeção, segundo Santana, funda-se na afirmação de que a coletividade não é um sujeito de direito reconhecido pelo ordenamento jurídico, dado que apenas as pessoas jurídicas seriam, em tese, reconhecidas pelo sistema jurídico como entes capazes de assumir direitos e deveres (2014, p. 144). Tal objeção ocasiona consequência ainda mais danosa ao instituto, já que espanca a legitimidade da coletividade de pretender ver realizadas as compensações pelas ofensas sofridas nas relações de consumo, fragilizando o subsistema consumerista.

A resposta à primeira objeção pode ser formulada com base no próprio conceito do dano extrapatrimonial coletivo, conjugando-o com as razões pelas quais a terminologia *dano moral coletivo* não é a mais adequada, tratadas nos itens anteriores. Para autores como Zavascki (2005, p. 69) e Stoco (2004, p. 855), o dano moral pressupõe uma perturbação de caráter subjetivo, que é restrita à pessoa humana, não sendo aplicável à coletividade, negando, por evidente, que as violações aos direitos transindividuais possam ensejar dano extrapatrimonial coletivo.

A posição do saudoso Zavascki é substanciada no trecho que se segue (2005, p. 69):

Com efeito, a vítima de dano moral é, necessariamente, uma pessoa. É que o dano moral envolve, necessariamente, dor, sentimento, lesão psíquica,

afetando “a parte sensitiva do ser humano, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”, ou seja, “tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado”. Assim, não se mostra compatível com o dano moral a ideia da transindividualidade (da indeterminabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa e da reparação) da lesão.

No mesmo sentido, leciona Stoco (2004, p. 855-857):

Os danos morais dizem respeito ao foro íntimo do lesado, pois os bens morais são inerentes à pessoa, incapazes, por isso, de subsistir sozinhos. Seu patrimônio ideal é marcadamente individual, e seu campo de incidência, o mundo interior de cada um de nós, de modo que desaparece com o próprio indivíduo.

A primeira objeção merece ser abordada, apesar de já derrotada em âmbito acadêmico, para elucidar as razões que justificam as decisões, ainda hodiernamente tomadas nos Tribunais, que não admitem o dano extrapatrimonial coletivo. Muito embora as respostas tenham sido tratadas no âmbito do capítulo 1 e dos itens anteriores do capítulo 2, cumpre fazer síntese dos argumentos.

O dano extrapatrimonial coletivo é expressamente previsto em lei, tanto no art. 1º, *caput*, da Lei n. 7.347/1985, quanto no art. 6º, incisos VI e VII, do CDC. Em relação à possibilidade de vislumbrar o instituto no âmbito coletivo, a posição dos autores supracitados é equivocada por presumir uma transposição do arcabouço teórico do dano moral individual para o dano extrapatrimonial coletivo, comportamento que prejudica a tutela coletiva, consoante com o demonstrado no início desse capítulo.

Mais, além da equivocada transposição teórica de institutos que tutelam realidades jurídicas distintas, pecam os autores por utilizarem elementos caracterizadores ultrapassados, até mesmo para o dano moral individual. A necessária ligação entre dor e sofrimento, ou seja, aspectos subjetivos, como pressupostos do dano moral, não é mais aceita por parcela majoritária da doutrina. O conceito mais acurado de dano moral individual é o que concebe como inerente às violações aos direitos da personalidade ou, com base no Direito Civil constitucional, às violações à dignidade da pessoa humana.

No caso do dano extrapatrimonial coletivo, reforça-se que os bens jurídicos tutelados são os valores culturais comuns a uma comunidade enquanto tal, de modo que a simples violação enseja a reparação. No que tange ao dano social, comparável ao dano extrapatrimonial coletivo, o critério de aferição é o rebaixamento da qualidade de vida na

comunidade. Portanto, para a configuração do dano extrapatrimonial coletivo, deve-se perquirir, nas relações de consumo, os comportamentos dos fornecedores que atinjam, coletivamente, a comunidade ou a coletividade, de modo a causar transtorno e reduzir a tranquilidade social.

No que tange à segunda objeção, que não reconhece na coletividade a condição de sujeito de direito, o embate é histórico. O primeiro passo para a aceitação da coletividade enquanto sujeito capaz de sofrer danos adveio, segundo Santana, da admissão do dano moral para a tutela da honra objetiva das pessoas jurídicas (2014, p. 144). Com a possibilidade de tutelar direitos imateriais de uma pessoa jurídica, abriu-se caminho para a aplicação do raciocínio para a coletividade.

Em complemento, responde a segunda objeção o fato de a CRFB/1988 ter reconhecido a existência de direitos difusos e coletivos, no Título II, Capítulo I. Da mesma forma, o artigo 81 do CDC previu os direitos coletivos e difusos. Ora, tratar-se-ia de fórmula vazia a enunciação da existência dos referidos direitos sem que houvesse possibilidade jurídica de tutelá-los com eficácia.

É nesse sentido que leciona Medeiros Neto (2012, p. 149):

Portanto, ante a efervescência desses novos interesses transindividuais e da correlata visualização de inéditos e graves conflitos sociais, inequivocamente novas configurações de danos injustos passaram a ter relevância. E as coletividades de pessoas, como titulares desses direitos, alçaram a possibilidade de, por meios próprios, especialmente no plano processual, reivindicar proteção e tutela jurídica, principalmente no que tange à reparação das lesões verificadas, o que traduz, de maneira clara, a vocação expansiva do sistema de responsabilidade civil. O dano, dessa maneira, antes referidos a pessoas físicas e jurídicas, veio a ser reconhecido também em face de grupos, categorias, classes de pessoas ou mesmo toda a coletividade, aos quais o ordenamento jurídico, explicitamente em sua atual estruturação, conferiu a titularidade de direitos e, em decorrência, a prerrogativa jurídica de obter a proteção judicial.

Muito embora as objeções tratadas pareçam ser vencidas com certa facilidade, a realidade observada nas atividades dos Tribunais demonstra a dificuldade de compreensão do instituto por parte dos operadores do direito, de modo que os direitos coletivos e difusos acabam fragilizados. O problema de diferenciação do dano extrapatrimonial coletivo com os demais institutos da responsabilidade civil faz com que parcela dos magistrados e magistradas não admitam a sua incidência.

No próximo tópico, serão demonstrados os elementos caracterizadores e os casos de aplicação do dano extrapatrimonial coletivo, complementando a análise das objeções. Dessa

forma, será possível concluir, na prática, a existência de barreiras para a acurada aplicação do instituto. Tal estudo possibilitará a verificação de que os direitos transindividuais reclamam por um redimensionamento dos modelos teóricos clássicos da responsabilidade civil, capaz de contemplar as novas categorias de direitos. A conscientização de que a coletividade pode ser atingida pelos efeitos de um comportamento ofensivo é urgente, não sendo admissível que não haja resposta eficaz por parte do ordenamento jurídico.

## 2.5 ELEMENTOS CARACTERIZADORES E CASOS DE APLICAÇÃO

Ultrapassadas as questões relativas à aplicabilidade do dano extrapatrimonial coletivo e à consonância com o ordenamento brasileiro, é relevante abordar os elementos que caracterizam a ocorrência de dano extrapatrimonial coletivo, de modo a possibilitar a sua compensação. Para tornar a análise mais palpável, optou-se por amoldar os casos práticos mais comuns de ocorrência de dano extrapatrimonial coletivo aos elementos caracterizadores do instituto.

Em concordância com Teixeira, deve-se ter em conta que o dano extrapatrimonial coletivo representa consequência de injusta e intolerável agressão a valores prezados pela sociedade. O mesmo autor refere que a agressão aos valores éticos da sociedade deve ser concreta, de modo que o mero descumprimento de lei não é suficiente para ensejar a compensação (2015, p. 191). A conduta, portanto, deve ser grave e agressiva aos preceitos cultuados pela sociedade em questão.

Também nesse sentido, leciona Medeiros Neto, para quem (2012, p. 170):

O dano moral coletivo corresponde à lesão injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados pela coletividade, considerada em todo ou em qualquer de suas expressões (grupos, classes ou categorias de pessoas), as quais se distinguem pela natureza extrapatrimonial e por refletir valores fundamentais tutelados pelo sistema jurídico.

Em verdade, é possível notar que os autores que se dedicam ao estudo do dano extrapatrimonial coletivo, ainda que adotem terminologia outra, não apresentam firmeza sobre o objeto de tutela, ora tratando o instituto como instrumento de tutela de direitos transindividuais de ordem imaterial, ora tratando como agressão à valores da sociedade.

De fato, com esteio nas lições de Bittar Filho, ambos os posicionamentos são complementares, se considerado o fato de que os direitos transindividuais, enquanto bens

indivisíveis, quando violados, irradiam os seus efeitos por todo o meio social, agredindo os referidos valores da sociedade (2014, p. 6). Cumpre considerar, portanto, os direitos transindividuais como insertos na categoria amplificada de valores sociais coletivos.

Pela amplitude conceitual do dano extrapatrimonial coletivo, a ofensa aos valores coletivos deve ser ampla, atingindo frontalmente o interesse público inerente à natureza jurídica do objeto tutelado. No caso do Direito do Consumidor, pela hipossuficiência marcada nas relações travadas, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos difusos acabam por se confundir com o interesse público, mormente pelo fato de ter sido elevada à nível de direito fundamental a proteção ao consumidor.

Não é demais recordar que, em analogia com o observado no mais moderno conceito de dano moral individual, a aferição do dano extrapatrimonial coletivo não requer a demonstração efetiva dos efeitos negativos na coletividade. Tais efeitos, conforme Medeiros Neto, representam mera consequência do dano produzido (2012, p. 159).

Nesse momento, é pertinente um rápido adendo em relação à prova do dano extrapatrimonial coletivo, a considerar a sua dificuldade probatória. Menezes Direito e Cavalieri Filho (2004, p. 107) referem que exigir prova dos sentimentos da coletividade levaria o dano moral de volta à fase da irreparabilidade, por ausência de provas. Como solução, a doutrina adotou o entendimento de que o dano decorre *ipso facto*, com uma presunção.

A presunção, que forma a expressão dano *in re ipsa*, se refere ao dano extrapatrimonial, mas não à existência do fato danoso. Desse modo, o dano prova-se demonstrando-se o fato lesivo, objetivamente considerado e no caso concreto (LACERDA, 2017, p. 118). Exemplifica, com lucidez, a presunção de ocorrência do dano adotada pela doutrina majoritária e pelos Tribunais, Lacerda (2017, p. 119), ao lecionar:

Deste modo, por exemplo, no caso de um medicamento introduzido no mercado, medicamento este que se revela cancerígeno, não é necessário investigar qualquer sentimento de revolta ou medo da população, sendo o bastante a demonstração da venda do produto que afeta a saúde pública. Em outro exemplo, no caso de derramamento de esgoto em uma lagoa, pouco importa se nenhuma comunidade consumia a água, pois o dano é considerado objetivamente, pela lesão ao interesse legítimo tutelado.

Teixeira, retomando aos elementos caracterizadores do dano extrapatrimonial coletivo, afirma que o elemento caracterizador principal deve ser a gravidade da violação infringida à ordem jurídica, resumindo os elementos da forma que se segue (2015, p. 192):

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 conseqüente repercussão social.

A análise concomitante dos elementos definidos por Teixeira ensejam a compensação pecuniária dos danos extrapatrimoniais coletivos, sem prejuízo de eventuais condenações em obrigações de fazer e não fazer, eficientes para evitar a perpetração de eventuais danos outros ou de restaurar o *status quo ante*, nas raras hipóteses em que isso é possível. A caracterização do instituto provoca o ordenamento jurídico no sentido de reprimir as condutas lesivas.

Para melhor visualizar o cabimento de dano extrapatrimonial coletivo, passar-se-á à análise de alguns casos, no âmbito das relações de consumo, em que vislumbrou-se a compensação por dano extrapatrimonial coletivo. Cumpre esclarecer que os casos não serão analisados em ordem cronológica, tampouco serão analisadas as decisões judiciais posteriores. A análise histórica da jurisprudência, bem como as eventuais críticas às decisões dos Tribunais são objetos do capítulo 3. Neste momento, serão narradas situações verídicas observadas nas relações de consumo que amoldam-se aos elementos caracterizadores do dano extrapatrimonial coletivo.

Em 2016, o número de postos de combustíveis lacrados em todo o país por adulteração nos combustíveis foi de 137, o dobro do ano anterior (GARCIA, 2017). A prática criminosa de adulteração dos combustíveis é gravíssima, tendo em conta que os fornecedores agem dolosamente para maximizar os seus ganhos, tendo plena consciência que afetarão diretamente direitos básicos do consumidor. A adulteração afeta a segurança dos consumidores, que estão expostos a toda sorte de acidentes ocasionados por problemas decorrentes da má qualidade do combustível.

No caso acima, nota-se a conduta antijurídica (criminosa, inclusive); o nexo causal entre a adulteração e a violação do direito à segurança dos consumidores; a titularidade de toda a coletividade, seja de consumidores expostos à prática ou aos que aproximam-se do dano efetivamente considerado; a intolerabilidade da conduta, marcada pelo dolo dos fornecedores em maximizar os lucros em detrimento dos direitos do consumidor e, finalmente, a grande repercussão e inquietação social ocasionada pelo conhecimento da prática criminosa. Resta, portanto, configurado o cabimento de compensação pelo dano extrapatrimonial coletivo.

Outro caso de adulteração de produtos, perpetrador de violações diretamente a saúde

dos consumidores é ainda mais grave, a tomar nota do caso trazido à tona pela Operação Leite Compensado, no ano de 2017. Fornecedores alteravam a composição do leite no estado do Rio Grande do Sul, com a adição de insumos como a soda cáustica e neutralizantes proibidos, tudo para aumentar o volume e reduzir os custos de produção (LEHMEN, 2017). Dentre os consumidores afetados, muitos compõem a parcela dos hipervulneráveis, como crianças, idosos e analfabetos.

Mais grave do que o observado na hipótese de adulteração dos combustíveis, a adulteração do leite é violação frontal aos direitos mais primevos do consumidor, como a vida, a saúde e a segurança, nos termos do artigo 6º, I, do CDC. A conduta é antijurídica, há nexos causal entre a adulteração e a violação do interesse coletivo (compreendidos os consumidores que efetivamente consumiram e aqueles que foram expostos ao risco de consumo). Mais, a injustiça e intolerabilidade da conduta é igualmente evidente, culminando na repercussão social advinda da informação da prática dos fornecedores. Cumpre, unicamente, concluir pelo cabimento da compensação por danos extrapatrimoniais coletivos, sem prejuízo de qualquer outra reparação de cunho individual.

Um caso de grande repercussão foi o da fabricação inadequada de pílulas anticoncepcionais, relatado no Superior Tribunal de Justiça pela Ministra Nancy Andrighi, sob o n. REsp 866.636. O laboratório Schering do Brasil LTDA, realizava testes em uma máquina embaladora, utilizando-se, para tanto, de comprimidos de farinha. Ocorre que o material produto dos testes acabou por ser embalado regularmente e comercializado. Após, descobriu-se que determinado lote do anticoncepcional *Microvlar* fora comercializado sem o seu princípio ativo, de modo que diversas consumidoras restaram grávidas.

Não há dúvidas de que o risco ao qual as consumidoras foram submetidas foi grandemente aumentado pela prática descuidada da fornecedora, que não cumpriu com os seus deveres de cuidado e vigilância acerca da qualidade dos produtos que eram comercializados. Como os elementos caracterizadores elencados por Teixeira (2015, p. 192) podem ser observados, principalmente a natureza coletiva *stricto sensu* da titularidade do direito, a intolerável conduta repercute em todo o meio social. Cabível, portanto, a compensação por danos extrapatrimoniais coletivos, considerada a insegurança, a ausência de confiabilidade e o rebaixamento de qualidade de vida das consumidoras que se submeteram ao uso do anticoncepcional em questão.

Outro caso de cabimento do dano extrapatrimonial coletivo com base na titularidade de direitos coletivos *stricto sensu*, foi o da condenação da operadora de telefonia Claro, no valor de 30 milhões de reais, direcionados ao Fundo Federal de Direitos Difusos. A

condenação foi ocasionada pelo descumprimento reiterado do Decreto 6.523/2008, que regulamenta o Serviço de Atendimento ao Consumidor (COSTA; PIERRY, 2013). A natureza pública do interesse tutelado no caso do descumprimento reiterado de normas que tratam do Serviço de Atendimento ao Consumidor fica evidente, já que é direito do consumidor ter um canal efetivo de atendimento às suas demandas.

Interessante caso é trazido à baila por Barbosa e Multedo, no qual o Ministério Público Federal em Uberlândia/MG pleiteou dano extrapatrimonial coletivo por agressão ao patrimônio imaterial da população cigana. A ação foi proposta contra a Editora Objetiva e o Instituto Antônio Houassis, responsáveis pela publicação do Dicionário Houassis. A intenção da Ação Civil Pública era a de suprimir quaisquer referências preconceituosas contra a minoria étnica, já que o dicionário definia como “cigano” aquele que trapaceia, que é velhaco, em flagrante linguagem pejorativa e ofensiva (2014, p. 7-8). O caráter discriminatório e xenofóbico da publicação demonstram a reprovabilidade da conduta dos fornecedores, que agrediam, de modo injustificável, uma minoria étnica.

Por fim, serão analisados dois casos de aplicação que compreendem a parte dos consumidores tidos por hipervulneráveis, os idosos e as pessoas com deficiência. A hipervulnerabilidade é tida como o agravamento da vulnerabilidade dos consumidores por uma condição particular, podendo ser etária, de grau de instrução, de deficiência, dentre outros.

No primeiro caso, relatado no ano de 2010 pela Ministra Eliana Calmon, sob o n. REsp. 1.057.274, foi reconhecida a existência de dano extrapatrimonial coletivo pela indevida exigência de uma concessionária de transporte público que condicionava o passe gratuito de idosos a um prévio cadastramento. Ocorre que o Estatuto do Idoso exige apenas a apresentação do documento de identidade. Desse modo, a coletividade de idosos foi exposta a uma prática abusiva, restritiva de direito enunciado na lei especial de proteção aos idosos, ensejadora de dano à referida coletividade, a ser reparada pela incidência do dano extrapatrimonial coletivo.

No segundo caso, relatado no ano de 2012 pelo Ministro Massami Uyeda, sob o n. REsp. 1.221.756, houve confirmação da condenação de um banco por danos extrapatrimoniais coletivos. No caso em tela, debateu-se o cabimento de compensação pelo fato de o banco manter o atendimento prioritário em um local que exigia a locomoção dos consumidores por três lances de escada. Por evidente, tal conduta do fornecedor demonstra total despreocupação com a condição dos consumidores merecedores de atendimento prioritário, no mais das vezes idosos, pessoas com deficiência ou gestantes. Pôde-se perceber

que houve violação aos valores de uma coletividade de consumidores, com relevante significância e ultrapassadora dos limites da tolerabilidade.

Analisadas, portanto, as principais objeções ao instituto do dano extrapatrimonial coletivo, restando demonstrada a plena adequação do instituto com o ordenamento jurídico. Ademais, por meio de exemplos práticos de aplicação do instituto, percebe-se a forma com que as violações geralmente ocorrem e a dimensão de seu alcance, a evidenciar a importância de um instituto jurídico capaz de dirimir os efeitos da massificação do consumo, protegendo ainda mais os consumidores.

## 2.6 PROCEDIMENTO DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO

Cumprido, após analisados os aspectos gerais do dano extrapatrimonial coletivo, elucidar as questões procedimentais que concretizam as compensações resultantes dos danos sofridos pela coletividade dos consumidores como, por exemplo, a legitimidade, competência e extensão da coisa julgada. Para além, o presente tópico abordará, sucintamente, questões que aclaram as principais críticas ao instituto e às funções atribuídas a ele, quais sejam, os critérios de arbitramento da indenização e a destinação do *quantum* compensatório.

Conforme abordado no primeiro capítulo, o modelo individualista de responsabilização teve de ceder espaço para uma visão coletiva do Direito. Theodoro Júnior (2000, p. 107) afirma que a tutela individual privada ou pública não respondia à complexidade das relações estabelecidas. A situação descrita, aliada ao potencial danoso das violações cometidas contra os direitos transindividuais dos consumidores reclama uma tutela mais eficaz, capaz de alterar o comportamento da cadeia de fornecedores que dá causa aos referidos danos.

