

**DOUGLAS DOS SANTOS RIBEIRO**

**O DANO MORAL COLETIVO NAS RELAÇÕES DE  
CONSUMO**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*  
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

**São Paulo**

**2012**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

**CURSO DE DIREITOS DAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

**COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO  
E EXTENSÃO - COGEAE**

**COORDENADOR: Dr. FREDERICO COSTA CARVALHO NETO**

**ESPECIALIZANDO:**

**DOUGLAS DOS SANTOS RIBEIRO**

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

*Monografia apresentada com intuito de obtenção de título de Especialista em Direitos das Relações de Consumo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP, coordenado pelo Prof. Frederico de Costa Carvalho Neto.*

**São Paulo**

**2012**

## DEDICATÓRIA

*Dedico esse trabalho à minha esposa  
Eliane, grande amor da minha vida.*

## **AGRADECIMENTOS**

*Agradeço à minha família por todo o amor e carinho recebido.*

## SUMÁRIO

1. Introdução .....	06
2. Principais aspectos sobre a responsabilidade civil e o dever de reparar .....	09
2.1 Da adoção da teoria da responsabilidade objetiva nas relações de consumo..	14
3. O dano moral coletivo .....	16
3.1 Conceito e função .....	18
3.2 Fundamento jurídico .....	21
4. Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos .....	29
4.1 Dano moral coletivo e os direitos difusos .....	31
4.2 Dano moral coletivo e os direitos coletivos <i>stricto sensu</i> .....	34
4.3 Dano moral coletivo e os direitos individuais homogêneos .....	39
5. Da comprovação de existência do dano moral coletivo.....	45
6. O problema da quantificação do dano moral .....	48
7. Da legitimidade ativa para se requerer indenização a título de danos morais coletivos.....	51
8. Fundo de direito difuso .....	57
Considerações Finais.....	60
Bibliografia .....	63

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto de estudo o instituto do dano moral coletivo, que será analisado sobre a perspectiva da responsabilidade civil dos fornecedores em face dos interesses e direitos da coletividade, considerando-a em sua dimensão difusa, coletiva *stricto sensu* e individual homogênea, conforme definido pelo art. 81 do Código de Defesa do Consumidor.

É importante que se faça a análise do instituto do dano moral coletivo tendo se em conta as evoluções das relações sociais e sua influência na seara jurídica, desde o surgimento dos direitos individuais do século XVIII até o presente momento.

Se a Idade Moderna foi caracterizada pelo início do mundo industrializado, no qual se buscou afirmar valores individuais da pessoa humana, como a liberdade e igualdade, como fator limitativo à intervenção do então vigente regime Absolutista; a pós-modernidade, por sua vez, é caracterizada pela era das grandes corporações industriais e econômicas e pela massificação das relações sociais e comerciais, na qual há uma progressiva valorização dos interesses coletivos em face dos individuais, sendo que os últimos não mais podem ser exercidos e reivindicados nos moldes em que foram consagrados na Idade Moderna.

Assim, pode-se afirmar que se a modernidade foi marcada no campo jurídico pelo surgimento dos direitos de primeira geração, consagrando os direitos individuais, fortemente impregnados pelos princípios da liberdade contratual, da *pacta sunt servanda* e prevalência da autonomia da vontade em face dos interesses de terceiros; a pós-modernidade, de outra maneira, é influenciada pelos direitos de terceira geração, em que há nítida mitigação dos interesses individuais em favor da manutenção de interesses e direitos de natureza coletiva, de modo que até os cânones do direito de primeira geração, acima citados, são relativizados por meio de cláusulas gerais que preservem os interesses da coletividade, como a busca do equilíbrio contratual, função social do contrato, boa-fé objetiva, etc. Em matéria de relação de consumo, podemos destacar ainda como regras que protegem o interesse coletivo: proibição de publicidade enganosa e abusiva, a nulidade de cláusulas abusivas, proteção dos dados

cadastrais dos consumidores, a equiparação ao consumidor de todos aqueles expostos às práticas comerciais, etc.

