



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A EFICÁCIA DO DANO MORAL COLETIVO NO ASPECTO PEDAGÓGICO DIANTE
DAS VIOLAÇÕES SISTÊMICAS AO DIREITO DO CONSUMIDOR

Louise Lima Henriques

Rio de Janeiro
2018

LOUISE LIMA HENRIQUES

A EFICÁCIA DO DANO MORAL COLETIVO NO ASPECTO PEDAGÓGICO DIANTE
DAS VIOLAÇÕES SISTEMICAS AO DIREITO DO CONSUMIDOR

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2018

A EFICÁCIA DO DANO MORAL COLETIVO NO ASPECTO PEDAGÓGICO DIANTE DAS VIOLAÇÕES SISTÊMICAS AO DIREITO DO CONSUMIDOR

Louise Lima Henriques

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Advogada.

Resumo – vive-se em uma sociedade de consumo em que práticas lesivas ao Direito do Consumidor são constantes e, por isso, tão abundantes no Judiciário. Cada vez mais se percebe que a resposta na solução reparação dos danos oriundos desses conflitos não é observa todas as suas funções, por isso torna-se insatisfatória à vítima e incapaz de impedir a repetição da conduta seja pelo réu seja por potencial fornecedor. A essência do trabalho é abordar a problemática a luz dos instrumentos jurídicos disponíveis para a tutela dos direitos consumeristas no ordenamento jurídico, verificar como deve ser fixado e apontar qual seriam seus reflexos.

Palavras-chave - Direito do Consumidor. Direito Processual Civil. Responsabilidade civil. Tutela Coletiva. Dano Moral Coletivo.

Sumário - Introdução. 1. Da necessidade da coexistência de representação tradicional dos interesses individuais com a representação dos interesses coletivos no direito do consumidor. 2. Da necessidade da aplicação do dano moral coletivo no seu aspecto punitivo-pedagógico 3. Da eficácia da condenação à indenização por dano moral coletivo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico visa analisar a eficácia do dano moral coletivo no aspecto punitivo-pedagógico diante das violações sistêmicas ao direito do consumidor. Busca-se demonstrar que o comportamento lesivo aos consumidores de maneira reiterada deve-se, em grande parte, à falta de aplicação, de forma eficaz, do dano moral em sua completude.

Para tanto, pretende-se, por meio de uma metodologia de pesquisa jurídica do tipo bibliográfica, exploratória, explicativa e qualitativa, examinar as diferentes posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca da matéria.

Atualmente, a estrutura tradicional de resolução de conflitos de natureza fundamentalmente individualista do direito não é mais capaz de atender, de forma eficaz, o grande número de demandas dos cidadãos que enfrentam a mesma situação prejudicial. Principalmente, no que tange as relações de consumo, em que as relações sociais são marcadas por um desequilíbrio inerente e significativo, e em sua grande maioria de massa.

Assim, impõe-se a aplicação de uma visão coletiva à relação estabelecida entre os consumidores e o Poder Judiciário. Pois, além de grande parte das demandas individuais serem economicamente inconcebíveis, tanto para os consumidores, cujos direitos foram violados, como para o judiciário, pois são empregados recursos para a apreciação de um mesmo fato repetidamente.

Ademais, por força do princípio da vedação do enriquecimento sem causa, as condenações indenizatórias em ações individuais propostas no judiciário acabam por abranger apenas o aspecto compensatório do dano moral de maneira satisfatória, não comportando o aspecto punitivo-pedagógico dentro desse o valor. Como consequência, essa decisão não gera uma mudança de comportamento por parte do fornecedor ou do prestador do serviço, pois frente ao poder econômico deles, o montante indenizatório é irrisório, o que leva a continuidade das práticas lesivas aos direitos do consumidor no ordenamento jurídico brasileiro.

Logo, para a melhor compreensão do tema, procura-se demonstrar a necessidade de coexistência da representação tradicional dos interesses individuais com a representação dos interesses coletivos dos consumidores. Em seguida, pretende-se despertar a atenção para o arbitramento do valor indenizatório a título de dano moral coletivo, em seu aspecto pedagógico-punitivo, a fim de se evitar novas violações aos direitos dos consumidores e diante desse cenário, como a aplicação dessa função do dano moral coletivo refletiria em nosso ordenamento jurídico como instrumento eficaz dentro do âmbito consumerista.