A ação capaz de manejar as condenações por dano extrapatrimonial coletivo é a ação civil pública, que compõe a disciplina do chamado processo coletivo. Por evidente, trata-se de contraposição ao regime do processo civil tradicional, em que o titular de um direito busca a sua própria tutela individualmente.

Camargo (2016, p. 176-179) estabelece a edição da Lei da Ação Popular, n. 4.717/1965, como marco inicial do processo coletivo no Brasil, cuja finalidade é a proteção do patrimônio público, legitimando qualquer cidadão a propor a referida ação. Ocorre que apenas 20 anos depois, com o advento da Lei da Ação Civil Pública, n. 7.347/1985, o processo coletivo ganhou efetivamente força.

A ação civil pública, instrumentalizadora das condenações por danos extrapatrimoniais

coletivos se propõe, de modo exemplificativo, a tutelar o meio ambiente; o consumidor; os bens de valor artístico, estético, histórico e paisagístico; a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; a infração a ordem econômica popular e a ordem urbanística, conforme inteligência do artigo 1º e incisos da Lei n. 7.347/1985. Cumpre destacar que, em relação à Lei da Ação Popular, a Lei da Ação Civil Pública aumentou o rol de legitimados para a propositura da ação que se presta a tutelar direitos transindividuais, fortalecendo a sistemática protetiva.

Desse modo, a LACP é um marco da legislação processual civil de proteção dos direitos transindividuais. Nas lições de Teixeira (2015, p. 201), a edição da LACP prostrou o Brasil na vanguarda da regulamentação legislativa das ações coletivas entre os países de normas escritas, possibilitando um instrumento processual moderno para a proteção de interesses das minorias débeis e da maioria difusa.

No que tange à esfera protetiva do consumidor, Grinover, Mendes e Watanabe (2007, p. 11) afirmam que o advento do CDC, em 1990, concretizou a formação de um microsistema de processo coletivo, já que há plena interação entre a Lei da Ação Civil Pública, doravante LACP, e o CDC. Tal interação é confirmada pelas alterações promovidas pelo CDC na LACP. O artigo 90 do CDC prevê a aplicação da LACP nos aspectos gerais da ação coletiva contida entre os artigos 81 e 104 do CDC. De igual forma, o artigo 21 da LACP prevê a compatibilidade com o CDC. Não é de se olvidar que a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil se mantém.

Conforme cediço, o artigo 1º da LACP e o artigo 6º, VI, do CDC, autorizam expressamente o ajuizamento de demanda objetivando a reparação de dano extrapatrimonial coletivo, meio de instrumentalizar o instituto objeto de estudo.

Cumpre elucidar, neste momento, quem são os legitimados para reclamar tal reparação. A legitimação ativa para a ação civil pública que visa a condenação em danos extrapatrimoniais coletivos é concorrente e disjuntiva (SANTANA, 2014, p. 147). Apenas os entes dispostos no artigo 82 do CDC e no artigo 5º da LACP possuem a capacidade jurídica para demandar a tutela coletiva, seja isoladamente ou em conjunto.

O artigo 82 do CDC, em seus incisos, considera legitimados, concorrentemente, o Ministério Público; a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC; as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC, dispensando a autorização assemblear. O requisito de constituição há pelo menos um ano é flexibilizado em

alguns casos, principalmente quando houver manifesto interesse social, a depender da dimensão e da característica do dano.

Por sua vez, o artigo 5º da LACP acrescenta a legitimidade da Defensoria Pública e das autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista (sendo as últimas de pouca aplicabilidade para a tutela coletiva dos direitos do consumidor). Desse modo, deve-se ter em conta a conclusão tida por Pizzol, de que o consumidor, individualmente considerado, não pode ajuizar ação coletiva, mesmo que componente da coletividade agredida (1998, p. 124-128).

Mancuso (2006, p. 225) leciona com maestria a mudança de paradigma processual quanto à legitimidade nas ações coletivas:

A ação deixou de ser uma mera representação de demandas intersubjetivas, impossíveis pelas vias suasórias, tendo que ir se adaptando às novas e amplas controvérsias, agora formuladas não mais por determinado “titular” de um direito subjetivo, mas por um condutor processual especialmente credenciado: o *ideological plaintiff* do processo norte-americano, as *associations agréés*, na França, o *ente esponentiale*, dos italianos, ou o representante adequado, de nossas ações de finalidade coletiva.

Muito se discute a respeito da natureza jurídica da legitimidade ativa na ação civil pública, a considerar a inadequação entre os modelos insculpidos no Código de Processo Civil, que a divide em ordinária e extraordinária. Venturi (2007, p. 215), no entanto, afirma que o microssistema apresenta uma legitimação autônoma, que independe do direito material coletivo a ser discutido em juízo. Nem ordinária, nem extraordinária, mas sim autônoma.

Almeida (2003, p. 497-499) sintetiza as teses que discutem a legitimidade nas ações coletivas:

Antes do advento da Lei da Ação Civil Pública, existiam, basicamente, duas correntes que sustentavam a legitimidade de determinados corpos intermediários para virem a juízo buscar a tutela de interesses de cunho coletivo e social. O grande obstáculo estava em que – e isso ainda às vezes ocorre – os doutrinadores e juízes tentavam compreender o fenômeno da legitimidade ativa para a defesa dos interesses massificados por meio da concepção ortodoxa liberal individualista do processo civil, partindo da divisão clássica entre legitimidade ordinária e extraordinária, adotada pelo artigo 6º do CPC. A primeira dessas duas correntes foi defendida por Barbosa Moreira, o qual sustentava a possibilidade da tutela jurisdicional dos direitos superindividuais, independentemente da existência ou não da expressa autorização da lei processual. Fundamentava o seu entendimento nas lições do jurista Arruda Alvim, para o qual a legitimidade extraordinária não se sujeitaria a uma autorização expressa da lei; bastava que pudesse ser inferida do ordenamento jurídico enquanto sistema de normas. Já a segunda

corrente foi defendida por Kazuo Watanabe, o qual procurava extrair do próprio sistema jurídico em vigor a legitimidade ativa para a defesa dos interesses massificados. Para tanto, o jurista fazia uma interpretação aberta e flexível do artigo 6º do CPC, concluindo que era ordinária a legitimidade ativa das entidades criadas no seio da sociedade (corpos intermediários) para a defesa dos direitos ou interesses superindividuais. Hoje, já com o advento da Lei da Ação Civil Pública, do Código de Defesa do Consumidor e da própria Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, surge uma terceira corrente, defendida por Nelson Nery. Baseando-se na doutrina alemã, o jurista sustenta que a legitimação nas ações coletivas para a defesa dos direitos e interesses coletivos e difusos é uma legitimação autônoma para a condução do processo. Para que decorra a legitimidade, basta que se faça a afirmação de direito ou interesse difuso ou coletivo, sem a necessidade de aferir quais seriam os titulares efetivos do direito massificado pleiteado.

Prevalece, hodiernamente, para a tutela dos direitos coletivos em sentido estrito e difusos, a corrente idealizada por Nelson Nery, de uma legitimação autônoma, concorrente e disjuntiva. Desse modo, por concorrente e disjuntiva, entende-se que os legitimados podem agir por conta própria, sem a necessidade de consultar quaisquer dos outros legitimados.

Vencida a questão a respeito da legitimidade ativa para reclamar as condenações por danos extrapatrimoniais coletivos, cumpre perquirir de quem será a competência para apurar a existência e a extensão do dano. No procedimento capaz de apurar o dano extrapatrimonial coletivo, a competência é disposta no artigo 2º da LACP, determinando a limitação da jurisdição ao local em que o dano ocorreu. Já o CDC, no artigo 93, distingue a competência pela força do dano ocasionado, podendo ter âmbito local, regional ou nacional.

O dano é considerado local quando ocorre nos limites de uma mesma comarca, a ter como exemplo uma suposta prática abusiva perpetrada por uma companhia municipal de transporte. Por outro lado, o dano passa a ser regional quando abrange área territorial maior que uma comarca, podendo ou não ultrapassar os limites de um Estado, tendo como foro competente o da capital do Estado ou do Distrito Federal, de forma concorrente. O exemplo de dano de âmbito regional é o causado por um fornecedor que atue apenas em determinada região do país, de modo que os efeitos do dano abrangem mais do que uma área local, e menos que o território nacional. Por fim, conforme o entendimento de Grinover (1999, p. 818), o dano torna-se de âmbito nacional quando extrapola os limites do dano regional e tem significativa proporção, atingindo diversos Estados e redundando no atingimento do país, caso em que a competência seria da capital do Distrito Federal. O exemplo clássico é o de uma campanha publicitária veiculada em rede nacional, atingindo indiscriminadamente todos os consumidores submetidos à publicidade abusiva.

Há grande crítica por parte da doutrina em relação à fixação da capital do Distrito Federal como competente para apurar os danos de âmbito nacional, como em Venturi (2007, p. 289), para quem a colheita de provas e a atuação do Ministério Público é facilitada na localidade do dano, e não na capital do Distrito Federal, já que a competência da localidade amplia a capacidade de atuação na demanda. Desse modo, não há se justificar a opção legislativa da capital do Distrito Federal como foro competente para apuração dos danos de âmbito nacional, a considerar que tal escolha é falaciosa. A capital do Distrito Federal não garante celeridade, publicidade, ampla defesa e contraditório mais qualificados se comparados a qualquer outro juízo do país.

Camargo (2016, p. 185) conclui, portanto, que a competência para as ações coletivas é territorial-funcional, posto que considera o local do dano e a sua abrangência, fatores que determinam a localidade para a propositura da ação. Venturi (2007, p. 267) complementa, no sentido de que “a qualificação da competência jurisdicional para as ações civis públicas como territorial-funcional (absoluta) buscou assentar o interesse público presente na condução das demandas coletivas pelo órgão judicial mais próximo dos fatos”.

Decorrido o procedimento que culminou no reconhecimento da existência de dano extrapatrimonial coletivo a ser compensado, com a adequada legitimação ativa e definição de competência, os juristas se dedicaram a discussão no que se refere a coisa julgada. É cediço que o processo coletivo busca garantir a maior eficácia para a tutela dos direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. Como abordado anteriormente, no que toca ao dano extrapatrimonial coletivo, os direitos a serem tutelados são, a priori, os difusos ou os coletivos em sentido estrito.

A coisa julgada é disposta no artigo 16 da LACP e nos artigos 103 e 104 do CDC. Em regra, no processo coletivo, a coisa julgada tem efeito *erga omnes*, permitindo a utilização do resultado positivo da demanda pelos indivíduos que sofreram o dano narrado na ação coletiva. Conforme Mazzilli, é evidente que o supraexposto efeito não se coaduna com o processo civil clássico, a considerar que em matéria de conflitos transindividuais os tradicionais limites subjetivos e objetivos da coisa julgada “caem como um castelo de cartas” (2005, p. 331).

Tendo em conta o exposto, a decisão judicial em processo coletivo pode ampliar os limites subjetivos da demanda, de modo que tem por natureza atingir terceiros não componentes da relação processual. Camargo (2016, p. 188-189) determina e conceitua as três principais características da coisa julgada no processo coletivo, sendo relevante transcrever as suas lições:

- a) Coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*: a eficácia da coisa julgada é *erga omnes* para a tutela dos interesses difusos e individuais homogêneos e *ultra partes* para a tutela dos interesses coletivos. Sendo assim, subverte os limites da coisa julgada nas ações individuais e passa a atingir terceiros, garantindo a pulverização do dano moral coletivo.
- b) *Secundum eventum litis*: incidência da coisa julgada nos processos coletivos que permite a repropositura da mesma ação conforme o julgamento do processo. Nos termos do regramento da ação coletiva se uma ação é julgada improcedente por deficiência de provas, tal ação não faria coisa julgada material e seria possível a repropositura da mesma ação coletiva com base em provas novas, por qualquer um dos legitimados previstos em lei.
- c) Transporte *in utilibus*: a sentença favorável em ação coletiva pode ser utilizada favoravelmente pelos sujeitos que não participaram da demanda, mas que são atingidos pelos seus efeitos. É o transporte da coisa julgada positiva para beneficiar as pretensões individuais, sobretudo, na defesa dos direitos individuais homogêneos.

Para além dos efeitos da coisa julgada no processo coletivo, outro aspecto extremamente relevante e potencialmente capaz de concretizar os direitos do consumidor é a extensão territorial da coisa julgada. A discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito do tema é intensa, mas somente uma solução é capaz de tornar eficaz o sistema de proteção dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito dos consumidores.

Inicialmente, tanto a LACP quanto o CDC não limitavam territorialmente o alcance da coisa julgada. Ocorre que, a edição da Lei n. 9.494/1997 teve o condão de alterar o artigo 16 da LACP, que passou a prever a limitação dos efeitos *erga omnes* da coisa julgada ao território de competência do órgão prolator, excetuando os casos de julgamento de improcedência por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer dos legitimados poderá intentar nova ação com o mesmo fundamento, desde que disponha de nova prova.

Por evidente, a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada representou retrocesso na tutela dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos. A alteração do artigo 16 da LACP pela Lei n. 9.494/1997 foi objeto de crítica doutrinária, que apontou sua inconstitucionalidade, por contrariar a natureza dos bens jurídicos que a lei se propõe a tutelar (CAMARGO, 2016, p. 190).

Para além da inconstitucionalidade, solução mais inteligível é a que aponta o advento da Lei n. 9.494/1997 como causa incapaz de revogar artigo 103 do CDC, que também era disciplinador do alcance da coisa julgada nas ações coletivas (GRINOVER, 1999, p. 818). É de se recordar que a redação do artigo 103 do CDC não apresenta limitação territorial e é, por via de consequência, mais benéfica ao consumidor, conforme pode-se extrair de sua leitura:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa

julgada:

I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

O Superior Tribunal de Justiça, até o ano de 2011 era simpático à limitação territorial do alcance da coisa julgada, ponto em que sobreveio mudança de entendimento, conforme pode-se abstrair da ementa do REsp 1243887/PR, de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, julgado em 19 de outubro de 2011:

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

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: 1.1. A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC).

1.2. A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos os poupadores da instituição financeira do Estado do

Paraná. Por isso descabe a alteração do seu alcance em sede de liquidação/execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada. Assim, não se aplica ao caso a limitação contida no art. 2º-A, caput, da Lei n. 9.494/97.

2. Ressalva de fundamentação do Ministro Teori Albino Zavascki.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.

(REsp 1243887/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/10/2011, DJe 12/12/2011)

Ainda assim, é de se destacar que a limitação territorial do alcance da coisa julgada tornaria vulnerável a segurança jurídica, permitindo a judicialização de um mesmo dano à coletividade em diversas comarcas, a poder redundar em decisões contraditórias. Para além, a limitação do alcance territorial da coisa julgada relega as diferenças substanciais do regramento entre o processo individual e o processo coletivo, a ter em conta que é da essência do processo coletivo o alcance de terceiros, ainda que territorialmente distantes, visto que a extensão dos potenciais efeitos dos atos violadores é característica dos direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. Deve-se ter permanente atenção à defesa da ilimitação territorial da coisa julgada, compatível com os direitos em tutela, de modo a evitar novos retrocessos jurisprudenciais.

Finalmente, a correta abordagem relativamente à coisa julgada nos processos coletivos é meio eficaz de concretizar a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, na medida em que, segundo Camargo (2016, p. 194), o sucesso da demanda beneficia a coletividade ou o indivíduo e o insucesso, via de regra, não tira do indivíduo a oportunidade de rediscutir o seu direito de forma individual.

## 2.7 DA QUANTIFICAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO E DA DESTINAÇÃO DO *QUANTUM* COMPENSATÓRIO

Após a árdua tarefa de conceituar o dano extrapatrimonial coletivo, identificar os seus elementos caracterizadores e reconhecer a incidência em determinadas situações atinentes às relações de consumo, os magistrados enfrentam questão ainda mais controversa, qual seja a quantificação do dano extrapatrimonial coletivo, por serem incertos os seus parâmetros de fixação. O esforço inicial de conceituar e diferenciar o dano moral individual e o dano extrapatrimonial coletivo pode ser aproveitado no presente tópico para reforçar a amplitude dos efeitos dos danos extrapatrimoniais coletivos, cujas consequências podem afetar grande parte da massa de consumidores e justificam uma criteriosa análise dos aspectos levados em consideração no momento de fixar o *quantum*.

Para além das peculiaridades conceituais, é forçoso rememorar que, assim como abordado no item 1.3.4, a reparação integral *in natura* de danos extrapatrimoniais é raramente alcançável, de modo que os critérios de fixação terão marcado caráter econômico, meio pelo qual o ordenamento jurídico vê possível a compensação dos danos perpetrados aos consumidores. Ora, se as compensações serão em pecúnia, os critérios determinantes para a sua fixação tornam-se extremamente relevantes tanto para fornecedores, quanto para consumidores.

De início, é de resgatar a existência de dois métodos de fixação das indenizações na vigência do vetusto Código Civil de 1916: por arbitramento e por tarifação. O advento do Código Civil de 2002 extinguiu ambos os métodos dos dispositivos, mas a cultura jurídica optou pela manutenção da aplicação do arbitramento judicial, por representar maior adequação à realidade do instituto e maior praticidade quando da análise do caso concreto (LACERDA, 2017, p. 160).

Menezes Direito e Cavalieri Filho (2004, p. 348) destacam, como ponto de observância geral do regime de fixação das compensações por danos extrapatrimoniais, a utilização de uma equidade integradora na qual “o juiz parte especificamente das circunstâncias que ele está enfrentando, e dessas circunstâncias chega a uma conclusão, independentemente da necessidade de criar uma norma”. Considerando haver ampla margem de subjetividade quando do arbitramento, a razoabilidade deve imperar, de modo que não haja a ruína do ofensor, mas tampouco que haja vantagem econômica em perpetrar danos.

No mesmo sentido, Pinto Júnior, ao tratar dos valores de condenação, defende que os valores devem desestimular a repetição ou imitação do ato iníquo, mas sem que aniquile o ofensor. A relevância da função dissuasória é primordial para a mudança comportamental (2013, p. 95).

O artigo 93, IX, da CRFB/1988 e o artigo 371 do Novo Código de Processo Civil reforçam a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, de modo que a subjetividade é mitigada pela obrigatoriedade de utilização de critérios defensáveis, apresentados por um raciocínio lógico que legitime a condenação. Ocorre que a razoabilidade e a equidade não são critérios de fixação, mas tão somente termos axiológicos inerentes ao ato decisório. Os critérios de fixação reconhecidos pela doutrina e utilizados pelos Tribunais serão abordados a seguir.

Conforme abordado no decorrer do primeiro capítulo, não há definição legal a respeito dos critérios que devem ser observados quando da fixação do valor da compensação a título de danos extrapatrimoniais, com a ressalva da limitação do valor à extensão do dano, nos

termos do artigo 944 do Código Civil. Especificamente no caso do dano extrapatrimonial coletivo, o arbitramento é ainda mais complexo, a considerar a marcada função punitiva-precautória inerente ao instituto. Desse modo, deve-se evitar ao máximo o espaço para o decisionismo judicial, fortalecendo os meios técnicos de arbitramento.

O arbitramento, conforme defendido para a aplicação adequada do instituto, reclama uma certa liberdade de apreciação em relação aos critérios de fixação, não sendo pretensão das classificações propostas serem perenes no curso do tempo. Teixeira Neto afirma que a margem de liberdade pretoriana reside no fato de que os elementos de caracterização e de valorização do dano extrapatrimonial estão sujeitos a uma mutação qualitativa ao longo do tempo, de modo a estarem sempre compatíveis aos valores e aos anseios sociais de cada momento histórico (2014, p. 220).

Ainda que o sistema de arbitramento não seja inatacável, a ausência de perfeita padronização entre os valores fixados para a finalidade compensatória não é capaz de ensejar preocupação acerca de uma suposta insegurança jurídica (MEDEIROS NETO, 2012, p. 302). Medeiros Neto (2012, p. 208-209) inicia o debate a respeito dos critérios de arbitramento delineando contornos objetivos para os valores compensatórios, listando-os:

(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 de culpa ou do dolo, se presentes, e a verificação da reincidência; (V) o grau de reprovabilidade social da conduta adotada.