Vislumbra-se com essa nova ‘diretriz’ jurídica que o rol de direitos de natureza coletiva tende a ser ampliado, seja por expressa previsão legal ou por meio de interpretação extensiva da norma vigente, havendo a necessidade de se criar instrumentos processuais que garantam a efetiva reparação aos danos sofridos pela coletividade.

Nesse passo, a proteção aos direitos de natureza coletiva se dará por meio de *ações coletivas*, destacando-se a Lei. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). No âmbito material, merece reverência a possibilidade de se requerer através das ações coletivas o pedido de indenização por dano moral coletivo, no qual o demandante poderá requerer a condenação do agente ofensor, independentemente de ser possível identificar os sujeitos que foram lesados.

Nesse sentido, vale esclarecer que os critérios utilizados para caracterização do dano moral coletivo são diversos dos utilizados para caracterização do dano moral individual, não podendo haver confusão entre os dois institutos. O dano moral individual sempre deverá ser individualizado, seja para a correta e certa identificação da pessoa lesada, seja para a mensuração do dano sofrido. Já para os casos de dano moral coletivo, nem sempre será possível identificar as pessoas lesadas, como ocorre nos casos de danos de natureza difusa, o que impossibilitaria por via reflexa que se quantificasse a extensão do dano. Outro fator que distancia o dano moral individual do coletivo é a chamada legitimação autônoma, de alguns entes públicos e privados, para se pleitear o segundo, o que evidencia que a intenção do legislador é justamente evitar a necessidade de ações individuais para a tutela de interesses que venham a pertencer à coletividade.

Releva dizer ainda que para a caracterização do dano moral individual, tanto doutrina quanto jurisprudência exigiu num primeiro momento a ocorrência de abalo à psique do ofendido, o que na prática se mostrava de difícil mensuração. Já em momento posterior, aceitou-se a existência de ofensa aos direitos da personalidade como requisito necessário ao ensejo de dano moral, não se exigindo a necessidade de comprovação do referido abalo

emocional. No entanto, para todos os casos, a existência do dano moral individual ficará sujeita à predeterminação do sujeito e à divisibilidade do objeto, requisitos não exigidos para configuração de dano moral coletivo, dispensando-se, inclusive, a existência de abalo à psique dos sujeitos, posto que tal exigência seja ilógica na medida em que os sujeitos podem ser indeterminados.

A ocorrência de dano moral coletivo repousa no que Xisto Tiago de Medeiros Neto chamou de *dano injusto*<sup>1</sup>, agasalhando tanto os danos à personalidade da coletividade quanto os danos de natureza patrimonial, que sejam de relevância social. A relevância social poderá ser mensurada seja em razão do valor social, em si considerado, que determinado bem representa para coletividade ou em função da quantidade de pessoas que foram lesadas, o que incluiria os danos de natureza patrimonial. É salutar mencionar que algumas lesões praticadas pelos grandes agentes econômicos podem ser consideradas de pouca relevância social ou econômica, quando avaliadas do ponto de vista individual, mas que quando analisadas sob o prisma da coletividade, percebe-se que o dano ganha outras proporções, ou seja, relevância social. A título de exemplo, podemos dizer que uma instituição financeira que cobre indevidamente uma tarifa de apenas R\$ 1,00 (um real) a todos os seus correntistas não estará necessariamente causando um dano de relevância econômica e social, quando se avaliado sob a perspectiva de cada indivíduo; em contrapartida, pode-se dizer que a repercussão coletiva de tal prática abusiva no mercado de consumo é de clara relevância social, podendo ensejar a intervenção dos legitimados a propor ação coletiva, a fim de suspender tal cobrança, podendo, também, exigir a repetição de indébito a cada indivíduo e indenização a título de dano moral coletivo.

Resta evidente que o instituto do dano moral coletivo possui importante função na proteção dos direitos e interesses coletivos, servindo de instrumento de coerção contra os fornecedores que causem danos à coletividade, sendo clara evolução legislativa e doutrinária, que sobrepõe os direitos e interesses coletivos em face dos direitos e valores individualistas, consagrados pelo “direito tradicional” – que não mais atende à realidade social e jurídica das relações massificadas.