1. DA NECESSIDADE DA COEXISTÊNCIA DA TUTELA TRADICIONAL DOS INTERESSES INDIVIDUAIS COM A TUTELA DOS INTERESSES COLETIVOS DOS CONSUMIDORES

O modelo de processo tradicional é enormemente influenciado pelas teorias contratuais que limitavam o poder do Estado à garantia da ordem pública, abstendo-se de intervir ao máximo na vida privada dos indivíduos.¹ Assim, o caráter essencialmente individualista caracterizou os Códigos Civil 1916 e o Código de Processo Civil de 1939 e 1973², cujo sistema “foi moldado para atender à prestação da tutela jurisdicional em caso de lesões a direitos subjetivos individuais, mediante demandas providas pelo próprio lesado”³.

¹ CHAUI, Marilena de Souza. *Convite à filosofia*. 6. ed. São Paulo: Ática, 1997, p. 402.

² DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de Processo Coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 3.

³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p 13.

Contudo, a Revolução Industrial alterou não só a forma de produção, como também a maneira como os indivíduos interagem dentro da sociedade, o que impôs um novo olhar a esse indivíduo, não mais isoladamente considerado, mas inserido dentro de um grupo, de uma massa.

Dessa mudança de perspectiva, os direitos de massa surgem como uma decorrência dos princípios da solidariedade e da fraternidade⁴, e são denominados direitos coletivos. Outrossim, há a consolidação do Estado Social cuja preocupação, segundo Pedro Lenza, era de ser o “grande responsável pela harmonização social e assegurado de alguns direitos que vinham sendo mutilados pela fúria capitalista da Revolução Industrial”⁵.

Diante de demandas cada vez mais complexas, o direito processual civil tradicional se torna impotente⁶ para solucionar os conflitos originários das relações privadas devido ao seu caráter essencialmente individualista.

A impotência do direito em fornecer soluções satisfatórias para a sociedade contemporânea voltada para um processo produtivo de distribuição de bens em massa e de disseminar a responsabilidade pelas lesões aos direitos foi chamada pela doutrina de violações de massa⁷.

A fim de combater essas violações os instrumentos de proteção coletiva dos direitos são criados como forma de superação dos alguns dos obstáculos ilegítimos ao acesso à justiça do modelo tradicional, tais como a proteção de direitos metaindividuais e individuais homogêneos, além dos altos custos da atuação individual⁸.

Ademais, esse novo modelo processual visa desestimular a conduta antijurídica dos litigantes repetitivos visto que “o próprio valor patrimonial da causa, que individualmente seria mínimo, passa a ser de grande relevância”⁹.

Em que pese a insuficiência dos institutos e princípios fundamentais do processo individualista, a doutrina entende que esse não deve ser abandonado e sim superado com a

⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *The judicial process in comparative perspective*. Oxford, New York: Clarendon Press, 1989. “Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça Civil”. (Tradução por Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos, in *Revista de Processo*, São Paulo, n. 5, jan-mar/1977, p. 130.

⁵ LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 29.

⁶ RODRIGUES, Viviane Siqueira. *O Processo Coletivo para a Defesa dos Direitos Individuais Homogêneos*. São Paulo: 2012, p. 38.

⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. In: MOREIRA, Barbosa. *Revista de Processo*, n. 61, janeiro a março de 1991, p. 187.

⁸ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça* (tradução de Ellen Gracie Northfleet), Porto Alegre: ed. Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 26 e seguintes.

⁹ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 45.

introdução de uma nova garantia que busca concretizar a promessa constitucional de efetivo acesso à justiça, denominado “garantismo social”¹⁰.

Na busca pela concretização dessa garantia, o Código de Defesa do Consumidor disciplina a tutela coletiva no ordenamento brasileiro, contudo, a matéria deve ser interpretada dentro de um microsistema¹¹ com os demais diplomas legais que também tratam dessa proteção à coletividade tais como a Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), Ação Popular (Lei n. 4.717/1965), entre outras.

Dentre as lesões objeto de tutela coletiva tem-se os danos individuais de massa que possuem íntima relação com as violações aos direitos individuais homogêneos, pois aquele que pratica o ato lesivo enseja o surgimento do direito à indenização para a vítima, logo, são sinônimas as expressões, conforme Alexandre Bonna.¹²

Tentar definir os direitos individuais de massa se faz relevante ao presente trabalho, pois influenciará a aplicação da indenização eficaz dos danos coletivos e a viabilidade da tutela coletiva conforme art. 81, parágrafo único, inciso III¹³. Posto que, diferentemente dos direitos metaindividuais e indivisíveis, esses são direitos essencialmente individuais e passíveis de tutela separada de cada lesão mediante ação individual¹⁴. Logo, não são direitos essencialmente coletivos, mas devido as circunstâncias nas quais são inseridos possuem autorização para serem tutelados coletivamente.

Ademais, Alexandre Bonna¹⁵ ressalta outro aspecto da importância da coexistência dos modelos no ordenamento uma vez que a

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *The judicial process in comparative perspective*. Oxford, New York: Clarendon Press, 1989. “Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça Civil”. (Tradução por Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos, in *Revista de Processo*, São Paulo, n. 5, jan-mar/1977, p. 154/157.