Ainda que o próprio autor faça a ressalva de que os critérios não são perfeitos, servem como meio de nortear o *quantum*. Os principais aspectos notados nos critérios propostos por Medeiros Neto (2012) são a observância em relação a natureza do direito tutelado, a extensão do dano em relação ao grupo de consumidores, o potencial econômico do fornecedor, a eventual vantagem gerada pelo desrespeito ao consumidor, a intencionalidade ou não do fornecedor, a displicência do fornecedor e a reprovabilidade da conduta no seio social. Desse modo, observa-se que não apenas o dano é observado, mas características do ofensor e a reprovabilidade da conduta, que posteriormente servirão como suportes para reconhecer a predominância da função punitiva do instituto em comento.

Teixeira Neto (2014, p. 222-232) analisa, de modo comparado, os critérios estabelecidos em Portugal para a aferição do *quantum* reparatório, defendendo sua plena aplicabilidade no Brasil. Os parâmetros iniciais seriam a intensidade de culpa do ofensor, a situação econômica do ofensor e as demais circunstâncias do caso. Note-se que os parâmetros

iniciais propostos por Teixeira Neto pouco comunicam-se no que toca à extensão do dano, demonstrando, novamente, a predileção doutrinária por critérios que contemplem as funções punitiva e dissuasória das compensações. Por fim, Teixeira Neto (2014, p. 228) complementa os parâmetros comuns de observância quando do arbitramento:

Assim, além da extensão e da gravidade do prejuízo, parâmetros de mensuração nucleares a toda e qualquer indenização, costumam ser indicados como relevantes a permanência do dano no tempo, a flutuação do valor da moeda, a culpa concorrente do lesado, o volume do prejuízo sofrido, além, ainda, de um juízo de proporcionalidade inerente à própria noção de equidade.

A importância do bem jurídico tutelado pelo dano extrapatrimonial coletivo nas relações de consumo reforçam que a ausência de critérios estanques de fixação das condenações não é suficiente para deslegitimar o instituto. Ainda, a inadequação da utilização da doutrina clássica da responsabilidade civil é marcante, mormente pela dificuldade de determinar a extensão do dano como critério limitador das compensações. As adaptações à teoria clássica comportam a adição de considerações acerca da gravidade, duração e consequências das violações na comunidade.

Teixeira Neto (2014, p. 230) faz-se claro ao lecionar que “fará diferença ao valor a ser arbitrado o fato de o dano recair sobre uma comunidade mais ou menos bem delimitada se comparado a outros que se projetam sobre um número indeterminado e inestimável de pessoas”, dado que quanto maior a extensão, maior a indenização a ser fixada, por afetar diretamente a repercussão social do dano.

Leite (2002, p. 488), ao analisar o instituto no âmbito do Direito Ambiental, aborda questão relevantíssima à reparação dos danos extrapatrimoniais que atingem direitos difusos e coletivos em sentido estrito, também aplicáveis ao Direito do Consumidor, por sua natureza semelhante. Leite concretiza uma série de ponderações de caráter econômico para determinar, mais precisamente, o *quantum* compensatório. Ainda que excepcional a valoração de bens imateriais, tal estudo comprova uma preocupação com o desestímulo às práticas violadoras, de modo a evitar que o lucro auferido com a prática ilícita seja superior ao valor compensatório, espancando possibilidade de reiteração da conduta.

No mesmo sentido, Cavalieri Filho (2014, p. 156) defende uma compensação por dano extrapatrimonial coletivo que seja capaz de desestimular o ofensor. Igualmente, Medeiros Neto (2012, p. 207), estudioso do dano extrapatrimonial coletivo, conclui:

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

Dois são os limitantes principais das indenizações por danos extrapatrimoniais, a extensão do dano e a vedação ao enriquecimento sem causa. A extensão do dano no âmbito extrapatrimonial coletivo possui dois aspectos principais: o nível de afetação do direito ofendido e o universo de titulares. Ambos os aspectos são de difícil aferição e justificam indenizações mais elevadas. Doutra banda, a vedação ao enriquecimento sem causa seria eficiente para frear o alto valor das compensações, no entanto, a destinação dada aos recursos, ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, é forma de evitar o locupletamento de sujeitos determinados, conforme passa-se a analisar.

É da natureza dos direitos tutelados pelo dano extrapatrimonial coletivo a impossibilidade e a inviabilidade de reparação direta aos integrantes da coletividade ofendida (TEIXEIRA, 2015, p. 199). Como os direitos difusos e coletivos são indivisíveis, a partilha dos recursos arrecadados para a finalidade reparatória é inviável, a considerar a dificuldade em determinar os sujeitos atingidos.

Como meio de solucionar a questão, a LACP, em seu artigo 13, *caput*, criou um fundo federal e autorizou a criação de fundos estaduais aptos a receberem os valores destinados à reparação dos danos perpetrados a direitos difusos e coletivos em sentido estrito, como o caso dos danos extrapatrimoniais coletivos decorrentes de relações de consumo.

A ideia do fundo, segundo Lacerda (2017, p. 168), é proporcionar meios de recomposição da coletividade com a alocação flexível dos recursos, auxiliando na prevenção de novos danos. A flexibilidade do fundo, de acordo com Costa (2009, p. 78), representa semelhanças com o *fluid recovery* do direito estadunidense, também marcado pela “livre alocação” dos recursos, desde que guarde compatibilidade com a causa defendida.

O Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD) foi regulamentado pelo Decreto n. 1.306/1994 e pela Lei n. 9.008/1995, cuja disposição do artigo 1º, parágrafo 1º, determina a finalidade do fundo federal para 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, a semelhança dos bens tutelados pela Ação Civil Pública.

O FDD é administrado por um Conselho Federal Gestor, pertencente à estrutura do Ministério da Justiça. O Conselho é integrado por dez membros, sendo seis deles membros do

Poder Executivo federal, um membro do Ministério Público Federal e três membros de entidades civis que tenham entre suas finalidades a defesa de direitos difusos (LACERDA, 2017, p. 168).

Desse modo, em respeito à natureza dos direitos ofendidos, não seria possível cogitar que as condenações fossem destinadas a sujeitos individualizados, mas sim à comunidade enquanto tal. Igualmente, a destinação aos fundos de defesa impede a tentativa de tornar módicas as condenações sob o argumento da vedação do enriquecimento sem causa, a considerar que os valores arrecadados são destinados ao(s) fundo(s) do artigo 13 da LACP.

Em conclusão, ao analisar os critérios fixados pela doutrina como eficazes à arbitrar o *quantum* compensatório das lesões aos direitos difusos e coletivos em sentido estrito nas relações de consumo, bem como pelo conhecimento da destinação dos valores arrecadados, é mister discutir a eventual função punitiva exercida pelo instituto do dano extrapatrimonial coletivo nas relações de consumo. A questão é complexa e envolve acalorado debate doutrinário, com contribuições da jurisprudência, motivos pelos quais inaugura-se novo tópico.

## 2.8 A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO COM CARÁTER PUNITIVO

A grande dificuldade assentada e exposta no capítulo um, no item 1.4, que aborda as funções atribuídas ao dano moral, torna-se ainda mais acirrada e objeto de discussões mais acaloradas por parte dos juristas no que toca ao dano extrapatrimonial coletivo. A dificuldade de reparar integralmente o dano, como supõe o ordenamento jurídico, permanece. Ainda, é possível afirmar que a dificuldade em tornar pecúnia uma ofensa aos direitos difusos e coletivos em sentido estrito dos consumidores é ainda maior. Permanece, no entanto, de modo simplificado, a dúlice função da compensação para o ofendido e da punição para o ofensor.

A compensação para o ofendido é inerente ao sistema da responsabilidade civil, de modo que a doutrina é convergente no seu reconhecimento. No caso, à coletividade não é dada uma alegria para compensar a “dor” - noção já ultrapassada no que tange aos danos extrapatrimoniais). Em verdade, a compensação consiste na obtenção de um bem jurídico que possa contrabalancear o dano sofrido, proporcionando aos consumidores meios materiais de concretizar os seus direitos legalmente enunciados (LACERDA, 2017, p. 136).

Por outro lado, a função punitiva é reconhecida por parcela da doutrina, como Gonçalves (2010, p. 395), Noronha (2007, p. 437), Diniz (2001, p. 248), Cahali (2011, p. 33) e Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 21), bem como pelos precedentes do STJ, a exemplo

do exposto no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1251348/RJ, relatado pela Ministra Eliana Calmon, julgado no ano de 2010, que enuncia a indenização pelos danos morais como instrumento dúplice para satisfazer a “reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir”.

Apesar do reconhecimento de ambas as funções enunciadas, o debate jurídico reserva maiores rúsgas no que se refere a predominância de uma ou de outra função. Cavalieri Filho (2012, p. 26) defende a limitação à extensão do dano, o que vedaria uma função predominantemente punitiva e precautória. Cavalieri Filho baseia seu posicionamento em Sanseverino (2010, p. 272), que vislumbra a preponderância da função compensatória, concebendo a função punitiva apenas como reflexa e limitada:

Ora, a imposição de *punitive damages*, seja com o propósito de punir o demandado (*punishment*), seja de prevenir atos semelhantes (*deterrence*), ensejaria uma indenização muito superior à extensão dos danos sofridos pela parte demandante, que não se mostra compatível com o princípio da reparação integral expressamente acolhido pelo art. 944, *caput*, em nosso sistema de responsabilidade civil.

Com um posicionamento semelhante, Lacerda (2017, p. 139) colaciona os ensinamentos de Theodoro Júnior:

A indenização, mesmo no dano material, é uma sanção, mas uma sanção que tem uma finalidade diversa da simples pena-castigo, finalidade específica de restaurar a situação jurídico-patrimonial do ofendido, motivo pelo qual seu montante não deverá ser superior ao dano que sofreu. Da mesma forma, a indenização do dano moral é sanção aplicada ao ofensor, mas terá de ser liquidada apenas ‘na proporção da lesão sofrida’. Inserir no cálculo dessa sanção um *plus* para prevenir e evitar a possibilidade de reiteração do ato nocivo, em nome da sociedade, é avançar sobre um terreno que não toca, ordinariamente ao direito civil disciplinar, mas ao direito público por meio de legislação especial e adequada, com propósitos muito diferentes dos que o direito privado persegue.

Muito embora não seja o escopo da presente monografia, cumpre destacar os principais pontos daqueles que defendem a função punitiva e daqueles que a repelem do sistema jurídico brasileiro. Os grandes críticos, como os supracitados, se atêm a reclamar a aplicação do artigo 944 do Código Civil, que limita as indenizações à extensão do dano observado. De igual modo, citam a incompatibilidade da função punitiva com o ordenamento jurídico pátrio, por tratarem o dano extrapatrimonial coletivo com função punitiva como análogo ao instituto dos *punitive damages* estadunidense. Citam, ainda, a incompatibilidade da função punitiva com a responsabilidade objetiva e com a solidariedade.

Pois bem, deve-se elucidar alguns dos aspectos objetos de crítica, ressaltando, inicialmente, que os direitos coletivos não se enquadram em modelos teóricos dos ramos tradicionais do ordenamento jurídico, conformando-se em nova categoria, cuja compreensão reclama análise funcional (TEIXEIRA, 2015, p. 193). A respeito da extensão do dano como limitante, é de se destacar que os efeitos das violações perpetradas aos direitos difusos e coletivos em sentido estrito são de difícil mensuração, afetando a sociedade como um todo e resultando em uma agressão ao Estado Democrático de Direito.

Bessa (2006, p. 105) leciona a respeito da especificidade do instituto, ensejando uma necessária reflexão acerca do potencial lesivo das condutas que reclamam sua utilização:

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 o valor do dano material decorrente de veiculação decorrente de veiculação de publicidade enganosa ou abusiva?

A reflexão resume-se em definir a condição especial dos direitos tutelados pelo instituto, cujas violações afetam a todos e possuem um grau de reprovabilidade maior. A teoria do valor do desestímulo exige que sejam evitadas novas violações, a justificar as elevadas condenações. Basta observar os critérios delineados pela doutrina e pela jurisprudência para a quantificação das condenações (grau de culpa, reincidência, capacidade econômica do ofensor, caráter exemplar e etc.), para notar a relevância dos direitos tutelados e a essencialidade da função sancionatória-pedagógica.

Cumprido diferenciar, no entanto, o instituto dos *punitive damages* para o dano extrapatrimonial coletivo, ao defender-se, escorado em estudiosos como Bessa (2011), que o sistema brasileiro já apresenta substrato mais eficaz, no âmbito coletivo, se comparado ao modelo que muitos pretendem importar, sem que se negue a importância da análise do instituto estrangeiro como forma de parametrização da aplicação.

A doutrina brasileira não aborda com profundidade a utilização das funções punitiva e dissuasória da responsabilidade civil, e traduz, tão somente, a doutrina dos *punitive damages* dos ordenamentos de *common law*. O estudo do direito comparado é sempre complexo, mormente ao considerar-se a problemática de pura importação de institutos de ordenamentos com uma sistemática tão distinta. No entanto, seguindo o que leciona Bahia e Medeiros, alerta-se que a doutrina dos *punitive damages* tem aplicabilidade diferenciada, com

procedimento próprio, diferenciando-se da indenização decorrente do dano moral (2016, p. 160).

A fundamentação precípua dos *punitive damages* é a de realizar o binômio punição-prevenção, de modo que as condenações são vultuosas e constituem um valor variável, estabelecidas separadamente dos danos materiais. Há cabimento quando o dano decorre de um comportamento marcado por grave negligência, dolo ou opressão, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos da América (ANDRADE, 2006, p. 74). Os referidos comportamentos lesivos, portanto, devem ser absurdos, repugnantes e inimagináveis. No caso do instituto dos *punitive damages*, não há finalidade enunciada compensatória, já que as condenações com tal finalidade são chamadas de *compensatory damages*.

Dentre as diferenças marcantes entre os institutos do *punitive damages* e do dano extrapatrimonial coletivo, a principal refere-se à destinação da condenação, que no instituto brasileiro não se destina diretamente a um ofendido, a exemplo do que ocorre no instituto estrangeiro, mas sim à coletividade. Desse modo, esvazia-se a crítica quanto ao enriquecimento sem causa. Ainda, os requisitos de aplicação não são rígidos como nos *punitive damages*, servindo para tanto, o ensinamento de Bessa (2006, p. 103):

A mera veiculação de publicidade enganosa ou abusiva, independentemente de qualquer aquisição de produto ou serviço ou ocorrência de danos material ou moral (individual), configura lesão a direitos difusos e enseja, portanto, a condenação por dano moral coletivo que, repita-se, possui exclusivo caráter punitivo.

Lotufo, em complemento, destaca que os danos extrapatrimoniais coletivos se referem a direitos difusos ou coletivos em sentido estrito têm por vítima a sociedade como um todo, de modo que a solução e a destinação das condenações são em favor da coletividade (2012, p. 289). Tal ponto reforça o enfraquecimento, em grande parte, da objeção feita à função punitiva no âmbito do dano moral individual e a comparação com os *punitive damages*, que se refere ao enriquecimento sem causa, com expressa vedação no artigo 884 do Código Civil.

Ponto de convergência entre os que aceitam a função predominantemente punitiva dos danos extrapatrimoniais coletivos é o reconhecimento de que trata-se de uma repressão justa e necessária àqueles que atentam contra a esfera de proteção do interesse público, abalizadamente no que se refere aos novos delineamentos dos interesses difusos e coletivos. Desse modo, é possível iniciar a indagação a respeito da possibilidade de aplicação punitiva do dano extrapatrimonial coletivo como forma de concretizar a função preventiva e

dissuasória, tão caras aos direitos que buscam-se tutelar, de relevante interesse público.

Nesse sentido, Bessa (2007, p. 238), um dos maiores estudiosos do instituto no Brasil, leciona:

A condenação por dano moral coletivo é sanção pecuniária, de caráter eminentemente punitivo, em face de ofensa a direitos coletivos ou difusos nas mais diversas áreas (consumidor, meio ambiente, ordem urbanística). (...) Requer, ademais, análise funcional do instituto, o qual é multifacetado, ora se aproximando de elementos e noções de responsabilidade civil nas relações privadas, ora aproveitando-se de perspectiva própria do direito penal.

Em complemento, Medeiros Neto (2012, p. 202):

O que se almeja, de maneira primordial, não é demais repetir, é atender-se à necessidade de imposição de uma condenação pecuniária que signifique sancionamento pela prática da conduta ilícita, cuja ocorrência resultou em benefícios ou vantagem indevida para si, não obstante a gravidade da violação de direitos fundamentais, circunstância inaceitável para o sistema de justiça.

Bodin de Moraes (2009, p. 263), que é contra a função punitiva dos danos morais tem posição contrária quando o dano extrapatrimonial é coletivo:

É de aceitar-se, ainda, um caráter punitivo na reparação do dano moral para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos, tanto na relação de consumo quando no Direito Ambiental. Aqui, a *ratio* será a função preventivo-precautória, que o caráter punitivo inegavelmente detém, em relações às dimensões do universo a ser protegido. Nesses casos, porém, o instituto não pode se equiparar ao dano punitivo como hoje é conhecido, porque o valor a maior da indenização, a ser pago “punitivamente”, não deverá ser pago ao autor da ação, mas, coerentemente com o nosso sistema, em obediência às previsões da Lei n. 7.347/1985, servirá a beneficiar um número maior de pessoas, através do depósito das condenações em fundos lá especificados.

Vive-se um contexto de escassez de fundamentação teórica na doutrina do dano extrapatrimonial coletivo, com raros juristas que abordam a espécie a fundo. Tal escassez dificulta a fundamentação das decisões judiciais, que no mais das vezes são pobres em respaldo científico no que tange ao instituto e à sua função punitiva. É notável, em análise de precedentes, a dificuldade que os julgadores apresentam de definir a natureza do interesse que a tutela coletiva protege, bem como a função precípua do dano extrapatrimonial coletivo. Muito embora a jurisprudência leve em conta a função punitiva, inclusive no dano moral

individual, tal enunciação não passa de mera carta de intenções, já que os valores são limitados pela extensão dos danos e acabam minimamente compensando as vítimas.

Ressalvados estudiosos que se dedicam ao tema, como Bessa (2006), Martins (2012), Lacerda (2017), Teixeira Neto (2014) e Camargo (2016), a indefinição doutrinária e jurisprudencial não é capaz de perceber a necessidade de adoção de uma racionalidade diferenciada para a proteção dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, frutos de relações marcadas pela vulnerabilidade. Não desprezável parcela da doutrina e jurisprudência nega a função punitiva como preponderante dos institutos de responsabilidade extrapatrimonial, seja individual ou coletiva, conforme abordado no início do tópico, embora acredite-se na necessidade de uma revisão de tal posicionamento.

Conforme supraexposto, a combinação do CDC e da LACP marca a repressão aos atos de violação de direitos, com a categorização das normas postas como sendo normas de interesse público, a justificar um viés punitivo com vistas à prevenção e à dissuasão. Arruda Alvim, por exemplo, defende a categorização como direito social, para marcar o ponto de diferença entre os direitos tidos como privados e os direitos públicos. (2005, p. 74).

Ocorre que, ao levar-se em consideração a vulnerabilidade inerente às relações de consumo, cogita-se, parcialmente, o levantamento da demarcação dos espaços entre responsabilidade civil e penal, mormente pelo interesse público marcante do direito tutelado. É justamente o que afirma Martins (2012, p. 107), para quem a dimensão social dos interesses envolvidos justifica a função punitiva do dano moral coletivo, impulsionado por um processo de despersonalização e desindividualização da responsabilidade civil, a avalizar a prevenção e reparação dos danos morais coletivos.

Vale ressaltar que não se trata de inovação jurídica, mas de uma tendência que retoma uma outrora universal, conforme Gonçalves (2005, p. 183). Na seara consumerista, no entanto, a função punitiva do dano extrapatrimonial coletivo nada mais é do que uma forma de concretizar, de fato, as funções dissuasória e preventiva, com vistas a contemplar a totalidade dos consumidores.

Benjamin, Marques e Miragem afirmam que o caráter das indenizações decorrente do instituto é mais do que preventivo, mas que hoje se reconhece ao direito do consumidor, com o dano moral coletivo, um direito penal pós-moderno, com a função de evitar o dano a todo custo, mesmo quando inexistente certeza científica sobre sua probabilidade de ocorrência. Não é apenas a função preventiva, mas uma sanção fundada no princípio da precaução (2003, p. 791).