---

<sup>1</sup> NETO, Xisto Tiago Medeiros. *Dano moral coletivo*. p. 31

Dessa forma, o instituto em questão constitui importante instrumento na proteção aos interesses coletivos, como forma de corrigir e limitar as distorções provocadas pelos grupos econômicos no mercado de consumo, resguardando os interesses dos consumidores, acertadamente considerados como vulneráveis pela legislação consumerista.

## **2. PRINCIPAIS ASPECTOS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL E O DEVER DE REPARAR**

A responsabilidade civil encontra-se entre os temas mais dinâmicos do direito, perpassando por constante modificação com o passar do tempo. A sua evolução está diretamente relacionada às mudanças pela qual a própria sociedade veio a sofrer, sobretudo, a partir do século XVIII, pois “A Revolução Industrial e Tecnológica, contribuíram de forma marcante para essa modificação, tendo por base de consequência, a massificação da sociedade e do consumo”<sup>2</sup>.

Essas mudanças incluem a adesão à teoria da responsabilidade subjetiva como regra geral de nosso ordenamento jurídico, que por vezes é mitigada pela teoria da responsabilidade objetiva, como ocorre no parágrafo único do art. 927 do Código Civil: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

No mais, há diplomas legais que adotam como regra a teoria da responsabilidade civil objetiva, sendo a responsabilidade civil subjetiva a exceção, sobretudo nos casos que envolvam relações de consumo, danos praticados pelos órgãos públicos aos cidadãos e danos ambientais.

---

<sup>2</sup> JORGE, Flávio Cheim. *Responsabilidade civil por danos difusos e coletivos sob a ótica do consumidor*. p. 478.

Nesse sentido, cumpre esclarecer que a teoria da responsabilidade subjetiva foi criada inicialmente para dirimir conflitos entre particulares, pessoas senão iguais, ao menos próximas, enquanto que a teoria da responsabilidade objetiva foi inserida no ordenamento jurídico em função das novas relações sociais, que demandam um novo tratamento jurídico, que considere entre outros aspectos a eventual desigualdade material ou processual entre as partes e o interesse jurídico tutelado.

Dito isso, é de se questionar a funcionalidade da teoria da responsabilidade subjetiva numa sociedade de consumo massificado, que se afasta cada vez mais das relações paritárias, que deram lugar aos grandes aglomerados econômicos, que distribuem seus produtos e serviços conforme seus interesses e objetivos mercadológicos.

Nesse contexto, a adoção da teoria da responsabilidade civil objetiva pelo Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, como regra geral para as relações de consumo, constitui clara evolução jurídica, posto que “é demais forçoso impor ao consumidor, provar que o fornecedor é o culpado pelo acidente, ou pela notícia veiculada pela publicidade, ou então, que agiu com imperícia ao produzir determinado produto”<sup>3</sup>.

Assim, com a evolução das relações sociais e jurídicas – do individualismo preconizado pelo Código Civil Napoleônico aos direitos coletivos de terceira geração – houve uma progressiva evolução na teoria da responsabilidade civil, que aos poucos transferiu sua preocupação para a pessoa que fora lesada, desfocando, em certa medida, o caráter subjetivo ou culposos da conduta do ofensor, conforme assinala Maria Celina Bodin:

O Direito Civil atual inverteu o polo e concentra-se na pessoa da vítima, considerando que, se alguém sofreu um dano imerecido, faz jus, em princípio, à indenização. Houve, portanto, como já tantas vezes sublinhado a inversão do fundamento geral de responsabilidade, que hoje tem por princípio geral a ideia de que ‘a vítima não pode ficar irressarcida’, em lugar da máxima que vigia anteriormente na matriz liberal, isto é, ‘nenhuma responsabilidade sem culpa’.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> JORGE, Flávio Cheim. *Op.cit.*, p. 480.

<sup>4</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. p. 130-131.

É importante destacar que tal evolução consistiu no combate ao chamado ‘*dano injusto*’, que é avaliado sobre a ótica do lesado, que deve ter seus direitos protegidos, independentemente de a ação ou omissão lesiva violar expressamente alguma disposição legal<sup>5</sup>. Outro ponto que também merece destaque é que o lesado deve ser considerado e protegido não apenas na esfera individual, mas também na coletiva, o que significa dizer que os danos patrimoniais e extrapatrimoniais também podem ser sofridos pela coletividade.