¹¹ Em recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, definiu-se o microsistema de processo coletivo, em voto do eminente Ministro Luiz Fux, hoje membro de nossa Suprema Corte: A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei de ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar interpenetram-se e subsidiam-se [...] STJ – REsp n. 510.150/MA, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 17-2-2004.

¹² BONNA, Alexandre Pereira. *Punitive damages (Indenização Punitiva) e os danos em massa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 45.

¹³ 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: (...) III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm> Acesso em: 16 abril 2018.

¹⁴ ZAVASKI, Teori Albino. Defesa de Direitos Coletivos e Defesa Coletiva de Direitos. *Revista de Processo*. V. 20, n. 78. 1995, p. 33.

¹⁵ BONNA, Alexandre Pereira. *Punitive damages (Indenização Punitiva) e os danos em massa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 45.

tutela coletiva possibilita que direitos de pouca relevância econômica, mas de grande envergadura quanto à sua reprovabilidade possam obter a proteção judicial, seja no aspecto compensatório seja no que tange a punição do ato mediante valor indenizatório maior do que o suficiente para cumprir o papel reparatório. Ou seja, permite com que lesões pífias para ser objeto de litigação mostrem sua gravidade quando consideradas coletivamente¹⁶.

Logo, para o autor a tutela possibilita que pequenos danos, além de proteger aquelas vítimas legitimadas a demandar em juízo ações de valor relevante quando comparadas ao dano sofrido, como também os interesses de pessoas que integram grupos vulneráveis fomentando, ao final, o acesso à justiça.

Cabe pontuar que da mesma maneira que um indivíduo isoladamente pode sofrer um dano moral, a coletividade também pode, pois, ela possui uma dimensão ética intimamente relacionada aos indivíduos que a compõe que é diversa daquela individualmente considerada.

Por isso, o Código de Defesa do Consumidor em seu art. 6º, inciso VI¹⁷ traz a previsão legal do dano moral individual e coletivo, além de instituir como direito básico do consumidor a sua prevenção e reparação, o que realça a existência de tutela da defesa coletiva desses danos no art. 81, parágrafo único do CDC¹⁸.

Conforme estabeleceu o STJ, o dano moral está relacionado a lesões a valores e interesses de uma comunidade e ele não precisa ser comprovado por meio de perícia, pois é “dedutível das próprias circunstâncias em que ocorreram os fatos” e podem ser compensados diretamente à sociedade¹⁹.

Dentro desse escopo de maior proteção dos vulneráveis em massa, cabe mencionar que apesar da ação individual possibilitar o litisconsórcio, dificilmente será mais representativa em relação ao total das vítimas e extensão dos danos que uma ação coletiva. Ao lado dessa superioridade patente no aspecto numérico, na tutela coletiva aumenta-se as

¹⁶ BONNA, Alexandre Pereira. *Punitive damages (Indenização Punitiva) e os danos em massa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 52.

¹⁷ BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm> Acesso em: 16 abril 2018.

¹⁸ 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: (...) III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. BRASIL. op. cit., nota 17.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Resp nº: 866636 SP 2006/0104394-9*. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 29/11/2007, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 06/12/2007, p. 312. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2727406&num_registro=200601043949&data=20071206&tipo=51&formato=PDF> Acesso em: 17 abr 2018

chances de o Poder Judiciário estabelecer uma base aproximada da realidade sobre o nível de impunidade da conduta do réu.

A partir dessas constatações doutrinárias é possível concluir que as ações coletivas são mais adequadas para o julgamento em face de danos em massa que são, em sua maioria, os danos sofridos pelos vulneráveis dentro da relação de consumo.

2. DA QUANTIFICAÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO A TÍTULO DE DANO MORAL COLETIVO ENGLOBANDO SEU ASPECTO PREVENTIVO

Dentro da ideia de que determinados atos repercutem na sociedade como um todo, vislumbra-se uma violação à dignidade humana individual e coletiva que permitem a indenização por dano moral coletivo, haja vista que as lesões praticadas alcançam situações jurídicas existenciais e perpassam a órbita individual, a indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade do objeto²⁰ caracterizando um dano extrapatrimonial à sociedade. Logo, os grupos, assim como os indivíduos, possuem dignidade.

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet, não há como descartar uma necessária dimensão comunitária da dignidade, uma vez que a dignidade da pessoa humana se encontra ligada à condição humana de cada indivíduo²¹. Consequentemente, a violação à dignidade humana coletiva deve ensejar uma indenização em razão do dano moral coletivo, revestido das mesmas características de uma lesão ao dano moral individual, contudo, em prol da sociedade que é a vítima do dano.