Vaz, com precisão, afirma a gravidade da lesão a que se deve responder com o dano

extrapatrimonial coletivo de viés punitivo (2009, p. 122):

Num Estado Democrático de Direito, no qual há milhares de normas a serem observadas e direitos a serem preservados, não se está a defender que o simples fato de alguém ter transgredido uma regra de conduta a todos imposta, ainda que em caso de responsabilidade objetiva causando um dano transindividual, ensejará a função punitiva e, menos ainda, a preventiva. Mas, sim, quando essa transgressão for praticada por dolo ou culpa gravíssima, a fim de causar prejuízos a outrem, de modo a evidenciar a insuficiência, nesses casos, de somente restituir ou compensar a vítima afetada por tal comportamento, pois, toda a sociedade foi lesada, desrespeitada, atingida, concreta ou potencialmente.

Nesse sentido, uma nova hermenêutica faz-se necessária, pautada nos princípios constitucionais, que possa, de fato, oferecer guarida aos consumidores, com a aplicação da função acima referida para equilibrar as relações de consumo e desestimular as práticas que violem os direitos da comunidade enquanto tal.

Em sentido semelhante, adequado o posicionamento de Andrade (2006, p. 272), para quem os objetivos da função punitiva são a manutenção da relação de equilíbrio das relações de consumo e da defesa de contratantes que se encontram em posição de inferioridade.

É sabido que apenas a reparação, conforme demonstrado supra, nos moldes da doutrina clássica da responsabilidade civil, não tem sido suficiente para coibir as práticas violadoras. No Brasil, o que se observa é a aplicação da função punitiva, pelo Judiciário, na esfera do dano extrapatrimonial.

Sem que se entre na discussão acerca da função punitiva nos danos individuais, cujas críticas são mais sólidas, não há motivos para o afastamento, em princípio, de tal função nos danos perpetrados à comunidade. Desse modo, vislumbra-se a plena aplicabilidade e possibilidade de mudança dos rumos da responsabilidade civil, que caminha para um efetivo viés solidarista e se coaduna com a realidade constitucionalizada da responsabilidade civil.

As reflexões de Martins-Costa e Pargendler (2005, p. 16) apontam para uma renovação a respeito do caráter sancionador e dissuasório da responsabilidade civil, especialmente no direito ambiental e no direito do consumidor. As autoras afirmam que o instituto, antes voltado apenas à reparação, não estaria imune a fenômenos sociais próprios das sociedades industrializadas, baseados em raciocínios pautados no custo/benefício.

Em conclusão ao estudo que aborda os usos e abusos da função punitiva, Martins-Costa e Pargendler (2005, p. 24-25) mencionam o dano extrapatrimonial coletivo como o meio termo que satisfaz a função dissuasória e a segurança jurídica, assumindo a finalidade preventiva. Desse modo, ao observar as restrições do ordenamento jurídico no que tange à

utilização dos institutos da responsabilidade civil como sanções civis, as autoras defendem a aplicação do dano extrapatrimonial coletivo como forma de tutelar os direitos transindividuais de modo dissuasório, sem que haja qualquer ofensa às bases do sistema jurídico brasileiro.

O fenômeno social requer do jurista um novo olhar, a partir da complexidade da sociedade pós-moderna e das relações massificadas, com o reconhecimento de que o direito merece adaptar-se às novas realidades, que reclamam maior respeito aos direitos do consumidor.

Ademais, a certeza da condenação em relevante quantia fará com que os fornecedores refaçam os cálculos que outrora admitiam a vantagem em violar os direitos da personalidade dos consumidores. Desse modo, acredita-se que com o reforço das funções dissuasória e preventiva, modifica-se a relação entre consumidores e fornecedores no que tange às relações massificadas de consumo.

### **3 O DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO E OS PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS DO SUL DO BRASIL**

Após a análise das questões teóricas gerais a respeito do dano moral nas relações de consumo sob o viés da sociedade de massa e da sociedade de consumo, o trabalho elucidou os aspectos específicos atinentes ao dano extrapatrimonial coletivo, incluindo o esboço histórico, a crítica à terminologia, a impossibilidade de transposição da doutrina clássica do dano moral, as objeções ao instituto, os elementos caracterizadores, o procedimento de reconhecimento do dano, os critérios de arbitramento e de destinação das compensações e a possibilidade de aplicação do instituto com o caráter predominantemente dissuasório. O terceiro capítulo do estudo, no entanto, é destinado a investigar de que forma os Tribunais do Sul do Brasil têm se direcionado em relação ao instituto, para que, a partir do exame dos precedentes, seja possível deduzir os pontos positivos e negativos das interpretações desenvolvidas nas cortes, de modo a contribuir com o aperfeiçoamento da compreensão do instituto pelos juristas.

Basta ligeiro exame das decisões judiciais para verificar a progressiva importância que a jurisprudência tem assumido no ordenamento brasileiro, enquanto fonte de direito. As decisões dos tribunais são repetidamente utilizadas como razões de decidir dos magistrados e magistradas, mormente na aplicação dos institutos de elevada complexidade ou cuja peculiaridade cause dificuldade aos juristas, como é o caso do dano extrapatrimonial coletivo nas relações de consumo.

Para tanto, pertinente explorar o conceito e utilidade da jurisprudência para alguns dos principais estudiosos do direito. Para Diniz (2014, p. 47):

Jurisprudência é o conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, resultante da aplicação de normas a casos semelhantes, constituindo uma norma geral aplicável a todas as hipóteses similares e idênticas. É o conjunto de normas emanadas dos juízes em sua atividade jurisdicional.

A jurisprudência, enquanto conjunto de decisões orientadas em um mesmo sentido, permite às partes que tenham uma visão mais clara do pensamento dos estudiosos e do pronunciamento das cortes em casos semelhantes. No presente estudo, optou-se pela terminologia *precedentes* pelo fato de que a orientação das decisões a serem investigadas não são necessariamente no mesmo sentido. A finalidade do estudo de precedentes é demonstrar a evolução do entendimento das cortes do Sul do Brasil, desde o entendimento inicial a respeito

do instituto, a evolução da compreensão, os problemas atuais e as possíveis soluções, de modo a contribuir com a aplicação do instituto para melhor tutelar os direitos dos consumidores.

Cientes da importância dos precedentes dos tribunais, os juristas terão a oportunidade de assimilar a receptividade e as dificuldades dos julgadores e julgadoras a respeito do instituto, mormente nos pontos destacados no trabalho, a exemplo das tentativas de transpor elementos caracterizadores do dano moral individual para o dano extrapatrimonial coletivo, das justificativas para a descaracterização do dano e dos critérios de arbitramento utilizados.

Outrossim, buscando facilitar a percepção do leitor, será tratada preliminarmente a evolução da compreensão do instituto no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, de sorte que será possível traçar uma linha comparativa do progresso do entender do Superior Tribunal de Justiça e dos três Tribunais de Justiça do Sul do Brasil.

Para a composição do presente capítulo, foram analisados 61 acórdãos, sendo 11 do Tribunal de Justiça do Paraná, 35 do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e 15 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Serão, no entanto, discutidos no presente estudo os casos de maior relevância, limitados a 4 por estado, que atingem bens jurídicos sensíveis dos consumidores e que representam a mudança de entendimento no âmbito de cada estado, bem como que abranjam os aspectos estudados a respeito do dano extrapatrimonial coletivo. Como o termo consagrado na jurisprudência para o instituto é *dano moral coletivo*, as ressalvas feitas a esse termo no âmbito do item 2.1.1. são mantidas, porém em suspenso para conservar a integralidade da compreensão tida nos tribunais.

Metodologicamente, as buscas foram realizadas nos sítios de cada um dos Tribunais, com os mesmos termos de busca (“dano moral coletivo” e direito do consumidor; “danos morais coletivos” e direito do consumidor). Justificam-se os termos utilizados pela ampla receptividade da nomenclatura, tendo sido as buscas realizadas com maior efetividade. Cumpre destacar que no âmbito de Santa Catarina, todos os julgados que tangenciam o tema foram analisados; no Paraná, o instituto é pouco utilizado, de modo que o número reduzido de acórdãos localizados justifica-se pela pouca aparição no âmbito da consulta virtual; já no caso do Rio Grande do Sul, um elevadíssimo número de acórdãos foi encontrado, de modo que a seleção deu-se pelos 15 acórdãos considerados de maior relevância, dos quais 4 foram selecionados para compor o tópico reservado ao estado gaúcho.

À vista disso, a finalidade precípua do capítulo que encerra o estudo é proporcionar subsídios para a formar a compreensão, de forma crítica, a respeito pontos que os magistrados e magistradas ostentam em relação ao arcabouço teórico adotado enquanto referencial para o

desenvolvimento dos conceitos considerados mais adequados à realidade social experimentada, no contexto da pós-modernidade. Assim, busca-se contribuir para a superação da adoção de vetustos paradigmas da responsabilidade civil, a reverter na maior proteção exequível aos direitos fundamentais enunciados aos consumidores.

### 3.1 EVOLUÇÃO DA COMPREENSÃO DO INSTITUTO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com o propósito de melhor analisar os precedentes das cortes estaduais do Sul do Brasil, cumpre elucidar o desenvolvimento histórico do dano extrapatrimonial coletivo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. A compreensão do desenvolvimento do entendimento do Superior Tribunal de Justiça serve como referencial comparativo do momento em que cada Tribunal se encontra. Desse modo, busca-se definir o grau de adequação de cada um dos Tribunais sulistas em relação ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.

De início, o primeiro caso que, com notoriedade, abordou o dano extrapatrimonial coletivo foi julgado no ano de 2006. Trata-se do REsp 598.281/MG, que gerou intenso debate no âmbito da 1ª Turma do STJ. A ação civil pública proposta pelo Ministério Público em face de uma construtora e do município de Uberaba decorreu de ofensa ao meio ambiente, marcadamente pela construção e ocupação de área por loteamentos.

O julgamento, ocorrido em 02/05/2006, demonstrou a realidade e a pertinência da crítica realizada no presente estudo no âmbito do tópico 2.3, em que se abordou a impossibilidade de transpor a doutrina do dano moral individual ao instituto do dano extrapatrimonial coletivo. Incabível, portanto, desde já, a tentativa de transportar os pressupostos da responsabilidade civil individual para a tutela de direitos transindividuais.

No entanto, o relator para o acórdão, Ministro Teori Albino Zavascki, expôs compreensão oposta, no sentido de negar o provimento em decisão ementada da seguinte forma:

Processual Civil. Ação civil pública. Dano ambiental. Dano moral coletivo. Necessária vinculação do dano moral à noção de dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual. Incompatibilidade com a noção de transindividualidade (indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa e da reparação).

Cumpre destacar, igualmente, o voto vencido, de lavra do Ministro Luiz Fux, que observou o dano moral apoiado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988,

ultrapassando a barreira do indivíduo. Sustentou, nesse sentido, que o meio ambiente ostenta na modernidade valor inestimável, tendo por isso alcançado a eminência de garantia constitucional.

Conforme elucidado nos capítulos anteriores, a parcela majoritária da doutrina e da jurisprudência já lograram desvincular o instituto do dano moral, ainda que individual, da noção de agressão ou abalo à integridade psíquica da coletividade.

Muito embora, a partir da leitura do estudo, seja possível concluir pela obsolescência da tese defendida no acórdão supra, as razões de decidir do Ministro Teori Zavascki ainda encontram eco em parte da jurisprudência, conforme poder-se-á concluir da leitura dos próximos tópicos, o que representa grande preocupação para os estudiosos, dado o avançado estado de investigação da matéria.

Posteriormente, aprimorando o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, merece destaque o REsp 1.057274/RS, julgado pela 2ª Turma, em 01/12/2009. A ação civil pública discutia o dano moral coletivo decorrente da exigência de prévio cadastramento dos idosos para a utilização gratuita do transporte público, direito assegurado pelo Estatuto do Idoso.

O avanço percebido no voto da relatora Ministra Eliana Calmon foi o afastamento da necessidade de comprovação de dor e sofrimento, afirmando que tais requisitos são restritos apenas ao dano moral individual. Apesar de reconhecer a prescindibilidade da prova de dor e sofrimento, o dano moral coletivo não foi reconhecido pela ausência de prequestionamento do dispositivo constante do Estatuto do Idoso.

Merece destaque trecho do voto que representa a modificação de paradigma em relação à compensação dos danos perpetrados à coletividade:

As relações jurídicas caminham para uma massificação e a lesão aos interesses de massa não pode 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 iniciada 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.

Desse modo, a Ministra Eliana Calmon logrou êxito em afastar a noção de dor e sofrimento do instituto do dano moral coletivo, mas ainda os manteve como necessários à configuração do dano moral individual. Ela considerou que a prova é prescindível, diferenciando a forma com que os efeitos das violações são percebidos na coletividade e no

indivíduo.

Em 02/02/2012, foi julgado o REsp 1.221.756/RJ, de relatoria do Ministro Massami Uyeda. A ação civil pública em questão discutiu o desrespeito aos consumidores prioritários. A violação consistia na localização do atendimento preferencial, no segundo andar da agência bancária, após a locomoção dos consumidores por três lances de escada. Não é necessário rememorar que a parcela de consumidores prioritários em agências bancárias consiste, basicamente, em gestantes, mulheres com crianças de colo, pessoas com deficiência e idosos.

Ocorre que, nas razões de fundamentação do voto, o relator se ateve à necessidade de verificação da gravidade do fato transgressor, ligando-o a um viés patrimonialista. Segundo o relator “o dano deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem patrimonial coletiva”. Percebe-se, da leitura do voto, que o relator regrediu à compreensão anterior, avançando tão somente na avaliação da gravidade do fato. Infelizmente, o relator atrelou o dano extrapatrimonial coletivo à perda patrimonial, o que é injustificável a partir do estudo do instituto, bem como trouxe o paradigma da dor e do sofrimento à tona novamente.

Em decisão mais recente, no REsp 1.487.046/MT, julgado em 16/05/2017, relatado pelo Ministro Luís Felipe Salomão, discutiu-se a prática abusiva de um posto de combustível em função da infidelidade de bandeira. Configurada a fraude em oferta ou publicidade enganosa, o relator entendeu cabível o dano extrapatrimonial coletivo.

A contribuição do julgado, que representa avanço na compreensão do instituto, reside no fato de que este considerou o “dano moral coletivo aferível *in re ipsa*, ou seja, sua configuração decorre da mera constatação da prática de conduta ilícita de maneira injusta e intolerável, de modo que viole direitos de conteúdo extrapatrimonial da coletividade”. Dessa forma, considerou irrelevante a demonstração dos prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral da coletividade.

No que toca à quantificação do dano, o relator ressaltou a importância das peculiaridades do caso, considerando a relevância do interesse transindividual lesado, a gravidade e a repercussão da lesão, a situação econômica do ofensor, o proveito obtido com a conduta ilícita, o grau de culpa ou dolo, a verificação de reincidência e o grau de reprovabilidade social, em consonância com o que defende Medeiros Neto (2012, p. 163-164).

Nesse sentido, a partir das observações no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, é de se concluir que o instituto ainda gera confrontos entre os julgadores, mas que o avanço em relação às características mais essenciais do dano extrapatrimonial coletivo pôde ser notado.

No entanto, não há como negar o fato de muitos casos serem julgados casuisticamente, o que enfraquece a aplicação do instituto, que ainda representa reduzido número de pleitos no Poder Judiciário.

### 3.2 PRECEDENTES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ

No Tribunal de Justiça do Paraná, observou-se um reduzido número de precedentes que aborda, em apelações cíveis, o instituto em estudo. Com os termos de busca definidos metodologicamente, apenas 11 foram os acórdãos localizados, sendo que o primeiro a enfrentar o tema foi apenas no ano de 2011.

O primeiro acórdão, portanto, é fruto da Apelação Cível n. 167044-9, da cidade de Curitiba, com relatoria do Desembargador Luís Carlos Xavier e julgado na data de 15/02/2011. Trata-se de ação civil pública intentada pelo Ministério Público em face de Athayde de Oliveira Neto, FM Studio 96 Ltda., Maha Skates Ltda., Jockey Club do Paraná e outros.

No ano de 2003, uma sociedade empresária promotora de eventos alugou o Jockey Club do Paraná para, em conjunto com os demais fornecedores requeridos, realizar um show de rock chamado “Unidos pela Paz”. Um grande fluxo de público (por volta de 30 mil pessoas) causou um tumulto generalizado pela tentativa forçada de entrada. Diversos jovens foram espremidos contra portões de acesso, que foram bloqueados pelos fornecedores quando atingida a lotação do local. Todo tumulto resultou na morte de três jovens, sendo que outros quarenta ficaram feridos.

O Ministério Público comprovou que a organização do evento desrespeitou normas legais, de modo que colocou em risco a vida e a integridade física dos consumidores. Nesse sentido, demonstrou-se que a causa primária do evento danoso foram as inúmeras falhas da organização. Agrava a situação o fato de que o organizador do evento enviou requerimentos preliminares às autoridades públicas, mas não obteve os alvarás, as autorizações e as licenças necessárias para a realização do evento, bem como não providenciou a segurança que o evento de tal magnitude exigia. Pior, não foi recolhida a taxa exigida pela Polícia Militar para providenciar a presença dos policiais no local do evento. Mais, quatro dias antes da tragédia, o Corpo de Bombeiros desaprovou a realização do evento, alertando a respeito dos riscos e fazendo exigências no sentido de prevenção a incêndios e de melhor sinalização das rotas de fuga.

No primeiro grau, a sentença julgou procedente a pretensão dos danos morais

coletivos, condenando as requeridas ao pagamento, de modo solidário, da importância de R\$100.000,00. Fundamentado o cabimento do dano moral coletivo na sentença nos seguintes termos:

Por certo as pessoas envolvidas no pisoteamento sofreram um abalo psicológico que pode ser considerado individualmente. Porém, para além disso, em seu conjunto, como grupo, viram-se como vítimas e ao mesmo tempo alvos involuntárias de um tumulto que poderia ter sido evitado com uma organização eficiente do espetáculo.

As reportagens jornalísticas encartadas aos autos revelam o sentimento coletivo de insegurança, o compartilhamento de momentos aterrorizantes entre as vítimas, que ao cair se transformavam em alvos de outras que cederam antes delas.

A angústia coletivamente experimentada pode ser extraída do seguinte relato de uma das vítimas.

Jean estava próximo do portão de entrada quando o empurra-empurra começou. “uma menina atrás de mim, que eu nem conhecia, se agarrou em mim e pediu pelo amor de Deus para que eu não a deixasse cair” conta. Uma de suas angústias foi descobrir que a menina que ele tentou ajudar era Larissa Cervil Seletti, que morreu pisoteada.

Com uma luxação no braço e escoriações por todo o corpo, Jean tem em sua memória momentos de pânico. O jovem conta que ele e Larissa não agüentaram os empurrões e tombaram. Jean tentou proteger a menina. Ele tentou segurar as pessoas que continuavam caindo, mas não suportou o peso e foi para o chão. Fiquei imobilizado. Não conseguia ver nada. Só escutava gritos desesperados pedindo por socorro. Comecei a sentir falta de ar e cheguei a vomitar (f. 1.107).

Da sentença adveio recurso de apelação, que visou desconfigurar a incidência do dano moral coletivo e a redução do *quantum* arbitrado. Nesse sentido, o relator manifestou-se afirmando que o dano moral coletivo é incontroverso, a considerar que houve lesão ao direito, ainda que de modo extrapatrimonial.

No que se refere à prova do dano moral, o relator arrematou que é dispensável a prova objetiva do dano, bastando a demonstração da circunstância que revele a situação ofensiva à coletividade. De modo acertado, o relator considerou o vasto acervo probatório que demonstrava a inaptidão e a desorganização dos fornecedores, que descumpriram, de modo sistemático, diversas normas de segurança.

Outrossim, a incidência do dano moral coletivo pelo desrespeito às normas de segurança e ao descumprimento das exigências legais para a realização do evento, que expôs, de modo irremediável, os consumidores ao famigerado evento danoso, é patente. O desrespeito aos direitos mais básicos da coletividade de consumidores é tão evidente que o evento danoso foi capaz de ceifar três vidas, de ferir mais de quarenta consumidores e de expor a vida dos demais consumidores a sérios riscos.

No que toca ao *quantum* indenizatório, o relator está de acordo com a manifestação do representante do *Parquet*, ao expressar que a minoração da condenação representaria a diminuição das funções inerentes ao instituto, prejudicando o seu efeito dissuasório, que age diretamente no desestímulo à reiteração das condutas dos agentes ofensores.

Manteve-se, portanto, a condenação no importe de R\$100.000,00, por ter sido considerada razoável e proporcional. O relator afirmou filiar-se a corrente que entende que a punição e a compensação são as finalidades do instituto, pugnando pela aplicação da teoria do valor do desestímulo e a teoria da compensação.

O primeiro julgado que enfrentou o dano extrapatrimonial coletivo no estado do Paraná, embora tardio, expressou com clareza as finalidades do instituto e demonstrou adequação ao seu arcabouço teórico. Não houve questionamento a respeito da natureza do direito tutelado, que poderia causar confusão por aparentar ser individual homogêneo. Cumpre destacar que a magnitude da tragédia causada por falhas dos fornecedores justifica o sentimento tido pela coletividade, marcada pela insegurança e quebra de confiança na prestação de serviços dessa natureza, de modo a tornar aplicável a reparação à coletividade conjuntamente considerada sem prejuízo das reparações que considerem a individualidade dos consumidores atingidos diretamente.

Decorrido lapso temporal extenso, de praticamente quatro anos, o próximo acórdão a enfrentar o dano extrapatrimonial coletivo refere-se à Apelação Cível n. 1182169-9, de Prudentópolis, relatado pela Desembargadora Ângela Maria Machado Costa, julgado em 04/02/2015. Trata-se de ação civil pública intentada pelo Ministério Público em face de Clinipaf Ltda.

O feito discutiu a nulidade de cláusulas em contrato de adesão. As cláusulas seriam, em tese, nulas por agravarem a vulnerabilidade dos consumidores. Uma das cláusulas permitia que o dinheiro pago pelo consumidor a título de seguro fosse revertido em favor da requerida, já que esta se beneficiaria do prêmio. Ocorre que é faculdade do consumidor segurado escolher o beneficiário do seguro, incabível a hipótese em que o instituidor do seguro se confunda com o beneficiário. A outra cláusula eivada de nulidade é a de venda casada, quando o auxílio funerário contratado estava condicionado à contratação dos demais serviços fornecidos, como os serviços médicos, que nada têm a ver com a requerida, tratando-se de mero aceite do rol de conveniados da fornecedora.

A sentença de piso declarou a nulidade das referidas cláusulas, condenando a fornecedora ao pagamento de R\$20.000,00 a título de dano moral coletivo.

Em sede de apelação, a requerida afirmou ser incabível o dano moral coletivo por não

haver qualquer dano desta ordem. A relatora, de fato, afastou a incidência do dano moral coletivo, mas com fundamento diverso.

De modo acertado, a relatora reconheceu a compatibilidade do instituto com o ordenamento jurídico pátrio. No entanto, fez a ressalva de que a tutela do dano extrapatrimonial coletivo está restrita a guarida dos direitos coletivos e difusos, mas não aos direitos individuais homogêneos. A relatora, portanto, reconhece a incidência do instituto apenas quando o direito lesado tem a natureza transindividual.

Como consequência, a relatora afasta as teorias do dano moral individual e do dano extrapatrimonial coletivo, demonstrando que os institutos são diversos, de modo a asseverar:

Esse fato decorre da própria natureza dos direitos que são tutelados. Quando se está em face de direitos coletivos ou difusos, a natureza desse direito sempre é transindividual, ao passo que os direitos individuais homogêneos, como o nome integra, apenas são defendidos em conjunto. Nesse cenário, parece mais do que evidente que o próprio dano extrapatrimonial advindo tenha que ser, ele mesmo, individual, ainda que se admita ser homogêneo entre as partes.

Por fim, a relatora sugeriu que a condenação devesse ter sido genérica, a permitir que cada um dos lesados pudesse pleitear, individualmente, a liquidação do dano sofrido e já reconhecido em sede de ação coletiva.

O precedente analisado demonstra o limite da tutela do dano extrapatrimonial coletivo, em consonância com a doutrina exposta no capítulo anterior. É de se ressaltar que no caso em questão é perfeitamente possível delimitar os sujeitos atingidos, a ter em conta o fato de o contrato ser de adesão e todos os contratantes que utilizaram-se das cláusulas nulas terem sido atingidos. É, portanto, diferente do caso analisado anteriormente, do show “Unidos pela Paz”, no qual o evento danoso ultrapassou os sujeitos afetados diretamente pela tragédia, perpetrando os seus efeitos em todo o corpo social, de modo que a condenação fora acertada. Por fim, igualmente acertado o afastamento do dano moral coletivo no caso supra.

O terceiro acórdão refere-se a Apelação Cível n. 1.215303-4, da cidade de Londrina, relatado pelo Desembargador Luiz Osório Moraes Panza, tendo sido julgado no dia 24/03/2015. A ação civil pública foi intentada pelo Ministério Público em face de Ace Seguradora S/A; Júlio César de Oliveira e outros.

Conforme relatório do voto, trata-se de processo que discutiu a tutela de direitos individuais e homogêneos, em razão da ofensa ao direito à vida e à segurança dos consumidores que foram lesados pela conduta omissiva dos organizadores de um evento

musical. No dia 04/05/2007, foi realizado show da cantora Ivete Sangalo, no Centro de Eventos de Londrina. A extrema desorganização causou tumultos e insegurança decorrentes da grande aglomeração de pessoas nos arredores do local. Muitos ingressos foram falsificados, de modo que a segurança não conseguiu conter a passagem daqueles que portavam os ingressos não permitidos. Toda a confusão gerou intenso tumulto no local do evento, sendo que os organizadores abriram áreas restritas para dar conta do fluxo de pessoas, invadindo espaços reservados por pessoas que adquiriram espaços *VIPs*.

A sentença, ante a observância das provas colacionadas e dos fatos narrados, entendeu pela condenação das requeridas ao pagamento, de forma solidária, de R\$300.000,00 a título de danos morais coletivos, a serem revertidos ao Fundo Municipal de Defesa do Consumidor do município de Londrina.

A apelação não questionou a incidência dos danos morais coletivos, mas tão somente buscou reduzir o seu valor. Ainda assim, o relator afirmou a responsabilidade dos fornecedores, a considerar que a “falsificação massiva dos ingressos só ocorreu devido à ausência de cautela dos apelantes com a organização do evento”. O grande acúmulo de pessoas nos arredores facilitou os riscos de engarrafamento e o número de furtos a veículos registrou aumento.

O relator, portanto, concluiu pela falha na prestação do serviço, reconhecendo a responsabilidade objetiva dos fornecedores. Considerou, também, a presença de ato ilícito, dano e nexo de causalidade.

Desse modo, passou a analisar a fixação do valor da condenação, ressaltando ser tarefa difícil, com alto grau de subjetividade. O relator afirma, de início, o caráter compensatório e punitivo-pedagógico do dano extrapatrimonial coletivo, em consonância com o entendimento majoritário a respeito do instituto.

O julgador revela que é necessário observar a razoabilidade e a proporcionalidade, levando em consideração as condições sociais e econômicas do ofendido e do ofensor, a extensão ou repercussão do ato e as particularidades do caso. Afirma que a compensação não pode ser irrisória, nem fonte de enriquecimento sem causa.

Crítica merece ser feita aos critérios adotados pelo relator, a considerar a utilização de critérios atinentes ao arbitramento do dano individual. Não é patente considerar o enriquecimento sem causa no dano coletivo, já que este é revertido ao fundo do artigo 13 da LACP. Igualmente, incabível considerar as condições sociais e econômicas dos ofendidos, podendo-se chegar ao absurdo de considerarmos uma coletividade mais culta e mais abastada merecedora de maior tutela dos direitos transindividuais.

Por fim, o voto revela-se de acordo com o sentenciante que, para considerar o cabimento do dano moral coletivo, considerou evidente a participação da coletividade no show, suportando a violação de interesses jurídicos ligados à segurança, ao lazer, ao conforto, à tranquilidade e à paz, que superaram os dissabores de caráter ordinário, ínsitos à vida em sociedade. Mais, o dano atingiu direitos transindividuais por ter afetado não somente os participantes do evento, mas todos aqueles que sentiram-se inseguros com os eventos decorrentes da superlotação causada pela massificação da falsificação dos ingressos, com o aumento da criminalidade, do trânsito e etc. Deveriam os organizadores terem se cercado de todos os meios cabíveis de garantia da segurança e do livre acesso dos consumidores ao evento sem que houvesse qualquer ameaça ou violação à integridade física e moral. A condenação do primeiro grau restou mantida, no valor de R\$300.000,00.

Para encerrar o presente tópico, merece análise o acórdão da Apelação Cível n. 1.335.999-8, da cidade de Curitiba, relatado pela Desembargadora Suzana Massako Hirama Loreto de Oliveira, julgado em 06/07/2016. A ação civil pública foi proposta pelo Ministério Público em face da BRF – Brasil Foods S/A.

A ação discutiu a ilicitude da comercialização de produtos em embalagem redigida em língua estrangeira, sem a correspondente tradução para o idioma nacional, bem como a necessária abstenção da distribuição e comercialização dos produtos, assim como os danos morais coletivos decorrentes da prática comercial.

A sentença de piso confirmou a liminar concedida e determinou à requerida que procedesse ao recolhimento e abstenção de distribuir e comercializar no mercado nacional produtos em embalagem redigida em língua estrangeira, sem a correspondente tradução para o idioma nacional. No que toca ao dano moral coletivo, a condenação foi de R\$200.000,00, a ser destinada ao Fundo Estadual do Consumidor.

A requerida, em sede de apelação, reforçou a alegação de que os produtos não chegaram ao mercado consumidor, mas tão somente foram objeto de transação comercial entre fornecedores, para posterior transformação do produto e comercialização. Pugnou, igualmente pela proporcionalidade na condenação, em caso de manutenção da incidência, dos danos morais coletivos.

A relatora, acertadamente, não afastou a incidência do CDC, a considerar que os produtos chegariam ao consumidor final, mesmo que através de empresa intermediária que compra os produtos da requerida para a revenda. A demandada vende os produtos à empresa distribuidora justamente para que eles cheguem aos consumidores, e não para que a empresa intermediária fique com os mesmos para si. Nesse sentido, a relatora afirma, para justificar a

incidência do CDC e antecipando as razões do dano moral coletivo:

Independente do produto estar sendo fornecido no mercado ou ter sido comprado diretamente por lanchonetes e restaurantes, é necessário que contenha informação clara e de fácil compreensão aos consumidores, atendendo ao disposto no inciso III do art. 6º do CDC. A ré, como fornecedora dos alimentos, causou dano potencial aos consumidores, porque deixou que se lançassem no mercado seus produtos na forma descrita.

A responsabilidade pelo dano moral coletivo foi considerada inafastável, a ter em conta que a requerida agiu com negligência ao permitir a colocação no mercado de produtos descritos em língua estrangeira e sem informação clara no idioma do país, violando frontalmente o direito básico à informação. A relatora afirma que o número de consumidores afetados é incerto, ainda mais que não há prova de que os produtos distribuídos para consumo foram retirados, na integralidade, do mercado.

Ao abordar especificamente o instituto de tutela coletiva, a relatora socorreu-se da sentença, que afirmou que a caracterização do dever de indenizar do fornecedor depende da comprovação do ato ilícito e do nexo de causalidade entre esse e o dano sofrido pelo consumidor, sendo desnecessária qualquer averiguação acerca da ocorrência de culpa ou dolo do fornecedor de produtos ou do prestador de serviços. Nesse sentido, concluiu que a agressão a um determinado círculo de valores coletivos prescinde de prova da culpa, devendo responsabilizar-se o agente pelo simples fato da violação, no caso em tela, da informação.

A relatora demonstra estar alinhada com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ao afirmar a desnecessidade de comprovação da dor, de sofrimento ou de abalo psicológico, a considerar que tal comprovação é inerente à esfera individual, jamais à coletiva.

No que toca ao arbitramento do *quantum* condenatório, merece transcrição a conclusão da relatora, que afirma:

O julgador deve considerar a conduta antijurídica do agente, a ofensa a interesses jurídicos fundamentais de que seja titular uma determinada coletividade, a não tolerabilidade da conduta ilícita e o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano correspondente à violação do interesse coletivo, amplamente considerado.

Conclui afirmando que o valor arbitrado pela magistrada de piso mostra-se adequado e atende aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, tendo em vista ser empresa de grande porte e funcionando como desestímulo a novas violações.

Nota-se, por evidente, avanço em relação ao julgado anterior, que estava preso nos paradigmas da responsabilidade civil individualizada. A relatora demonstrou vasto domínio a respeito da utilização do instituto do dano extrapatrimonial coletivo, reconhecendo sua incidência quando da violação do direito básico à informação. A colocação em circulação de produto cuja informação não é suficiente enseja a ofensa ao artigo 6º, II, do CDC. Pela inexatidão dos sujeitos atingidos, mas com a certeza da vasta extensão do dano, acertada a condenação pela violação direitos transindividuais dos consumidores. Ainda, elogiável os critérios para a fixação do *quantum*, conforme transcritos em citação direta supra, em harmonia com o posicionamento adotado no segundo capítulo do presente estudo.

No âmbito do Tribunal paranaense, foi possível notar um reduzido número de acórdãos que abordam o instituto do dano extrapatrimonial coletivo, de modo que há certa preocupação com a atuação dos legitimados no que toca à utilização do instituto como forma de ampliação da tutela dos direitos dos consumidores. Por outro lado, conforme exemplificado por meio dos acórdãos supra, a compreensão do instituto pelos julgadores é marcada por um progressivo avanço, estando cada vez mais consonante com as lições da doutrina e da compreensão no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

### 3.3 PRECEDENTES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

No Tribunal de Justiça de Santa Catarina, 35 acórdãos foram localizados com os termos de busca definidos, de modo que todos foram estudados e os 4 de maior relevância restaram selecionados, conforme análise abaixo.

O primeiro acórdão a ser estudado é referente a Apelação Cível n. 2008.04573-6, da cidade de Rio do Sul, relatado pela Desembargadora Sônia Maria Schmitz e julgado no dia 23/07/2009. A ação civil pública em questão fora intentada pelo Ministério Público em face do Banco Bradesco S/A.

Discutiu-se o controle de tempo de atendimento ao consumidor em agência bancária, por ter havido desrespeito à Lei Municipal n. 4.232/05. A referida lei obriga as agências a realizarem o atendimento dos consumidores no tempo máximo de 20 minutos em dias comuns e 30 minutos nos dias que antecederem e seguirem a feriados. O Ministério Público requereu a condenação do banco ao pagamento de *danos morais difusos* na importância de R\$1.000.000,00, bem como que fosse cumprida a lei, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela. Na contestação, no que tange aos danos extrapatrimoniais coletivos, o banco afirmou a sua inexistência.

A sentença de piso não reconheceu a existência do dano extrapatrimonial coletivo, motivo pelo qual o órgão ministerial apelou da decisão.

A relatora, ao proferir o voto, demonstrou ciência das correntes doutrinárias defensoras do instituto, utilizando-se das ponderações de Bessa (2006, p. 89), que não restringe o dano moral coletivo ao sofrimento ou à dor pessoa e sim como toda modificação desvaliosa do espírito coletivo. De igual modo, a relatora afirmou que a ampliação do conceito do instituto é necessária e que a doutrina do dano moral individual deve ceder espaço, no instituto coletivo, a um sentimento de desapareço e perda de valores essenciais que afetam negativamente toda uma coletividade.

Não obstante a relatora tenha demonstrado conhecimento das bases teóricas da doutrina favorável ao instituto, fundamentou o seu voto utilizando-se do paradigmático julgado de lavra do Ministro Teori Zavascki, o REsp. 598.281, de 19/05/2006. Tal voto afirma que a vítima do dano moral é necessariamente uma pessoa, sendo incompatível o instituto com a ideia de transindividualidade, na contramão da doutrina supracitada. Igualmente, a referência ao voto do Ministro Teori Zavascki faz ser necessária a noção de dor ao dano extrapatrimonial coletivo, o que se mostra impreciso.

A relatora, paradoxalmente, encerrou o voto reconhecendo a existência do dano extrapatrimonial coletivo, mas não no caso em concreto. Desse modo, é possível depreender que a relatora utilizou-se de fundamento inadequado para justificar o posicionamento de que, para ela, a atitude não desbordava do aceitável, como pode-se perceber:

Assim, embora a lesão ao consumidor possa acarretar dano moral coletivo, deve-se demonstrar de forma clara e inconcussa que o transtornos advindos pela espera desproporcional dos usuários nas filas de atendimento da agência bancária ultrapassam o efêmero desconforto e aborrecimento, configurando prejuízo, o que não se vislumbra *in casu*.

O segundo acórdão que será analisado igualmente inobservou a incidência do dano extrapatrimonial coletivo com base no arcabouço teórico do dano moral individual. Trata-se da Apelação Cível n. 2008.030794-6, da cidade de Porto União, relatada pelo Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, tendo sido julgada no dia 25/05/2010. A ação civil pública foi intentada pelo Ministério Público de Santa Catarina em face do Auto Posto Jangada Ltda.

A ação civil pública discutiu a obrigatoriedade de exibir ostensivamente a bandeira da empresa que fornece o combustível ao posto de gasolina, com base na Lei Estadual n. 13.325/05, que obriga os postos revendedores a exibir a referida bandeira de modo correto e

claro, bem como o nome da empresa distribuidora fornecedora de combustíveis. A finalidade da norma é assegurar ao consumidor o prévio conhecimento sobre a origem e a qualidade do produto adquirido.

A opção do Auto Posto Jangada Ltda. foi a de adquirir o combustível da BR (Petrobrás), no entanto o Ministério Público logrou êxito em provar, por meio de inúmeras notas fiscais, que a requerida utilizou-se de combustíveis de outras distribuidoras, a exemplo da Idaza Distribuidora de Petróleo Ltda., sem que os consumidores fossem devidamente informados de que o combustível não era da BR (Petrobrás), conforme ostentava a bandeira do posto.

Muito embora a requerida tenha demonstrado, por meio de fotos, que havia também adesivos da Idaza, o relator entendeu ser intuitivo que a presença da logomarca da BR (Petrobrás) gera no consumidor uma legítima presunção de procedência do produto. Ainda que diverso fosse o entendimento, o relator arremata que "a legislação em tela coíbe, às empresas distribuidoras o fornecimento de produtos combustíveis a postos revendedores que exibam a marca e a identificação visual de outra distribuidora". Restou, portanto, configurada a violação aos artigos 6º, II e III, e 39, VIII, do CDC, que versam sobre os direitos à informação, à adequada divulgação e ao *compliance* às normas expedidas pelos órgãos oficiais regulamentadores de cada setor.

É de se destacar que a sentença de primeiro grau confirmou a tutela antecipada anteriormente concedida, no sentido de obrigar o Auto Posto Jangada Ltda. a vender combustíveis somente da fornecedora anunciada, sob pena de multa. Em relação aos *danos morais difusos*, o juízo *a quo* determinou a condenação no valor de R\$36.072,00, acrescidos de juros legais e corrigidos monetariamente.

Muito embora a violação tenha sido reconhecida, ao passar a discutir a incidência do dano extrapatrimonial coletivo, o relator afirma inexistir prova concreta acerca de eventual dano (patrimonial ou extrapatrimonial). O relator afirmou ser incabível a utilização do instituto sem que o autor aponte e demonstre o dano em concreto, concluindo que "a simples transgressão do sistema normativo e legal, salienta, não tem o condão de fazer surgir, *ipso jure*, o dever de indenizar".

Ponderando o posicionamento supra, o relator afirma a reconhecer o instituto no ordenamento jurídico brasileiro, mas que a sua configuração estaria condicionada à prova dos danos, ou então à demonstração da dor e do sofrimento a que foram submetidos os consumidores. Com base no entendimento exposto, o relator excluiu a indenização à compensação dos danos difusos, no que foi acompanhado pela unanimidade dos demais

Desembargadores.

Novamente, pôde-se perceber a utilização de dogmas clássicos do dano moral para afastar a incidência do instituto de tutela coletiva e difusa, exigindo-se prova do dano. Conforme o melhor entendimento, é necessário provar tão somente a violação, dela sendo corolário a presunção de dano aos direitos da coletividade. No caso em tela, é simples perceber quais são as consequências sofridas pela coletividade ao ser exposta à comprovada prática do Auto Posto Jangada Ltda., como a diminuição da segurança, a quebra da confiança, a potencial redução de qualidade do produto, a violação aos deveres de informação e cooperação, a exposição ao risco à saúde do consumidor, dentre outros.