O dano moral tem natureza jurídica extrapatrimonial e possui a dupla função de compensar e prevenir-punir os danos causados. O seu aspecto preventivo-punitivo ganha protagonismo no âmbito do dano moral coletivo, conforme Marcelo Freire Sampaio Costa²², pois na reparação desse dano verifica-se que a compensação deve ser subsidiária à punição do ofensor.

Reforçando esse entendimento, Medeiros Neto afirma que a condenação em danos morais coletivos tem por objetivo “atender-se à necessidade de imposição ao ofensor de uma condenação pecuniária que signifique uma sanção pela prática da conduta ilícita²³ (...)”.

²⁰ ROSENVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 230.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 52.

²² COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Dano Moral (extrapatrimonial) coletivo: leitura constitucional, civil e trabalhista: estudo jurisprudencial*. São Paulo: LTR, 2009, p. 75.

²³ MEDEIRO NETO, Xisto Tiago. *Dano Moral coletivo*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 202.

Também consta como defensora da aplicação da função punitiva nos danos morais coletivos, Maria Celina Bodin de Moraes²⁴, que tendo em vista as

situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas (...) o valor a maior da indenização, a ser pago ‘punitivamente’, não deverá ser pago ao autor da ação, mas (...) servirá a beneficiar um número maior de pessoas, através de depósito das condenações em fundos lá especificados²⁵

Apesar da doutrina reconhecer o protagonismo do caráter punitivo-preventivo do dano moral, ela diverge quanto ao seu arbitramento.

Sérgio Cavalieri Filho²⁶ defende esse aspecto da indenização, mas entende que ela está limitada à extensão do dano e, conseqüentemente, não pode ultrapassá-lo. No mesmo sentido o ministro Sanseverino reconhece a função punitiva e preventiva da indenização, todavia entende que ela deve estar submetida ao teto da reparação integral do dano²⁷.

A função punitiva pressupõe que parte da indenização arbitrada corresponda a uma pena ao ofensor, de forma que se faz necessário diferenciar a conduta do autor da ofensa da sua punição em relação ao parâmetro da extensão do dano previsto no art. 944, caput, do CC/02²⁸.

Humberto Theodoro Júnior, acertadamente, esclarece a diferença:

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 persegue²⁹.

²⁴ MORAIS, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: *Direito, Estado e Sociedade*. v. 9. n. 29. julho/dezembro, 2006. p. 245.

²⁵ *Ibidem.*, p. 245

²⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. rev. e. ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 125-127.

²⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 272-273.

²⁸ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 3 set. 2018.

²⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano Moral*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 82-83.

A partir dessa distinção verifica-se que a função punitiva defendida e aplicada no Brasil recebe contornos de pena civil, pois na fixação do valor da indenização, além da extensão do dano – art. 944, caput, do Código Civil³⁰ – são analisados o grau de culpa do ofensor; a sua capacidade econômica; a sua posição social; a reincidência na conduta; o aspecto dissuasivo da indenização; e, não raramente, tem sido utilizada como caráter exemplar, a fim de prevenir genericamente condutas semelhantes no futuro³¹.

A fundamentação para condenação por dano moral coletivo baseia-se no fato de que a conduta afeta individualmente cada uma das vítimas, como também, concomitantemente à coletividade, violando preceitos constitucionais, como os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana individual e coletiva.

Dessa forma, utiliza-se da pena civil para proteção contra ilícitos metaindividuais de especial repercussão³² como uma forma de atuação preventiva para desestimular a reincidência da prática daquele ato ilícito no réu e em terceiros no futuro. Conseqüentemente, confere maior proteção àqueles direitos tutelados.

Ressalte-se que a aplicação dessa pena, que cumpre a função punitiva-pedagógica, nem sempre será necessária a quantificação do dano, uma vez que a reparação do dano moral pode ser fixada em obrigação não pecuniária, consistente em obrigações de fazer e não fazer, sempre que o magistrado verificar, à luz do caso concreto, a possibilidade e que o seu cumprimento será mais efetivo.

Não sendo hipótese de condenação de medidas *in natura*, o juiz fixará um valor a título de danos morais.

O Código Civil de 1916 estabelecia os regimes de valoração, quais sejam: tarifamento e arbitramento; todavia, o Código Civil de 2002 não repetiu essa regra valorativa, sendo omissivo quanto ao método de fixação do valor de reparação por danos morais.

Por força desse silêncio do legislador, aplica-se tradicionalmente o arbitramento judicial do *quantum* indenizatório fundamentado por analogia ao art. 953, parágrafo único, do Código Civil, que estabelece ao magistrado fixar equitativamente o valor da indenização nas ofensas à honra³³. Nesse mesmo sentido se posiciona o STJ³⁴.

³⁰ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> . Acesso em: 17 abril 2018.

³¹ LACERDA, José Gutemberg Gomes. *Dano Moral sob Perspectiva dos Direitos Fundamentais*. Belo horizonte: Del Rey, 2017, p. 139.

³² ROSENVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 231.

³³ SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do Dano Moral no Código Civil. In: *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 179.

Sobre o tema, José Gutemberg Gomes Lacerda³⁵ faz uma ressalva quanto a esse arbitramento equitativo ao entender que ele

não é critério ou parâmetro de fixação do quantum indenizatório, mas apenas o mecanismo ou forma como o valor é fixado. O arbitramento não autoriza o juiz a decidir livremente, pois, além de ser razoável, a decisão precisa ser devidamente fundamentada. A quantificação do dano precisa ser baseada em critérios sindicáveis, capazes de demonstrar o raciocínio que produziu a decisão e, deste modo, viabilizar eventual irresignação pela via recursal

Dentre os critérios para o arbitramento por equidade da indenização aos direitos da personalidade no âmbito coletivo, há como fatores-base a extensão do grupo sobre o qual o dano e suas consequências se projetam, devendo a indenização ser alterada proporcionalmente em razão da maior ou da menor dispersão da titularidade dos interesses postos em causa³⁶, isto é, será relevante ao valor final a ser arbitrado o fato de o dano recair sobre uma comunidade mais ou menos delimitada se confrontado com outros que se projetam sobre um número indeterminado e inestimável de pessoas, dando extensão mais ampla ao prejuízo e, por isso também, à indenização correspondente.

Da mesma forma, será relevante o fato de o interesse coletivo atingido pelo dano moral estar mais ou menos relacionado à concretização do princípio constitucional de proteção à dignidade humana.

Logo, é possível constatar a dificuldade que se apresenta ao magistrado na fixação desse valor, por isso a doutrina brasileira defende a aplicação de diversas ponderações de natureza econômica para definir o montante do dano³⁷. Também não há prejuízo em valorar a irreparabilidade em si da lesão a qualquer interesse coletivo.

Da análise do arbitramento dos prejuízos indenizáveis é possível observar a incidência de ambas as funções, compensatória e punitiva, devido a uma necessidade de se atribuir à soma devida aos prejuízos causados ao indivíduo ou à coletividade um elemento gerador de prevenção, buscando evitar sua ocorrência.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. REsp nº 1152541/RS (2009/0157076-0). Relator: Ministro Paulo De Tarso Sanseverino. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1088429&num_registro=200901570760&data=20110921&formato=PDF. Acesso em: 4 set. 2018.

³⁵ LACERDA, José Gutemberg Gomes. *Dano Moral sob Perspectiva dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 160

³⁶ TEIXEIRA NETO, Felipe. *Dano Moral Coletivo*. A configuração e a reparação do dano extrapatrimonial por lesão aos interesses difusos. Curitiba: Juruá, 2014, p. 230.

³⁷ 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, p. 488-489.

3. DOS REFLEXOS DA APLICAÇÃO DOS DANOS MORAIS COLETIVOS NAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS

Dentro desse contexto de violações em massa, é possível visualizar com ainda mais clareza as lesões sistêmicas aos direitos do consumidor. Os consumidores passaram a ser considerados números dentro de um quadro estatístico de que cuida da inadimplência e das rupturas³⁸, e a dificuldade em solucionar os contratempos originados na relação de consumo junto aos fornecedores, faz com que os danos morais alcancem um papel de destaque na atual prática forense.

Ademais, as demandas indenizatórias de natureza extrapatrimonial correspondem a uma parcela significativa dos conflitos que chegam ao Poder Judiciário e não há qualquer perspectiva de que o número de demandas seja alterado no futuro.

Em que pese o volume de conflitos judicializados, constata-se uma indiferença inquietante do Judiciário às pretensões legítimas do consumidor a partir de expressões comumente utilizadas nas decisões como “mero aborrecimento”, “enriquecimento sem causa”, etc.

Todavia, essa resposta do Poder Judiciário às demandas, não só estimula a recorrência da conduta ilícita como também abala gradualmente a qualidade dos institutos protetivos ao consumidor reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Dentre eles, destaca-se os modelos de responsabilidade civil previsto pelo CDC, cuja finalidade social e sua instrumentalidade resta desfigurada visto que a entrega da prestação jurisdicional em patamares indenizatórios aviltantes, ou até com a rejeição de tais pretensões sob a ótica equivocada de mero dissabor, o que acarreta a transferência do risco da atividade econômica para o consumidor.