Fenômeno notado no julgado supra, repetido com frequência nos precedentes da corte catarinense entre os anos de 2009 e 2011, é o de reconhecimento de aplicação e incidência do dano extrapatrimonial coletivo pelos magistrados e magistradas de piso, com a seguinte inaplicação pelos membros da corte, por estarem utilizando-se de premissas pertencentes ao paradigma da responsabilidade civil individual, a exemplo dos seguintes processos: Apelação Cível n. 2007.015363-2, Apelação Cível n. 2007.022085-4, Apelação Cível n. 2008.011789-7 e Apelação Cível n. 2007.024920-1.

Logo em seguida, no ano de 2012, uma mudança na direção da jurisprudência foi notada, conforme pode-se extrair da Apelação Cível n. 2011.049089-4, da cidade de Sombrio, com a relatoria da Desembargadora Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, julgada em 18/06/2012. A ação civil pública foi proposta pelo Ministério Público em face de Qmexe Industrial de Alimentos Ltda. e Leiffer Alimentos Ltda.

No ano de 2010, a Secretaria de Saúde de Blumenau recebeu uma denúncia que relatou a compra de um pote de sorvete da marca Laço, sob fabricação dos fornecedores que ora compõem o polo passivo da ação, com as identificações de data de validade apagadas e com uma barata no interior da embalagem. Após uma inspeção da Vigilância Sanitária, 42 irregularidades foram constatadas na Qmexe Industrial de Alimentos Ltda. e 60 irregularidades foram constatadas na Leiffer Alimentos Ltda. Nesse sentido, o Ministério Público requereu a imposição de adequação das irregularidades apontadas, a paralisação das atividades até que fossem sanados os vícios de fabricação e a condenação por danos morais coletivos na importância de, no mínimo, R\$ 500.000,00.

O magistrado de primeiro grau sentenciou o processo de forma antecipada, condenando os requeridos ao pagamento de R\$1.000.000,00 a título de compensação por danos morais coletivos. Confirmou, ainda, a decisão de interdição das fábricas e a cominação de multa diária para a adequação das irregularidades.

No julgamento da apelação, a relatora, ao tratar do instituto sob estudo, reconheceu expressamente a possibilidade de incidência no ordenamento jurídico brasileiro, com esteio no artigo 6º, VI, do CDC. A discussão, no entanto, se deu a respeito suposta ausência de prova de que os produtos estivessem contaminados. Nesse sentido, a relatora foi certa em suas considerações:

A prova do dano é dispensável em se tratando de abalo moral. É irrelevante o fato de não haver prova de que o produto estaria contaminado ou que algum consumidor teria tido acesso ou consumido algum dos produtos comercializados.

O dano moral foi aplicado pela magistrada *a quo* com fundamento no fato da produção e comercialização de produtos sem que as apelantes cumprissem as mínimas condições de higiene. O abalo moral coletivo, portanto, foi gerado pelo fato dos apelantes sujeitarem a coletividade a consumirem produtos alimentícios produzidos em instalações que sem condições de higiene, sem mínimas condições sanitárias exigidas de produção e armazenamento.

Para a decisão da desembargadora, o número exacerbado de violações sanitárias foi determinante, por demonstrar não ser mero descuido, mas total desrespeito aos consumidores. Desse modo, os consumidores foram expostos aos produtos alimentícios fabricados em condições precárias.

Pela riqueza do voto proferido, cumpre analisar a manifestação da julgadora a respeito do valor do dano moral e dos critérios de arbitramento. A apelação buscava a redução do valor arbitrado, fundamentando o pedido na abrangência limitada dos produtos e do baixo capital e faturamento das empresas.

A relatora inicia esclarecendo não existirem critérios estabelecidos para a quantificação do dano moral, tornando a tarefa delicada ao julgador. Nesse sentido, o valor não poderia ser exacerbado, mas também não poderia ser inexpressivo, de modo que a relatora utiliza-se dos princípios da razoabilidade e da equivalência relativa, conforme a melhor doutrina.

Desse modo, com o reconhecimento da necessidade de compensação e desestímulo, a relatora aborda os fatores subjetivos e objetivos, com base em Silva (2002, p. 841-842):

Inserem-se nesse contexto fatores subjetivos e objetivos, relacionados às pessoas envolvidas, como a análise do grau da culpa do lesante, de eventual participação do lesado no evento danoso, da situação econômica das partes e da proporcionalidade ao proveito obtido com o ilícito. [...] Em suma, a reparação do dano moral deve ter em vista possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória e, de outro lado, exercer função de desestímulo a

novas práticas lesiva, de modo a “inibir comportamentos antissociais do lesante, ou de qualquer outro membro da coletividade”, traduzindo-se em “montante que represente advertência ao lesante e à sociedade que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo”.

Em conclusão, a relatora julgou exacerbado o *quantum* de R\$1.000.000,00, a considerar que poderia ser causa da ruína das fornecedoras, reduzindo a condenação para o valor de R\$200.000,00. O voto da relatora representou posição de vanguarda na corte catarinense, demonstrando uma compreensão avançada e progressista do instituto, já no ano de 2012, quando as discussões em sede doutrinária ainda eram incipientes e acaloradas.

Por fim, será analisado o acórdão da Apelação Cível n. 2012.021771-2, da cidade de Ipumirim, relatado pelo Desembargador Rubens Schulz, julgado no dia 26/01/2015. A ação civil pública em questão foi proposta pelo Ministério Público de Santa Catarina em face de Agrofrango Indústria e Comércio de Alimentos Ltda.

A lide deu-se em torno da comercialização de frangos congelados em contrariedade às normas reguladoras do segmento no que tange à adição de água em percentual superior ao permitido. As normas permitem o percentual máximo de 6% de água, como forma de manter as características originais do produto. Ainda, o Ministério Público acusou a fornecedora de não tomar as cautelas necessárias no que se refere aos miúdos do frango congelado, dado que em diversas amostras foram constatadas irregularidades. Desse modo, requereu o reconhecimento da prática abusiva e o prejuízo sofrido pelos consumidores, pleiteando a condenação por danos materiais na importância de R\$1.010.000,00, e de danos morais coletivos no valor de R\$505.000,00.

Na sentença, o magistrado de piso condenou a requerida ao pagamento de R\$263.994,24 a título de danos materiais, tendo em conta o lucro obtido indevidamente com a comercialização de frangos com excesso de água – revertidos ao Fundo Estadual de Restituição de Bens Lesados, do artigo 13 da LACP -, e R\$200.000,00, a título de dano moral coletivo, a serem revertidos para o mesmo Fundo.

Em sede de apelação, a fornecedora sustentou a inexistência de qualquer dano moral coletivo que justificasse a condenação, requerendo sua exclusão ou, alternativamente, sua minoração para o valor de R\$10.000,00, alegando que “não existem provas de que a apelante efetivamente obteve ganhos com a possível comercialização de frangos com excesso de água”.

Na fundamentação do voto, o relator afirmou que a caracterização do dano moral coletivo requer que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da

tolerabilidade, de modo que seja grave o suficiente para produzir intranquilidade social, no mesmo sentido do voto proferido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça pelo Ministro Massami Uyeda, quando da relatoria do REsp n. 1.221.756, julgado em 02/02/2012.

Abordando o caso em concreto, o relator vislumbrou a incidência do dano extrapatrimonial coletivo, afirmando que:

No caso sob julgamento, entendo que a situação retratada nos autos de comércio de frango congelado com adição excessiva de água é suficiente para desajustar a harmonia social, a ponto de levar ao descrédito de todo o sistema e de todas as instituições que deveriam promover a defesa das relações consumeristas. Além do mais, deve ser levado em consideração, igualmente, o produto comercializado, de amplo consumo pela população em geral, o que se confirma, com facilidade, pela quantidade vendida e mencionada nestes autos.

A respeito dos critérios de quantificação da compensação, o relator utilizou-se dos ensinamentos de Silva (2002, p. 481-482), que leva em conta os critérios objetivos e subjetivos de lesado e lesante. Considera o desestímulo e a compensação, buscando inibir a repetição das violações.

O precedente supra representa a compreensão hodierna do instituto pela corte barriga-verde, como pode ser depreendido da leitura dos seguintes: Apelação Cível n. 2014.061157-6, Apelação Cível n. 0005661-76.2008.8.24.0020 e Apelação Cível n. 0009292-17.2013.8.24.0064.

A análise do percurso do instituto no Tribunal de Justiça de Santa Catarina pode ser comparado ao ocorrido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, com certa uniformidade. Houve uma fase inicial de defesa da incompatibilidade do instituto com o ordenamento jurídico brasileiro, em que defendia-se a inadequação da utilização do dano moral com os direitos transindividuais, quando do uso da tutela coletiva. Posteriormente, aceitou-se o instituto, porém exigiu-se a presença de dor e sofrimento; representando uma fase de transição em que a doutrina do dano moral individual era transposta para a tutela coletiva. Ainda nessa fase, exigia-se a prova do dano enquanto resultado finalístico. Por fim, foi possível notar, a partir do ano de 2012, uma adequação dos precedentes com o entendimento da doutrina com a qual o presente estudo se alinha. Elogiável a postura adotada de reconhecimento do instituto, da desnecessidade de prova do dano e dos adequados critérios de fixação.

Muito embora o Tribunal de Justiça de Santa Catarina tenha demonstrado a alinhamento à evolução jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, notou-se um número médio de processos que abordem a temática, com um número superior se comparado ao

Tribunal paranaense, mas muito inferior, se comparado ao Tribunal gaúcho. Dessa forma, entende-se que a adequada compreensão por parcela do Poder Judiciário deve ser complementada com uma atuação ativa dos legitimados à proteção dos direitos transindividuais.

### 3.4 PRECEDENTES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

Dentre os julgados localizados no sítio do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tendo por base os parâmetros de pesquisa elucidados no tópico que inicia o capítulo, numerosos processos foram localizados. O primeiro, em ordem cronológica, merece atenção pelo avançado entendimento a respeito do dano extrapatrimonial coletivo, motivo pelo qual passará a ser analisado.

Trata-se da Apelação Cível n. 70018714857, da cidade de Guaporé, tendo como relator o Desembargador Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 12/07/2007. A ação civil pública foi proposta pelo Ministério Público em face de Adalberto Zanini e outros.

O feito apurou a existência de cartel de combustíveis no município, de modo a ofender os princípios do livre mercado e da livre concorrência. Como forma de comprovar a prática ilícita, foram utilizadas provas emprestadas do juízo criminal, mormente escutas telefônicas de conversas entre os proprietários dos postos de combustíveis. Nessas conversas, o acerto de preços, configurador da prática ilícita, restou evidente.

A sentença de piso determinou que os demandados se abstivessem de ajustar, acordar ou alinhar os preços dos combustíveis no município de Guaporé. Condenou os requeridos também ao pagamento dos danos materiais decorrentes do alinhamento de preço, devendo o valor ser liquidado posteriormente. No que toca aos danos morais coletivos, os representantes legais dos requeridos foram condenados a pagar a quantia de R\$20.000,00, a ser rateada em proporção ao faturamento bruto auferido pelos estabelecimentos no ano de 2002.

Em sede de apelação, o principal argumento contrário à condenação pelos danos morais coletivos foi a sua suposta incompatibilidade com os direitos transindividuais, de modo que os apelantes pugnaram pelo seu afastamento, a concluir que os danos morais repercutem apenas na individualidade.

O relator, ao proferir o voto, confirmou a existência de cartel, valendo-se de prova emprestada do juízo criminal, que apurou a existência do crime contra a ordem econômica. Por meio da escuta é possível concluir, sem margem a qualquer questionamento, o acerto de preços entre os fornecedores. Não houve, de igual modo, qualquer controvérsia a respeito da

autoria das falas gravadas, restando o ponto incontroverso.

Ao abordar o dano moral coletivo, o relator afirma que a pretensão de afastamento explanada no recurso de apelação pautou-se no posicionamento do Ministro Teori Zavascki, no REsp 598.281/MG, julgado em 02/05/2006 no STJ. Reconheceu ser este o entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça, mas afirmou não dever ser esse o entendimento prevalecente no caso concreto.

À época do julgamento do precedente que se discute, a questão do dano moral coletivo era nova e não havia uma clara orientação doutrinária e jurisprudencial, tendo por base, tão somente o posicionamento contrário à aplicação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Desse modo, o relator, com coragem, abordou detalhadamente o instituto, como forma de contribuir com o seu desenvolvimento.

O relator abordou o julgamento paradigmático do Superior Tribunal de Justiça, afirmando que, na verdade, a lide utilizada como fundamento da apelação, se prestou a reconhecer, por maioria, a possibilidade de compensação dos danos morais coletivos. Ocorre que, o voto vencedor do Ministro Teori Zavascki, que inadmitia o instituto, o rejeitou, no caso concreto, por falta de provas, no que acompanharam os demais Ministros.

Nesse sentido, o relator abordou a natureza dos direitos transindividuais e a sua necessidade de tutela. Em posicionamento avançado para o entendimento existente naquele momento, o relator afirma:

Além dessa dificuldade, não se pode esquecer que a classificação doutrinária em direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos não pode ser determinante para o afastamento, a priori, de eventual direito indenizatório, tendo em vista que um dano ambiental, p. ex., pode causar ao mesmo tempo um dano em relação a toda coletividade (interesse difuso) e um dano determinado em relação a uma pessoa determinada pertencente a essa coletividade (individual homogêneo).

Ao abordar o caso em concreto, o relator afirmou que é possível individualizar os prejuízos materiais, mas isso não afasta o fato de que a prática ilícita dos apelantes acarretou, igualmente, uma ofensa difusa, na medida em que afetou um bem abstrato que se dirige ao próprio do indivíduo, enquanto pertencente a uma sociedade de consumo. Outrossim, discorreu a respeito da defesa da dimensão extrapatrimonial dos direitos difusos como fundamento da necessidade de tutela, bem como pelo reconhecimento da autonomia do bem em relação aos indivíduos, redundando na composição de um objeto de grande relevância social.

Após o reconhecimento da aplicabilidade do instituto, o relator passou à análise da prova do dano. Fez analogia ao dano moral individual, que merece transcrição:

Segundo farta doutrina, o dano moral individual é constatado a partir da prova do fato em si (lesão ao bem), não sendo necessária a prova da “dor psíquica” sofrida pela parte. É o chamado dano “in re ipsa”. Em outras palavras, “a coisa fala por si” (“re ipsa loquitur”).

Na esteira da ampla garantia de proteção na defesa dos direitos ou interesses coletivos (CDC, art. 83), entendo que também deve ser aplicada essa mesma orientação na constatação dos danos morais coletivos.

Desse modo, o relator opta pela demonstração do dano moral coletivo limitada à verificação da antijuridicidade da conduta, juntamente com a ofensa ao bem jurídico por ela protegido, a surgir a constatação a partir da lesão, porquanto ofensa ao bem jurídico coletivo. Ora, em sendo comprovada a prática de cartel, a espoliação sofrida pelos consumidores é patente, sendo desnecessária a comprovação econômica do dano, na medida em que a prática abusiva gerou insegurança e descrédito no mercado de consumo local.

Nota-se, em leitura do primeiro precedente analisado no âmbito da corte gaúcha, que o aprofundado voto do ora Desembargador Paulo de Tarso Sanseverino foi pioneiro na tutela dos direitos transindividuais, servindo de inspiração para uma sequência de feitos que lograram êxito em melhor aplicar o instituto. O relator foi capaz de abordar, com profundidade e qualidade técnica, os pontos controversos à época, adotando posição que, embora minoritária naquele momento, tornou-se majoritária hodiernamente.

O segundo caso a ser analisado é a Apelação Cível n. 70033012477, da cidade de Porto Alegre, relatado pela Desembargadora Ana Maria Nedel Scalzilli, julgado em 09/08/2012. A riqueza do caso está na divergência levantada pelo Desembargador Ergio Roque Menine, que tornou-se voto vencedor e redator do acórdão ao ser acompanhado pelo Desembargador Paulo Sérgio Scarparo.

A ação civil pública foi promovida pelo Ministério Público contra a Riacho Embalagens Flexíveis Ltda., em decorrência de investigação no âmbito de um inquérito civil que apurou prática comercial abusiva, consistente na produção e comercialização de rótulos com informações padronizadas. Tais rótulos eram, posteriormente, utilizados por fabricantes de sorvetes. Nesse sentido, o Ministério Público pleiteou a condenação da requerida para cessar a produção, bem como para compensar os danos aos interesses difusos lesados.

Após o exercício do contraditório, sobreveio sentença condenatória, de modo que fixou a condenação por danos morais coletivos no valor de R\$10.000,00, bem como à

obrigação de não fazer consistente na cessação do fornecimento de rótulos padronizados, sem que houvesse prévia informação do fabricante a respeito da composição e características nutricionais do produto a ser embalado.

Em sede de apelação, a requerida afirmou cumprir com o dever de informação ao consumidor, tendo apenas repassado as informações recebidas pelo fabricante de sorvetes. Aduziu que a Anvisa admite um erro de 20% para mais ou para menos do valor nutricional informado. Escusou-se da responsabilidade pela composição de produto fabricado por terceiro, afirmando não restarem preenchidos os requisitos da responsabilidade civil, como a ocorrência de dolo ou culpa e o nexo de causalidade, tampouco que os consumidores tenham experimentado dano moral.

A relatora designada para o feito confirmou a responsabilidade da requerida, a considerar que o simples fato de fornecer embalagem contendo informação genérica de produto a que se destina acondicionar enseja a responsabilização, ainda que não seja o fabricante, nos termos do artigo 12 do CDC. Entendeu, portanto, pela violação ao dever básico de informação a respeito do produto que está sendo ofertado no mercado.

Por outro lado, a relatora não entendeu cabível a condenação pelo dano moral coletivo sob o fundamento de abalo à harmonia das relações de consumo. Referiu, ainda, que não são cumuláveis os pedidos de condenação em dinheiro e de obrigação de fazer ou não fazer, a ter em conta que a possibilidade de reparação do último exclui a incidência do primeiro.

Mais, ao abordar a prova do prejuízo, a relatora asseverou:

Ocorre que segundo se verifica da situação fático-jurídica delineada na exordial, não comprovou o Ministério Público que a ausência de prestação de informações corretas tenha causado algum prejuízo de ordem material aos eventuais consumidores que adquiriram produtos embalados com a mercadoria fornecida pela ré, ou que a noticiada omissão tenha ultrapassado os limites da suportabilidade, provocando abalo na esfera subjetiva desses, infligindo-lhes real sofrimento na sua esfera íntima.

O voto é de todo criticável, conforme será analisado em momento oportuno. Antes disso, passa-se às manifestações dos demais Desembargadores presentes no julgamento. Primeiramente, será elucidado o voto do revisor, o Desembargador Ergio Roque Menine, que tornou-se o redator do acórdão por ser o primeiro voto divergente vencedor.

O revisor inicia afirmando da polêmica atinente ao instituto do dano moral coletivo, demonstrando a corrente dos doutrinadores que defendem a possibilidade de aplicação do instituto, citando José Rubens Morato Leite, André Ramos, Gisele Góes e Carlos Alberto

Bittar Filho. Por outro lado, pondera ao referir os que entendem pela impossibilidade de aplicação, citando Teori Albino Zavascki e Rui Stocco.

O Desembargador Ergio Roque Menine parte do pressuposto de aceitabilidade do instituto no ordenamento pátrio, dissociando o instituto da noção de dor e sofrimento que o tornaria incompatível com a tutela de direitos transindividuais. Desse modo, verifica-se que a conduta praticada pela requerida lesionou um grupo de pessoas, a ter em conta que houve a comercialização de produtos alimentícios com embalagens padronizadas, redundando em informações nutricionais inverídicas.

Arremata o raciocínio concordando com o magistrado *a quo*, que reconheceu a infração à lei na prática da fornecedora, concluindo:

Nesse contexto, diante da prática abusiva perpetrada pela demandada, ao expor os consumidores a riscos, inclusive à saúde e atentando contra o princípio da confiança, basilar das relações consumeristas, a condenação da demandada por dano moral coletivo deve ser mantida.