Portanto, diante dessa conjuntura, de reparações em valores baixos ou de rejeição do pleito indenizatório, a perpetuação da alta litigiosidade pode ser explicada como um reflexo de um número ainda maior de violações de direitos não patrimoniais³⁹.

³⁸ NUNES, Rizzato. *O consumidor tratado como produto e que pode ser desprezado*. Disponível em: << <https://www.migalhas.com.br/ABCdoCDC/92,MI154634,71043-O+consumidor+tratado+como+produto+e+que+pode+ser+desprezado> >> Acesso em: 18 set 2018.

³⁹ PÜSCHEL, Flávia Portella. O problema da “indústria dos danos morais”: senso comum e política legislative. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *Pensar o Brasil: problemas nacionais à luz do direito*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 398.

Ademais, o “mero aborrecimento” reconhece a prática de um ato ilícito que afetou a situação jurídica extrapatrimonial do indivíduo, mas nega que essa interferência seja suficiente para incidir dano moral, por ser uma lesão de pequeno valor.

Essa depreciação valorativa tem dentre um de seus fatores a completa subutilização da jurisdição civil coletiva pelos legitimados extraordinários e a má gestão do Poder Judiciário tradicional no reconhecimento dos interesses transindividuais, que as julga a partir dos mesmos parâmetros interpretativos do obsoleto individualismo jurídico.

Isso porque o legislador atento a supracitada massificação das relações de consumo e a grande litigiosidade decorrentes dessas relações jurídicas, identificou que o lesado não é apenas o indivíduo, mas igualmente a coletividade de consumidores, portanto, disciplinou no Código de Defesa do Consumidor mecanismos necessários à reparação das lesões coletivas: ao prever, no art. 2, caput⁴⁰, a coletividade de consumidores é sujeito de direitos; a sua forma de representação em juízo no art. 82⁴¹; quais são os interesses da coletividade no art. 81⁴²; e a existência do direito material à reparação do dano moral coletivo.

Portanto, ao operador de direito é colocada a disposição uma única ação coletiva que poderá impor ao fornecedor contumaz que faz uso de práticas abusivas a reparação equivalente à estimativa do montante dos danos individuais, ainda que não haja iniciativa pessoal dos consumidores.

Da mesma forma, a Lei também prevê a possibilidade de execução coletiva⁴³. O art. 13 da Lei de Ação Civil Pública⁴⁴ e o art. 99 do Código de Defesa do Consumidor⁴⁵ partem da

⁴⁰ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. BRASIL. Op. Cit., nota 17.

⁴¹ Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público, II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear. Ibid.

⁴² Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Ibid.

⁴³ PASQUALOTTO, Adalberto. *Dignidade do consumidor e dano moral*. Revista de Direito do Consumidor: RDC, São Paulo, v. 26, n. 110, mar./abr. 2017, p. 113.

⁴⁴ Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados. § 1º. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária. BRASIL. Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 25 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L7347orig.htm> Acesso em: 14 set. 2018.

⁴⁵ Art. 99. Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação prevista na Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985 e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão

premissa de que condenações coletivas de cunho pecuniário serão destinadas à fundos públicos, cujos recursos serão utilizados em prol da coletividade. Em seguida, o art. 100 do CDC⁴⁶ prevê a mesma destinação para as condenações que versam sobre direitos individuais coletivos homogêneos quando não executados individualmente pelos titulares.

À luz desses artigos entende-se que a condenação em danos morais coletivos, se materializada em uma obrigação pecuniária, terá como destino um fundo, afastando a tese do enriquecimento sem causa da vítima lesada, pois aquele que foi lesado individualmente poderá executar a sua reparação individual em liquidação e execução da sentença na forma do art. 97 do CDC⁴⁷ e seguintes.

Todavia, ressalta-se que a leitura correta do art. 97 e 98 do CDC para a execução promovida pelos legitimados coletivos é a de que se a reparação individual for possível pela via da execução coletiva, não há óbice para que ela seja feita, não sendo necessário aguardar eventuais execuções individuais. Logo, é possível promovê-la diretamente de forma a efetivar o princípio da economia processual e evitar, conseqüentemente, que inúmeros processos executórios sejam ajuizados quando apenas um seria suficiente.

Igualmente, resta afastada a hipótese *bis in idem* com a execução coletiva e eventual liquidação individual da sentença coletiva posto que temos uma lesão individual e coletiva oriundas de uma mesma conduta e quando a prática de um ato provoca danos à várias pessoas, tem-se diversos ilícitos.

Outrossim, a destinação dos recursos dos fundos tem por fim um benefício social, seja pela adoção de providências reparatorias fluidas⁴⁸ que beneficiam a sociedade indiretamente, seja pela criação de fundos vinculados a cada processo, em que a destinação é estabelecida pelo magistrado e pelo Ministério Público com a participação da sociedade.

Como forma de execução coletiva cuja finalidade é evitar execuções individuais e trazer um benefício mesmo que indireto à coletividade lesada temos como precedente

preferência no pagamento. Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo, a destinação da importância recolhida ao fundo criado pela Lei n.º 7.347 de 24 de julho de 1985, ficará sustada enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas. BRASIL. Op. Cit., nota 17.

⁴⁶ Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida. Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985. Ibid.

⁴⁷ Art. 97. A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82. Ibid.

⁴⁸ MULHERON, Rachel. *The modern cy-près doctrine*. London: Routledge-Cavendish, 2006, p. 150.

paradigma⁴⁹, o caso da cobrança indevida de tarifas de táxi em São Francisco. No caso concreto, o juiz determinou que a reparação do dano se desse por meio de uma redução no valor da cobrança pelo serviço por um determinado período de forma a beneficiar os consumidores do serviço que foram potencial e efetivamente lesados com o ato ilícito, haja vista a dificuldade de identifica-los.

Quanto à vinculação de fundo ao fato que lhe deu origem, um exemplo é o acordo entre o Ministério Público do Trabalho e uma empresa privada que prejudicou diversos trabalhadores com uma contaminação ambiental em Paulínia/SP⁵⁰. A empresa foi responsabilizada e concordou com a criação de um fundo para tratamento médico de doenças relacionadas àquela contaminação.

Sobre o tema, Xisto Tiago de Medeiros Neto⁵¹ afirma que

na hipótese da reparação do dano moral coletivo ou difuso, o direcionamento da parcela pecuniária ao Fundo é de importância indiscutível, por apresentar-se a lesão, em essência, ainda mais fluida e dispersa no âmbito da coletividade. Além disso, tenha-se em conta que a reparação em dinheiro não visa a reconstituir um bem material passível de quantificação e sim a oferecer compensação diante da lesão a bens de natureza imaterial sem equivalência econômica, e sancionamento exemplar ao ofensor, rendendo-se ensejo para se conferir destinação de proveito coletivo ao dinheiro recolhido.

Logo, essa previsão demonstra claramente o caráter preventivo-pedagógico do dano moral coletivo, pois a sua fixação visa o empoderamento dos cidadãos brasileiros, consumidores, a partir de iniciativas educacionais, informativas e modernizadoras com a verba do referido Fundo.

Pelo exposto, é possível extrair como reflexos da técnica processual coletiva a molecularização dos conflitos; a economia processual; redução de custos; a uniformização das decisões; e, a ampliação do acesso à justiça.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a subutilização de instrumentos jurídicos presentes no ordenamento jurídico atual para tutela de direitos

⁴⁹ ALEXANDER, Janet Cooper. *An introduction to classe action procedure in the United States: remarks ar debates over group litigation in comparative perspective*. Disponível em: << www.law.duke.edu/grouplit/papers/classactionalexander.pdf >> Acesso em: 17 set 2018

⁵⁰ JUSBRASIL. Caso MPT x Shell Basf. Disponível em: << <https://pndt.jusbrasil.com.br/noticias/100493300/cas-o-mpt-x-shell-basf-acordo-historico-encerra-maior-acao-da-justica-do-trabalho> >> Acesso em: 17 set 2018

⁵¹ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano Moral Coletivo*. São Paulo: LTr, 2004, p. 177.

constantemente violados. O conflito materializa-se pelas violações sistêmicas aos direitos dos consumidores e a não aplicação do instituto do dano moral coletivo no seu aspecto punitivo-pedagógico e preventivo como instrumento de tutela efetiva dos direitos da coletividade.

De um lado, a tutela tradicional dos direitos individuais que entende que cada indivíduo deve acessar à justiça para buscar a reparação do seu direito lesionado; de outro a tutela coletiva dos direitos que busca uma indenização pelos danos sofridos pela coletividade com a prática do ilícito.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que a tutela individual deve conviver com a tutela coletiva dos direitos.

Na prática, a depender do caso concreto deve-se analisar qual é o instrumento capaz de fornecer a resposta mais adequada diante da conduta ilícita praticada de forma a evitar a sua repetição por aquele que praticou o ato lesivo e potenciais praticantes.

O entendimento a que chegou esta pesquisadora consubstancia-se na ideia de que se não for alterada a prática forense atual as violações aos direitos do consumidor continuarão a crescer e a sobrecarregar o judiciário, pois a resposta permanecerá insatisfatória. Em outras palavras, não há como mudar o panorama atual sem uma mudança dos instrumentos jurídicos empregados e uma releitura da aplicação do direito positivado.