Encerra a divergência abordando o *quantum* indenizatório. Para tanto, afirma que o valor deve representar compensação ao lesado e uma reprimenda ao ofensor, em consonância com a doutrina majoritária do dano moral coletivo. Confirma o valor fixado na sentença, de R\$10.000,00, capaz de atender à finalidade pedagógica e punitiva.

O Desembargador Paulo Sérgio Scarparo manifestou-se para concordar com o posicionamento do revisor. Afirmou que a prática perpetrada pela requerida impõe o dever de indenizar, por ser antijurídica e ofensora de bens jurídicos transindividuais.

Nesse sentido, entendeu pela ocorrência do dano moral coletivo pela simples exposição às práticas empresariais abusivas, capazes de lesionar ou, ao menos, expor a riscos, os consumidores.

Afirma, por fim, que a compreensão do dano moral coletivo não deve se vincular a todos os elementos e racionalidade da responsabilidade civil clássica, acostumada a lidar com as relações privadas individuais. Ressalta a relevância social e o interesse público atrelado aos bens jurídicos transindividuais.

Pode-se perceber que havia controvérsia entre os julgadores a respeito dos elementos caracterizadores do instituto, quando a relatora afirmou a impossibilidade de cumulação do pedido condenatório aos danos extramatrimoniais coletivos e à obrigação de não fazer. Igualmente, exigiu prova do dano. Felizmente, o voto do revisor adequou o entendimento do instituto à compreensão da maioria dos julgadores do Tribunal gaúcho, de modo que a relatora restou vencida.

O terceiro precedente a ser analisado no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul representa caso de inaplicação do instituto com fundamentação que representa retrocesso na compreensão do instituto, se considerados os precedentes anteriormente analisados, que são cronologicamente anteriores. Trata-se da Apelação Cível n. 70056562416, da cidade de Rio Grande, que foi relatada pelo Desembargador Pedro Celso Dal Prá, tendo sido julgada em 28/11/2013. A ação foi proposta pelo Ministério Público em face de WMS Supermercados do Brasil S/A.

A ação civil pública discutiu a realização de publicidade enganosa, na qual a requerida oferecia produto/serviço não disponível na loja. Houve intenção de atrair consumidores à loja na busca de produtos inexistentes. A sentença não acolheu os pedidos de indenização por danos materiais e morais, mas condenou a requerida na obrigação de não fazer, consistente na abstenção de realizar publicidade, encarte, propaganda ou outro reclame qualquer, de modo a não oferecer produto ou serviço que não esteja disponível na loja.

O relator conclui que a empresa, que desenvolve atividade empresarial sob o nome de hipermercado BIG, publica encartes promocionais gerais, para todos os estabelecimentos, inclusive o de localidades com menor densidade populacional, como o caso da comarca de Rio Grande. Relatou que trata-se de mera dificuldade de manutenção de estoque, que não foi capaz de distribuir, adequadamente, os produtos aos estabelecimentos.

O argumento da requerida, de que os produtos estiveram disponíveis no estabelecimento mas que se esgotaram recebeu especial atenção do relator, que relativizou a conduta. Ocorre que a requerida absteve-se de comprovar tal alegação, prova considerada de fácil produção pelo julgador. Desse modo, tornou-se insubsistente a argumentação de que os produtos teriam se esgotado nos primeiros dias da promoção. Restou, assim, configurada a prática de propaganda enganosa.

A compreensão de publicidade enganosa abarca, de acordo com Coelho (2003, p. 327-328), a mensagem comercial possuidora do potencial de indução em erro o menos informado dos consumidores específicos do produto objeto da promoção publicitária. Ainda, deve o potencial de indução em erro decorrer do exame da peça publicitária como um todo, ou seja, ainda que a publicidade aparentemente verdadeira pode ser tida como enganosa quando, uma vez globalmente considerada, tenha a capacidade de induzir o consumidor em erro.

O relator, nesse sentido, elucida o que compreende por direito básico à informação, que compreende a adequação e a clareza da informação, de modo que a especificação deve conter a quantidade, as características, a qualidade e o preço. Em relação à oferta, o relator elucida que deve conter, igualmente, a quantidade, a composição e o preço.

Após tratar dos conceitos que permeiam a cealeuma jurídica, o relator transcreveu o artigo 37 do CDC, que conceitua a publicidade enganosa como aquela, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo que omissão, seja capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. Desse modo, arremata o relator ao configurar a prática enganosa:

Na espécie, não há como não considerar enganosa a publicidade promovida pela apelante, uma vez que o anúncio prometia uma série de produtos, com valores acessíveis, induzindo o consumidor a dirigir-se ao estabelecimento, sem, entretanto, dispô-los efetivamente para venda.

Noutro prisma, o reconhecimento da ocorrência de publicidade enganosa prescinde da demonstração de intenção da fornecedora de promover tal espécie de publicidade, ou que tivesse o intuito de ludibriar, pois a aferição da prática é efetivada de forma objetiva. Basta, para a sua configuração, a ausência de correspondência entre o que se anunciou e o que efetivamente foi colocado à disposição do consumidor. Assim, insubsistente a tese, segundo a qual não haveria prova de que agiu no intuito de ludibriar o consumidor.

Ao abordar o alcance da prática ilícita, o relator afirma que ainda que não tenha havido reclamação formal no âmbito do PROCON/RS, tal fato não se presta a isentar a fornecedora de responsabilidade. Com esteio em Mazzilli (2006, p. 163-164), afirma que deve-se ter em conta que a publicidade enganosa prejudica não só as pessoas que efetivamente adquiriram o produto e/ou serviço, mas também todo o universo de pessoas indeterminadas que tiveram acesso à publicidade, tenham ou não adquirido o produto, mas que têm direito à informação correta sobre eles.

Após configurar a prática de publicidade enganosa, o relator passa a analisar o recurso do Ministério Público, que pleiteou a condenação pelos danos morais coletivos.

O relator declara filiar-se ao entendimento de que o dano moral não se desprende da noção de dor, vexame, sofrimento ou humilhação, que fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo. Considera que trata-se de instituto capaz de tutelar interesse personalíssimo e de caráter individual. Afirma, ainda, que tal entendimento é oriundo do Superior Tribunal de Justiça.

Elucida que, em seu entendimento, mesmo no dano moral coletivo, a relação do instituto com os direitos de personalidade tem como foco de incidência o indivíduo, ao que assevera, causando surpresa:

Disso se extrai não haver compatibilidade entre dano moral e a própria

noção ôntica dos interesses transindividuais, tutelados pelas ações coletivas como a da espécie, por se notabilizarem, justamente, ante a indeterminação do sujeito passivo e pela indivisibilidade da ofensa e da reparação. Corolário lógico é a impossibilidade de se conceder indenização por dano moral coletivo, ressalvada a hipótese de haver robusta e efetiva prova dos danos.

Para sustentar o seu entendimento, o relator utiliza-se do paradigmático, porém já ultrapassado, voto vencedor do Ministro Teori Zavascki, no âmbito do REsp 598281, julgado em 02/05/2006.

Finaliza o relator o seu voto afirmando que o Ministério Público não demonstrou os danos causados à coletividade, uma vez que, segundo o julgador, os danos morais coletivos não prescindem de demonstração efetiva dos danos. Ocorre que, o Ministério Público expôs a prática ilícita e relatou o abalo à harmonia nas relações de consumo e da exposição dos consumidores à prática, consoante o entendimento majoritário do pretório gaúcho.

Após ter sido abordado repetidamente as questões inerentes aos elementos caracterizadores do dano extrapatrimonial coletivo, o voto supra representa grande retrocesso. Considerando os posicionamentos pretéritos na corte gaúcha, é surpreendente o entendimento do relator no ano de 2013, principalmente tendo em conta que os demais julgados do Superior Tribunal de Justiça já haviam ultrapassado a noção de dor e de sofrimento trazida pelo relator. Igualmente, reclamou da ausência de demonstração dos danos causados à coletividade, tema já assentado no sentido de que decorre da própria prática ilícita do fornecedor.

O último precedente a ser analisado no presente estudo refere-se a um caso citado no início da pesquisa, que tinha por finalidade enaltecer a importância do estudo do instituto. Trata-se da ação civil pública fruto dos desdobramentos da Operação Leite Compensado I e IV, que teve lugar no estado gaúcho. A Apelação Cível de n. 70072192172, da cidade de Porto Alegre, foi relatada pelo Desembargador Otávio Augusto de Freitas Barcelos, tendo sido julgada em 07/06/2017. A ação foi proposta pelo Ministério Público em face de ANC Transportes Ltda., Nina Rosa Machado Chaves Christ e Odair Andre Christ.

O escopo da Operação Leite Compensado era a investigação da prática criminosa de adulteração e a consequente comercialização de leite com componentes tóxicos, impróprios para consumo humano, com a finalidade de aumentar o aproveitamento produtivo e, por via de consequência, os lucros.

A simples oferta aos consumidores de produto adulterado com potencial de dano à saúde é causa suficiente para gerar a intranquilidade social e risco direto à saúde. A vulnerabilidade dos consumidores não permite que possam identificar a adição de componentes nocivos, seja pela aparência, pelo paladar ou pelo odor, de modo que as práticas

de controle de qualidade eram necessárias e de controle exclusivo dos fornecedores.

Não há que discutir a responsabilidade da cadeia de fornecedores, já que eram estes os detentores da confiança dos consumidores, que acreditavam na chegada ao mercado dos produtos em condições adequadas ao ser humano.

Na sentença de piso, os requeridos foram condenados genericamente pelos danos materiais, de modo que individualmente poderão os consumidores liquidar o valor a ser percebido. De igual modo, foram condenados ao pagamento dos danos morais coletivos, no valor de R\$200.000, já que a prática abusiva restou comprovada e é extremamente grave. O sentenciante expressou a finalidade punitiva e preventiva da condenação, com o que concordou o relator.

As razões que fundam a condenação pelos danos morais coletivo são os prejuízos à saúde e à vida dos consumidores, bem como ao mercado de consumo, a considerar que a prática era perpetrada para majorar os lucros da leiteira. O inegável desgaste da imagem dos fornecedores representam a quebra de confiança experimentada pela sociedade gaúcha e brasileira. O relator descreveu a intranquilidade e despreço dos consumidores, principalmente pela presença do formol, substância cancerígena e que tem efeito cumulativo no organismo.

Ao abordar a finalidade da incidência do instituto, o relator versa a necessidade de “uma rigorosa reprimenda, além de reparar os danos já sofridos pela coletividade de consumidores, também impedir que novamente aconteçam eventos como estes, ou seja, prevenção de danos futuros”.

Afirmando a necessidade de que a conduta seja grave, o relator cita o voto do Ministro Massami Uyeda, no REsp 1221756/RJ, julgado em 10/02/2012, cujo trecho é transcrito:

A indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletiva e difusa, tem seu fundamento no artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor. 2.-Já realmente firmado que, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva.

Nesse sentido, o relator aborda o clamor social e a frustração das legítimas expectativas dos consumidores com relação à conduta dos fornecedores. Reforça que a simples oferta de leite impróprio ao consumo humano é grave o suficiente para ensejar a aplicação do instituto, por gerar risco direto à saúde dos consumidores e ocasionar grave

intranquilidade social.

O último precedente analisado, representa uma compreensão adequada do instituto e dos direitos que visa a tutelar. Representa, também, uma atuação ativa do Ministério Público, que domina no estado do Rio Grande do Sul, o instituto e os seus elementos caracterizadores. No caso em tela, o relator utilizou-se, em grande parte do voto, das razões do sentenciante, o que expressa uma compreensão dos magistrados de piso em relação ao instituto.

O Rio Grande do Sul apresentou votos paradigmáticos na aplicação do dano extrapatrimonial coletivo, servindo como referência, inclusive, para fundamentar decisões no Superior Tribunal de Justiça, como o inovador e bem fundamentado acórdão do então desembargador Paulo de Tarso Sanseverino, no ano de 2007. Desse modo, o entendimento da corte gaúcha é o mais avançado e o mais estabilizado se comparado às cortes catarinense e paranaense, que ainda são palcos de disputa entre os que defendem a aplicação do instituto e os que defendem as objeções feitas a ele.

Da análise conjunta, foi possível concluir que a compreensão a respeito do instituto foi aperfeiçoada, muito embora a escassez da produção acadêmica reflita na ainda ocorrente transposição da doutrina clássica do dano moral. Ainda, a superação da racionalidade jurídica individualista é forçosa, de modo que se dê lugar a um viés coletivista, capaz de compreender a importância dos direitos transindividuais e a necessidade de uma tutela adequada, meio eficiente de concretização dos direitos enunciados na CRFB/1988 e no CDC.

## CONCLUSÃO

A adequada utilização do instituto do dano extrapatrimonial coletivo enquanto meio eficiente à compensação pelas violações dos direitos transindividuais dos consumidores é de crucial importância ao desenvolvimento das relações de consumo, tendo em conta o contexto da sociedade de massa e de consumo. Longe de esgotar o tema, rico em detalhes e com marcado embate doutrinário, conclui-se pelo satisfatório cumprimento dos objetivos propostos, na medida em que se pôde demonstrar o contexto das relações de consumo, a elevação dos riscos a que está submetida a coletividade conjuntamente considerada, a insuficiência da tutela individual para a compensação dos danos, as características fundantes do dano extrapatrimonial coletivo e, por fim, a maneira com que os Tribunais do Sul do Brasil utilizam-se dos institutos, com as necessárias críticas e contribuições.

No primeiro capítulo, contextualizou-se o meio social em que as relações de consumo são travadas, representado pela massificação das relações, com a uniformização dos contratos e a impossibilidade de participação ativa do consumidor no negócio jurídico. Abordou-se, como forma de demonstrar a pertinência temática, a disciplina do fato do produto/serviço e do risco do desenvolvimento, situações jurídicas que são altamente capazes de infligir danos aos consumidores conjuntamente considerados. Desse modo, o risco potencial de danos a que se submetem os consumidores é elevado em relação ao modelo anterior de consumo, especialmente no que toca aos direitos da personalidade e, em última instância, à dignidade.

Como forma de reparar os danos imateriais perpetrados aos consumidores e considerando o princípio da reparação integral no âmbito consumerista, o instituto do dano moral se presta a compensar as violações referidas acima. O esforço histórico demonstrou que o dano moral passou por diversas fases no ordenamento brasileiro, podendo-se citar a de não aceitação, a de vinculação aos aspectos patrimoniais do dano, a de necessidade de comprovação de dor e de sofrimento e, ainda, a de consolidação conceito contemporâneo do instituto. Nesse sentido, concluiu-se pela modernização do conceito de dano moral, que passou a excluir a noção de dor e de sofrimento, dando preponderância à lesão aos direitos da personalidade. No que se refere à comprovação do dano moral, o paradigma passado exigia apresentação de prova, ao passo que atualmente o dano é considerado *in re ipsa*, ou seja, uma presunção de ocorrência decorrente da própria violação aos direitos da personalidade.

Concluiu-se, ainda no primeiro capítulo, que o arbitramento dos valores compensatórios é atividade trabalhosa, a considerar a ausência de critério de equivalência absoluta para mensurar o dano imaterial, que é impalpável. Destaca-se que o único critério

legal capaz de limitar o valor da compensação é o disposto no artigo 944 do Código Civil, que arremata a mensuração da indenização pela extensão do dano. Por evidente, a determinação legal é insuficiente, tendo em conta o alto grau de abstração e subjetividade inerente ao dano moral. Ressaltou-se que uma pretensão de tarifação dos danos morais seria potencialmente violadora do princípio da reparação integral, já que a tarifação, por si só, impõe limitações aos valores indenitários. Dessa forma, observou-se que a atividade de arbitramento segue sujeita ao decisionismo e casuísmo judicial, mormente pela ausência de critérios estabelecidos para a fixação e pela elevada carga de subjetividade proporcionada ao juízo.

Pela análise das funções enunciadas do dano moral, foi possível estabelecer a insuficiência da tutela individual para a concretização do subsistema de consumo, notadamente pelo volume das violações e pela necessidade de respeito aos direitos da personalidade e aos direitos socialmente compreendidos como pertencentes à comunidade conjuntamente considerada.

A função reparatória foi transformada em compensatória, dada a subjetividade da violação imaterial e a imprecisão de qualquer indenização que pretenda atingir o *status quo ante*, pela impossibilidade de invasão da esfera subjetiva. Além disso, a compensação apresenta fortes irregularidades, a depender da região do país ou das convicções do julgador. A função punitiva, da qual decorrem a dissuasão e a prevenção, enunciada pela doutrina e pela jurisprudência ao fixar as condenações, é acessória e se presta a desestimular o ofensor. Ocorre que a função punitiva não é exercida adequadamente, configurando-se como mera enunciação e não se refletindo na fixação das condenações.

Já no segundo capítulo, foi possível determinar que a adequada aplicação do instituto do dano extrapatrimonial ou dano moral coletivo, já previsto na legislação brasileira, é instrumento eficiente para concretizar os direitos transindividuais dos consumidores e de fortalecer a tutela da coletividade vulnerável. Apresentou-se, igualmente, a necessidade de substituição do paradigma individualista vigente, mirando em uma racionalidade que tenha em conta a coletividade e a extensão dos efeitos dos potenciais danos. A partir disso, delimitou-se a aplicabilidade do instituto aos direitos coletivos *stricto sensu* e aos direitos difusos, pela indivisibilidade do bem jurídico tutelado.

Apesar de ter sido reconhecido formalmente na década de 80 do século XX, o dano extrapatrimonial coletivo encontrou e segue encontrando intermináveis debates a respeito do seu conceito, dos seus elementos caracterizadores, da confusão conceitual com o dano moral na dimensão individual e, inclusive, da terminologia a ser adotada. A grande polêmica em torno das características básicas do instituto fez com que a sua aceitação na jurisprudência

fosse tardia. A respeito do conceito, o dano extrapatrimonial coletivo consolidou-se como instrumento de compensação das violações que atingem os direitos transindividuais, retirando-se dos consumidores a confiança no mercado de consumo e causando-lhes insegurança, de modo a afetar a ideia de um patrimônio cultural de consumo.

Concluiu-se, também, pela necessidade de adoção do termo *dano extrapatrimonial coletivo* em substituição ao termo *dano moral coletivo*, a ter em conta que o primeiro é mais abrangente e afasta a ideia de ofensa à subjetividade dos consumidores, incompatível com a tutela coletiva dos direitos transindividuais. Tal associação possibilitaria uma perigosa transposição da racionalidade jurídica clássica do dano moral individual para a dimensão coletiva do dano extrapatrimonial, capaz de prejudicar a aceitabilidade e a compreensão dos pressupostos de incidência do instituto, diversas da dimensão individual. A própria natureza dos bens jurídicos tutelados é distinta na dimensão individual e na dimensão coletiva, de modo que a transposição, tanto de nomenclatura quanto de elementos caracterizadores, é prejudicial à finalidade do instituto.

Igualmente, após a confirmação a respeito da impropriedade da transposição da racionalidade individualista para a tutela coletiva, as objeções ao instituto foram descaracterizadas. Ao diferenciar o âmbito de aplicação do instituto coletivo, a objeção que confunde os direitos da coletividade com direitos personalíssimos é desfeita. Conforme demonstrado, não há que se falar em ofensa a direitos subjetivos, mas da coletividade conjuntamente considerada. Dessa forma, a própria objeção apresenta-se imprecisa no que toca ao conceito do dano extrapatrimonial coletivo. Outra objeção funda-se no não reconhecimento da coletividade enquanto sujeito de direito. Ocorre que o próprio sistema jurídico prevê a existência dos direitos difusos e coletivos, a ter em conta o artigo 81 do CDC. Assim, restou evidente que a equivocada transposição teórica de institutos que tutelam realidades jurídicas distintas prejudica a compreensão do âmbito de aplicação do dano extrapatrimonial coletivo, fomentando objeções que não compreendem os elementos caracterizadores do instituto.