Quanto à questão que se descortinou ao longo do segundo capítulo, a de verificar que a omissão legislativa quanto ao método de quantificação do dano não é empecilho ao magistrado, uma vez que esse pode extrair do ordenamento parâmetros para avaliar a conduta praticada e dano causado com aquele ato para fundamentar sua decisão.

Ademais, diante dos argumentos jurídicos bem fundamentados, sustentados não apenas em fontes positivadas, mas em fundamentos jurídicos presentes nas mais diversas fontes do ordenamento jurídico, especialmente os princípios, é possível verificar a necessidade de aplicação de aplicação da função punitiva-pedagógica e preventiva dos danos morais que visam reparar interesses coletivos.

O principal argumento usado por esta pesquisa, para a solução dessa questão, sustentou-se na premissa de que a coletividade é tanto vítima como o indivíduo nas violações aos direitos consumeristas e ao fazer uso dos instrumentos de tutela coletiva concretiza-se princípios como da dignidade humana, dimensão coletiva e economia processual.

A aplicação completa das funções da reparação de danos deve ser valorizada não apenas na Academia, ou como matéria doutrina, mas deve ser reconhecida e empregada nos diversos Tribunais que compõem o Poder Judiciário a fim de consagrar uma resposta efetiva e

eficaz à sociedade e aos indivíduos que dela fazem parte. O magistrado deve saber conciliar os direitos e deveres das partes de forma a elaborar uma decisão, devidamente fundamentada e que gerem pacificação do conflito.

Assim, esta pesquisa pretende sustentar, portanto, que a aplicação dos danos morais coletivos diante das violações sistêmicas aos direitos do consumidor não pode continuar a ser subutilizada, sob pena de agravar substancialmente os conflitos dentro da sociedade de consumo. Bem como, na aplicação do dano moral coletivo a indenização deve observar todas as suas funções, em especial a função punitiva-preventiva.

Ficou evidente, por essas razões, que a proposta do autor consiste na tese de que não há outro caminho para impedir as violações sistêmicas aos direitos do consumidor senão sob argumentos fundados nos valores e direitos coletivos.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Janet Cooper. *An introduction to classe action procedure in the United States: remarks ar debates over group litigation in comparative perspective*. Disponível em: << www.law.duke.edu/grouplit/papers/classactionalexander.pdf >> Acesso em: 17 set 2018

BONNA, Alexandre Pereira. *Punitive damages (Indenização Punitiva) e os danos em massa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça* (tradução de Ellen Gracie Northfleet), Porto Alegre: ed. Sergio Antonio Fabris, 2002.

_____. *Formações cit.*, p. 130, Barbosa Moreira. *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*. In, Revista de Processo, n. 61, janeiro a março de 1991.

_____. *The judicial process in comparative perspective*. Oxford, New York: Clarendon Press, 1989. “*Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça Civil*”. (tradução por Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos), in *Revista de Processo*, São Paulo, n. 5, jan-mar/1977.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. rev. e. ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

CHAUI, Marilena de Souza. *Convite à filosofia*. 6. ed. São Paulo: Ática, 1997.

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

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de Processo Coletivo*. São Paulo: ed. Atlas, 2010.

LACERDA, José Gutemberg Gomes. *Dano Moral sob Perspectiva dos Direitos Fundamentais*. Belo horizonte: Del Rey, 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.

LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

MEDEIRO NETO, Xisto Tiago. *Dano Moral coletivo*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2012.

MORAIS, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. *Direito, Estado e Sociedade*. v. 9. n. 29. julho/dezembro, 2006.

MULHERON, Rachel. *The modern cy-près doctrine*. London: Routledge-Cavendish, 2006.

NUNES, Rizzatto. *O consumidor tratado como produto e que pode ser desprezado*. Migalhas. Disponível em: << <https://www.migalhas.com.br/ABCdoCDC/92,MI154634,71043-O+consumidor+tratado+como+produto+e+que+pode+ser+desprezado> >> Acesso em: 18 set 2018.

PASQUALOTTO, Adalberto. Dignidade do consumidor e dano moral. *Revista de Direito do Consumidor*: RDC, São Paulo, v. 26, n. 110, mar./abr. 2017.

PÜSCHEL, Flávia Portella. O problema da “indústria dos danos morais”: senso comum e política legislative. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *Pensar o Brasil: problemas nacionais à luz do direito*. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRIGUES, Viviane Siqueira. *O Processo Coletivo para a Defesa dos Direitos Individuais Homogêneos*. São Paulo, 2012, p. 38.

ROSEVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do Dano Moral no Código Civil. In: *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

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. *Dano Moral*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Defesa de Direitos Coletivos e Defesa Coletiva de Direitos*. Revista de processo. v. 20, n. 78. 1995.

_____. *Processo Coletivo*. 3. ed. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2008.