Demonstrada a existência de conduta antijurídica, o nexo entre a conduta e a violação de interesse coletivo ou difusos, a ofensa à interesses jurídicos fundamentais de natureza extrapatrimonial e a injustiça e a intolerabilidade da conduta ilícita, a compensação pelos danos extrapatrimoniais coletivos merece ser fixada. Tendo em vista a destinação da condenação, direcionada ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, é possível concluir pela maior carga dissuasória das condenações, com a finalidade de desestimular a continuidade, por parte dos ofensores, das práticas abusivas. Nesse sentido, não há como cogitar do

enriquecimento sem causa e, menos ainda, utilizar-se do artigo 944 do Código Civil como limitante dos valores fixados a título de danos extrapatrimoniais coletivos. A extensão dos danos perpetrados aos sujeitos coletivamente considerados é de difícil mensuração, de modo que se defende pelo marcado caráter dissuasório e preventivo do instituto. Ainda que a jurisprudência utilize critérios importados dos *punitive damages* para a fixação das condenações, concluiu-se pela impossibilidade de comparar o dano extrapatrimonial coletivo aos *punitive damages*. Esse segundo, instituto do *common law*, apresenta característica de sanção civil, com finalidade exclusivamente punitiva, ao contrário do primeiro, que parte de premissas distintas e vislumbra a compensação e a dissuasão.

Por fim, o escopo do terceiro capítulo foi a observação da direção jurisprudencial na aplicação do instituto, especificamente nos três Tribunais de Justiça do Sul do Brasil. Por meio da análise de numerosos precedentes no âmbito dessas cortes, foi possível concluir que o estado do Rio Grande do Sul apresenta o posicionamento mais consonante com a orientação do presente estudo, de modo que a aplicação do instituto ocorre com mais frequência e com melhor refinamento técnico. Inclusive, a corte gaúcha apresentou posicionamentos de vanguarda, que posteriormente foram acolhidos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

As cortes de Santa Catarina e do Paraná apresentaram os precedentes mais inconstantes, com frequentes modificações na direção da jurisprudência. No âmbito catarinense e paranaense também foi possível concluir que muitos dos julgamentos são inadequados pela incompreensão conceitual do dano extrapatrimonial coletivo, de modo a prender os julgadores aos paradigmas da responsabilidade civil clássica. Dessa forma, a coletividade de consumidores resta vulnerada e a escassez teórica a respeito do instituto agrava os danos perpetrados.

Não obstante tenham sido encontrados precedentes com excelentes compreensões a respeito do dano extrapatrimonial coletivo, não é possível repousar o entendimento de que a jurisprudência dos Tribunais do Sul do Brasil encontra-se satisfatoriamente inteirada a respeito desta categoria de danos, caracterizada pela larga extensão de seus efeitos. A aplicação inadequada do instituto redundará em vulneração dos consumidores, que deixam de ser contemplados com a adequada compensação dos danos aos direitos transindividuais.

Nesse sentido, pela importância da tutela dos direitos transindividuais, o autor apresenta como principal conclusão do trabalho a necessária inclusão do dano extrapatrimonial coletivo, especificamente no que toca às relações de consumo, nos debates acadêmicos, como forma de informar os juristas a respeito de sua importância e de seus elementos. A proteção do consumidor, enquanto direito fundamental, aliada ao princípio da

reparação integral dos danos, exige o repensar das soluções simplistas atreladas ao paradigma da responsabilidade civil clássica, marcadamente individualista. Dessa forma, uma nova racionalidade jurídica, de viés coletivista, se impõe, de modo a forçar que todos os operadores jurídicos adequem-se ao que já dispõe a lei e ao que vem desenvolvendo a doutrina.

## REFERÊNCIAS

### Doutrina

AFONSO, Maria; VARIZ, Manuel. **Da responsabilidade civil decorrente de produtos defeituosos**. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro – Um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Ação civil pública: sua evolução normativa significou crescimento em prol da proteção às situações coletivas**: in: A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BAHIA, Carolina Medeiros; MEDEIROS, Heloísa Gomes. **O Dano Moral Coletivo nas Relações de Consumo e a Visão dos Tribunais**. Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 153-167, jul/dez. 2016.

BARBOSA, Livia. **Sociedade de consumo**. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Edições 70. Lisboa, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

\_\_\_\_\_, Zygmunt. **Vida para consumo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo**: Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. Trad. Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora UNESP, 2003.

\_\_\_\_\_, Ulrich. **Sociedade de Risco - Rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman. **Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.

\_\_\_\_\_, Antônio Hermann; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Dano moral coletivo**. Revista Direito e Liberdade. v. 7. n. 3, ESMARN, Mossoró, jul/dez, 2007.

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

\_\_\_\_\_, Leonardo Roscoe. **Dano moral coletivo**. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM,

Bruno. Doutrinas essenciais. Direito do consumidor. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 5.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. 1994

\_\_\_\_\_, Carlos Alberto. Dano moral coletivo no atual contexto brasileiro. Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30881-33349-1-PB.pdf>> Acesso em: 20/10/2017.

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

\_\_\_\_\_, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BOLSON, Simone Hegele. **O princípio da dignidade da pessoa humana, relações de consume e o dano moral ao consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, vol. 46. abr-jun. 2003. São Paulo, Revista dos Tribunais.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1251348/RJ, Segunda Turma, Rel. Eliana Calmon. J. 18/05/2010, unânime, DJe 25/05/2010.

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

\_\_\_\_\_, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAMARGO, Paulo Sergio Uchôa Fagundes Ferraz de. **Dano Moral Coletivo: uma possibilidade de aplicação dos danos punitivos**. São Paulo: Almedina, 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Daiane; PIERRY, Flavia. **Justiça condena Claro a pagar R\$ 30 milhões por descumprir Lei do SAC**. Set. 2013. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/justica-condena-claro-pagar-30-milhoes-por-descumprir-lei-do-sac-10006079>> Acesso em: 23 out. 2017.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. 20. ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva 2003.

\_\_\_\_\_, Maria Helena. O problema da liquidação do dano moral e os critérios para a fixação do *quantum* indenizatório. In: **Atualidades jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 25. ed. São Paulo:

Saraiva, 2014.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao novo código civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

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

FERGUSON, Niall. **Civilização: Ocidente x Oriente**. São Paulo: Editora Planeta, 2012.

GARCIA, Alexandre. **Número de postos lacrados por adulteração nos combustíveis dobrou em 2016**. Jun. 2017. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/economia/numero-de-postos-lacrados-por-adulteracao-nos-combustiveis-dobrou-em-2016-12062017>> Acesso em: 10 set. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVEZ, Vitor Fernandes. **A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: RT, 2007.

\_\_\_\_\_, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

**INFORMATIVO DE JURISPRUDÊNCIA DO STJ Nº 0513**. Brasília: Secretaria de Jurisprudência, 06 mar. 2013. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/informativos/RTF/Inf0513.rtf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0513.rtf)>. Acesso em: 22 nov. 2017.

LACERDA, José Gutemberg Gomes. **Dano moral coletivo sob a perspectiva dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

LEHMEN, Fábio. **Quadrilha usava soda cáustica e outras substâncias para adulterar o leite**. Mar, 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/hora1/noticia/2017/03/quadrilha-usava-soda-caustica-e-outras-substancias-para-adulterar-leite.html>> Acesso em: 10 set. 2017.

LEITE, José Rubens Morato. Dano extrapatrimonial ou moral ambiental e sua perspectiva no direito brasileiro. In: MILARÉ, Edis (Org.) **Ação Civil Pública. Lei 7.347/1985 – 15 anos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_, José Rubens Morato; POPE, Kamila. **Sociedade de risco e consumo sustentável**. Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, Urbanismo e Ambiente. Coimbra: ano XIX, n. 37, vol. 1.16., 2016. p. 9-36.

LIPOVETSKY, Gilles. **O império do efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas**. São Paulo: Cia das Letras, 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. **Crédito ao consumo e superendividamento: Uma problemática geral**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: a. 33, n. 129, p. 109-115, jan./mar., 1996, p. 109-110.

LOTUFO, Renan. **Dano moral coletivo**. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). Temas de responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Projetada Participação Equânime dos Co-legitimados à Propositura da Ação Civil Pública: da Previsão Normativa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). **Tutela Coletiva – 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos – 15 anos do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2006.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4 ed. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Dano Moral Coletivo nas Relações de Consumo**. Revista de Direito do Consumidor. Ano 20. vol. 82. abr.-jun. 2012. São Paulo, Revista dos Tribunais.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana. **Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro)**. Revista CEJ. Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar., 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Notas sobre a mitigação da coisa julgada no processo coletivo. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quatier Latin, 2005.

\_\_\_\_\_, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

\_\_\_\_\_, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 3. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: LTr, 2012.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral nas relações de consumo – doutrina e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRAGEM, Bruno. **Os direitos da personalidade e os direitos do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, vol. 49. jan-mar. 2004. São Paulo, Revista dos Tribunais.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Defesa do Consumidor comentado**. Rio de Janeiro:

Revista dos Tribunais, 1998.

NORONHA, Fernando. **Contratos de Consumo padronizados e de adesão: Revista de Direito do Consumidor**. No 20, São Paulo. Revista dos Tribunais, 1997

\_\_\_\_\_, Fernando. **Direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NUNES, Vidal Serrano Junior; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. **Código de Defesa do Consumidor Interpretado**. São Paulo. Saraiva, 2003.

ORTEGA Y GASSET, José. **A rebelião das massas**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

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.

PIZZOL, Patrícia Miranda. **Liquidação nas ações coletivas**. São Paulo: Lejus, 1998.

ROCHA, Silvio Luiz Ferreira da. **Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro**. 2 edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil - Responsabilidade Civil**. 1989. Vol. 4, p. 206.

SANTANA, Héctor Valverde. **Dano moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SEABRA, Antonio Luiz Bandeira. **Reparação do dano moral no novo Código Civil: teoria, jurisprudência e prática**. Santa Cruz da Conceição: Vale do Mogi, 2003.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: com comentários ao Código Civil de 2002**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEIXEIRA, Mário Cezar Pinheiro Machado Teixeira. **Compensação em dinheiro por dano extrapatrimonial (moral) coletivo pela via da ação civil pública**. Boletim Científico - Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU., ano 14, n. 46, Edição Especial, 2015.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo Código**. v. 5, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TEIXEIRA NETO, Felipe. **Dano moral coletivo – a configuração e a reparação do dano**

**extrapatrimonial por lesão aos interesses difusos.** Curitiba: Juruá, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do código de defesa do consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

\_\_\_\_\_, Humberto. **Dano moral.** 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil:** da reparação à punição e dissuasão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdictional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos.** São Paulo: Malheiros, 2007.

WATANABE, Kazuo et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.** 9. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

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

#### **Precedentes:**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 1.251.348/RJ, 2t. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, DF, 18 de maio de 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200902257900&dt\\_publicacao=25/05/2010](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200902257900&dt_publicacao=25/05/2010)> Acessado em: 24 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 598.281/MG, 1t. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki, Brasília, DF, 05 de maio de 2006. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200301786299&dt\\_publicacao=01/06/2006](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200301786299&dt_publicacao=01/06/2006)> Acessado em: 24 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 866.636/SP, 3t. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Brasília, DF, 29 de novembro de 2007. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200601043949&dt\\_publicacao=06/12/2007](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200601043949&dt_publicacao=06/12/2007)> Acesso em: 24 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.057.274/RS, 2t. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, DF, 01 de dezembro de 2009. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200801044981&dt\\_publicacao=26/02/2010](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801044981&dt_publicacao=26/02/2010)> Acesso em: 24 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.292.141/SP, 3t. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 04 de dezembro de 2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201102652643&dt\\_publicacao=12/12/2012](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102652643&dt_publicacao=12/12/2012)> Acesso em: 24 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.221.756/RJ, 3t. Relator: Ministro Massami Uyeda. Brasília, DF, 02 de fevereiro de 2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201001970766&dt\\_publicacao=10/02/2012](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001970766&dt_publicacao=10/02/2012)> Acesso em: 24 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.243.887/PR, CE. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, 19 de outubro de 2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201100534155&dt\\_publicacao=12/12/2011](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100534155&dt_publicacao=12/12/2011)> Acesso em: 24 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.487.046/MT, 4t. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, 16 de maio de 2017. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201202275676&dt\\_publicacao=16/05/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202275676&dt_publicacao=16/05/2017)> Acesso em: 24 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 385. Relator: Segunda Seção. Brasília, DF, 27 de maio de 2009. Súmula n. 385. Brasília, 08 jun. 2009. n. 379. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas2013\\_35\\_capSumula385.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas2013_35_capSumula385.pdf)>. Acesso em: 22 novembro de 2017.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 671044-9, de Curitiba. Relator: Desembargador Luís Carlos Xavier. Curitiba, PR, 15 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11079097/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-671044-9>> Acessado em: 24 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1182169-9, de Prudentópolis. Relatora: Desembargadora Ângela Maria Machado Costa. Curitiba, PR, 04 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11836354/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1182169-9>> Acessado em: 24 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1215303-4, de Londrina. Relator: Desembargador Luiz Osório Moraes Panza. Curitiba, PR, 24 de março de 2015. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12093870/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1215303-4>> Acessado em: 24 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1335999-8, de Curitiba. Relatora: Desembargadora Suzana Massako Hiram Loreto de Oliveira. Curitiba, PR, 06 de julho de 2016. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12195259/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1335999-8>> Acessado em: 24 de novembro de 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça Apelação Cível nº 70018714857, de Guaporé. Relator: Desembargador Paulo de Tarso Sanseverino. Porto Alegre, RS, 12 de julho de 2007. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\* &aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&partialfields=n%3A70018714857&as\\_q=#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70018714857&as_q=#main_res_juris)> Acessado em: 24 de

novembro de 2017.

\_\_\_\_\_.Tribunal de Justiça Apelação Cível nº 70033012477, de Porto Alegre. Relatora: Desembargadora Ana Maria Nedel Scalzilli. Porto Alegre, RS, 09 de agosto de 2012. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\* &aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&partialfields=n%3A70033012477&as\\_q=#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70033012477&as_q=#main_res_juris)> Acessado em: 24 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_.Tribunal de Justiça Apelação Cível nº 70056562416, de Rio Grande. Relator: Desembargador Pedro Celso Dal Prá. Porto Alegre, RS, 28 de novembro de 2013. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\* &aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&partialfields=n%3A70056562416&as\\_q=#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70056562416&as_q=#main_res_juris)> Acessado em: 24 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_.Tribunal de Justiça Apelação Cível nº 70072192172, de Porto Alegre. Relator: Desembargador Otávio Augusto de Freitas Barcelos. Porto Alegre, RS, 07 de junho de 2017. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\* &aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&partialfields=n%3A70072192172&as\\_q=#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70072192172&as_q=#main_res_juris)> Acessado em: 24 de novembro de 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça Apelação Cível nº 0005661-76.2008.8.24.0020, de Criciúma. Relator: Desembargador Ricardo Roesler. Florianópolis, SC, 02 de junho de 2016. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAAAG/N3AAY&categoria=acordao\\_5](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAAAG/N3AAY&categoria=acordao_5)> Acessado em: 24 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça Apelação Cível nº 0009292-17.2013.8.24.0064, de São José. Relator: Desembargador Luiz Fernando Boller. Florianópolis, SC, 17 de maio de 2016. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAAACzecaAK&categoria=acordao\\_5](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAAACzecaAK&categoria=acordao_5)> Acessado em: 24 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_.Tribunal de Justiça Apelação Cível nº 2007.015363-2, de Florianópolis. Relator: Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Florianópolis, SC, 06 de junho de 2009. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAAAAAOG0bAAA&categoria=acordao](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAAAAAOG0bAAA&categoria=acordao)> Acessado em: 24 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_.Tribunal de Justiça Apelação Cível nº 2007.022085-4, de Florianópolis. Relator: Desembargador Jânio Machado. Florianópolis, SC, 16 de junho de 2009. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAA BAAAtq/AAC&categoria=acordao](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAA BAAAtq/AAC&categoria=acordao)> Acessado em: 24 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_.Tribunal de Justiça Apelação Cível nº 2007.024920-1, de Florianópolis. Relator: Desembargador Henry Petry Junior. Florianópolis, SC, 04 de abril de 2011. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAA BAAFYC0AAC&categoria=acordao](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAA BAAFYC0AAC&categoria=acordao)> Acessado em: 24 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_.Tribunal de Justiça Apelação Cível nº 2008.011789-7, de Florianópolis. Relator: Desembargador Newton Janke. Florianópolis, SC, 23 de novembro de 2010. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAA BAAF+lhAAC&categoria=acordao](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAA BAAF+lhAAC&categoria=acordao)> Acessado em: 24 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_.Tribunal de Justiça Apelação Cível nº 2008.030794-6, de Porto União. Relator: Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Florianópolis, SC, 25 de maio de 2010. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAA BAABfs+AAC&categoria=acordao](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAA BAABfs+AAC&categoria=acordao)> Acessado em: 24 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça Apelação Cível nº 2008.045763-6, de Rio do Sul. Relatora: Desembargadora Sônia Maria Schmitz. Florianópolis, SC, 23 de julho de 2009. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=lei%20municipal%20consumidor%20&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAFXYMAAB&categoria=acordao](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=lei%20municipal%20consumidor%20&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAFXYMAAB&categoria=acordao)> Acessado em: 24 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça Apelação Cível nº 2011.049089-4, de Sombrio. Relatora: Desembargadora Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer. Florianópolis, SC, 18 de junho de 2012. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAA BAAMb5QAAR&categoria=acordao](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAA BAAMb5QAAR&categoria=acordao)> Acessado em: 24 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça Apelação Cível nº 2012.021771-2, de Ipumirim. Relator: Desembargador Rubens Schulz. Florianópolis, SC, 26 de janeiro de 2015. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAA CAALK37AAG&categoria=acordao](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAA CAALK37AAG&categoria=acordao)> Acessado em: 24 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça Apelação Cível nº 2014.061157-6, de Bom Retiro. Relator: Desembargador Raulino Jacó Brüning. Florianópolis, SC, 15 de outubro de 2015. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAA CAANoxTAAK&categoria=acordao](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAA CAANoxTAAK&categoria=acordao)> Acessado em: 24 de novembro de 2017.

### **Legislação:**

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 6.523, de 31 de julho de 2008. Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para fixar normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor - SAC. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/decreto/d6523.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6523.htm)> Acesso em: 23 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 1.306, de 09 de novembro de 1994. Regulamenta o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, de que tratam os arts. 13 e 20 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, seu conselho gestor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D1306.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1306.htm)> Acesso em: 23 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Código Civil de 1916. Rio de Janeiro, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)> Acesso em: 22 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 4.117, de 27 de agosto de 1962. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. Código Brasileiro de Telecomunicações. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4117.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117.htm)> Acesso em: 22 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a Ação Popular. Lei da Ação Popular. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm)> Acesso em: 22 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. Código Eleitoral. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm)> Acesso em: 22 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Lei de Imprensa. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5250.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm)> Acesso em: 22 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Lei da Ação Civil Pública. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm)> Acesso em: 22 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)> Acesso em 22 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Lei Antitruste. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8884.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm)> Acesso em 22 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 9.008, de 21 de março de 1995. Cria, na estrutura organizacional do

Ministério da Justiça, o Conselho Federal de que trata o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, altera os arts. 4º, 39, 82, 91 e 98 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9008.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9008.htm)> Acesso em 23 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9494.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9494.htm)> Acesso em 23 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Código Civil. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em 22 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 13.015, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Novo Código de Processo Civil. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)> Acesso em: 22 de novembro de 2017.

RIO DO SUL. Lei Municipal nº 4.232/2005, de 15 de agosto de 2005. Dispõe sobre o tempo de Atendimento ao público nas agências bancárias estabelecidas no município de Rio do Sul, e dá outras providências. Rio do Sul, SC. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a1/sc/r/rio-do-sul/lei-ordinaria/2005/424/4232/lei-ordinaria-n-4232-2005-dispoe-sobre-o-tempo-de-atendimento-ao-publico-nas-agencia-bancarias-estabelecidas-no-municipio-de-rio-do-sul-e-da-outras-providencias?q=4232>> Acesso em: 23 de novembro de 2017.

SANTA CATARINA. Lei Estadual nº 13.325, de 20 de janeiro de 2005. Dispõe sobre a comercialização de produtos combustíveis ao consumidor final. Florianópolis, SC. Disponível em: <<http://leisestaduais.com.br/sc/lei-ordinaria-n-13325-2005-santa-catarina-dispoe-sobre-a-comercializacao-de-produtos-combustiveis-ao-consumidor-final?q=13325>> Acesso em: 23 de novembro de 2017.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva nº 85/374/CEE, de 25 de julho de 1985. Relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos. Diretiva 85/374 do Conselho da Comunidade Europeia. Bruxelas. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A31985L0374>> Acesso em: 22 de novembro de 2017.