Carlos Alberto Bittar Filho bem retrata a transformação a qual sofreu a teoria da responsabilidade civil, que caminha no sentido de proteger a coletividade, reconhecendo, inclusive, a ocorrência de dano moral coletivo, objeto do presente estudo:

[...] o direito vem passando por profundas transformações, que podem ser sintetizadas pela palavra “socialização”. Efetivamente, o direito como um todo – e o Direito Civil não tem sido uma exceção – está sofrendo, ao longo do presente século, profundas e paulatinas mudanças, sob o impacto da evolução da tecnologia em geral e das alterações constantes havidas no tecido social. Todas essas mutações têm direção e sentido certos: conduzem o Direito ao primado claro e insofismável do coletivo sobre o individual. Como não poderia deixar de ser, os reflexos desse panorama de mudança estão fazendo-se sentir na teoria do dano moral, dando origem à novel figura do dano moral coletivo, objeto específico do presente estudo.<sup>6</sup>

Assim, com a mencionada “socialização” do direito, o dano coletivo será protegido com fundamento no *dano injusto*, implicando na mitigação da teoria da culpa subjetiva, que cede lugar nas relações de consumo para a responsabilidade objetiva, pois é notório que em se tratando de relações massificadas, como as de consumo, a adoção da teoria da responsabilidade civil subjetiva se torna insuficiente para solucionar as demandas, sobretudo no que tange a necessidade de se comprovar a conduta lesiva do fornecedor. Por conseguinte, a teoria da responsabilidade civil objetiva se revela a mais adequada quando se trata de relações de consumo.

---

<sup>5</sup> NETO, Xisto Tiago Medeiros. *Op. cit.*, p. 31.

<sup>6</sup> BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro*. p. 49.

No que tange aos seus pressupostos, a imputação de responsabilidade civil objetiva a determinado agente em face de outro predispõe a existência de três requisitos: a) conduta antijurídica (comissiva ou omissiva); b) a existência de dano (material ou moral); e c) o nexo causal entre os dois elementos anteriores.

Deve-se pontuar que a conduta antijurídica teve seu conceito ampliado, para alcançar não apenas aqueles atos/omissões que violem expressamente a lei, incluindo-se também aqueles atos/omissões que contrariem os interesses e direitos de terceiros, residindo aí sua ilicitude. Nesse passo, a harmonia social ganha espaço em detrimento do individualismo, o que é muito bem representado juridicamente pela figura do abuso de direito, prevista no art. 187 do Código Civil de 2002<sup>7</sup>, que consiste resumidamente no exercício “exacerbado” de um direito, que se torna ilícito na medida em que ameaça o direito de terceiros. Vale ressaltar ainda que nos casos de abuso de direito, a responsabilidade civil será objetiva, conforme Enunciado 37 d CEJ: “A responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

No que se refere ao dano, a sua consequência lógica é a necessidade de reparação ao lesado, pois a conduta lesiva deve ser sancionada em face daquele que se comporta contrário ao ordenamento jurídico vigente, ofendendo direito alheio, conforme expõe Xisto Tiago de Medeiros Neto:

Em resumo, na ideia estrutural da responsabilidade civil, observa-se, em primeiro, um dever jurídico originário, preexistente, de se agir em conformidade com a lei e os princípios-vetores do ordenamento, e, em segundo, como consequência disso, potencializa-se uma outra obrigação, atinente ao dever de reparação integral dos danos gerados à esfera dos bens e interesses alheios, diante da violação daquele primeiro dever, que se materializou pela prática de ato ilícito, em desacordo com o Direito.<sup>8</sup>

Com isso, conclui-se que o instituo da responsabilidade civil emana seus efeitos tanto em favor do lesado - que deverá ter a reconstituição da esfera jurídica ofendida ou ao

---

<sup>7</sup> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

<sup>8</sup> *Op. cit.*, p. 21.

menos uma recompensa pelos danos sofridos – como em face do lesante – que sofrerá uma sanção, que resulta em efeito pedagógico, seja no âmbito dos direitos individuais quanto coletivos – conforme expõe Carlos Alberto Bittar:

Sob prisma do interesse coletivo, prende-se ao sentido natural de defesa da ordem constituída e, sob o do interesse individual, à conseqüente necessidade de reconstituição da esfera jurídica do lesado, na recomposição ou na compensação dos danos sofridos. De outra parte, sob o ângulo do lesante, reveste-se de nítido caráter sancionatório, ao impor-lhe a submissão, pessoal ou patrimonial, para a satisfação dos interesses lesados. Serve, também, sob o aspecto da sanção, como advertência à sociedade, para obviar-se a prática do mal.<sup>9</sup>

Mas no que pertine à efetiva reparação do dano, esta poderá ficar prejudicada, posto que nem sempre seja permitida a volta ao *status quo ante*, sobretudo quando se tratar de direitos de natureza coletiva. A título de exemplo, podemos dizer que o dano decorrente de uma publicidade abusiva que incite a violência ou dissemine o preconceito contra determinado grupo social não poderá ser devidamente reparado, a ponto de se retornar ao *status quo ante*, ainda que se promovam posteriormente campanhas em sentido contrário à publicidade abusiva.

Não obstante, a impossibilidade de recompor fielmente o bem jurídico ameaçado, não impede o jurista de adotar medidas coercitivas ao lesante, sobretudo na esfera coletiva, pois os efeitos de eventual condenação em danos morais coletivos extrapolam os limites da reparabilidade do dano, a fim de exercer clara função pedagógica-punitiva em face do ofensor e proteger interesse relevante, pois

[...] o objetivo de se prever, ao lado da possibilidade de indenização pelos danos materiais, a condenação por dano moral coletivo só encontra justificativa pela relevância social e interesse público inexoravelmente associados à proteção e tutela dos direitos metaindividuais”.<sup>10</sup>

No que se refere, mais precisamente ao dano moral coletivo, a sua ocorrência se dará fundamentalmente em razão da relevância jurídico-coletiva do bem, para determinada

---

<sup>9</sup> Referência destacada da obra *Introdução histórica ao direito*, de John Gilisen, p. 753.

<sup>10</sup> BESSA, Leonardo Roscoe. *Dano Moral Coletivo*. p. 506.

coletividade, cabendo ao operador do direito criar e aperfeiçoar os instrumentos de proteção coletiva, evitando os danos em larga escala, além de distorções no mercado de consumo.

## **2.1 DA ADOÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

O CDC utiliza como regra geral a teoria da responsabilidade objetiva<sup>11</sup> em face do fornecedor que ofender direitos do consumidor, excluindo de tal regra tão somente os profissionais liberais<sup>12</sup>, conforme expresso no §4º do art. 14 do referido diploma: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

A adoção da teoria da responsabilidade objetiva está inserida no contexto do consumo massificado, no qual a necessidade de se comprovar a culpabilidade para todos os casos em que há lesão, se mostraria inviável e empecilho à verdadeira efetivação dos direitos do consumidor, bem como entrave ao progresso social e jurídico. Além disso, como já explanado anteriormente, com a socialização do direito, se tornou imperioso o ressarcimento das perdas oriundas do chamado dano injusto.

---

<sup>11</sup> Como bem esclarecido no artigo escrito por Maria da Glória Villaça Borin Gavião de Almeida e Ricardo Morishita Wada: “Sempre que alguém causa dano a outrem surge, como consequência, a sua responsabilidade pelos prejuízos proporcionados. É o que dá ensejo à responsabilidade civil.

Quando a obrigação nasce de uma relação de consumo, aplicam-se as regras do Código de Defesa do Consumidor, no qual não se questiona, como no Direito Civil Clássico, se a responsabilidade adveio da celebração de um contrato ou não. Seja contratual ou extracontratual, a responsabilidade será sempre objetiva.

O Código de Defesa do Consumidor traça alguns direitos básicos, em sua parte geral, que fixarão os parâmetros de toda a responsabilidade civil. Desse modo, toda vez que, na relação de consumo, ocorrer um dano à saúde e à segurança do consumidor, surge a obrigação de reparar aquele prejuízo. (*Os sistemas de responsabilidade no CDC*. In: Revista de Direito do Consumidor, v. 5. p. 549)

<sup>12</sup> Acerca do tema, explicita Viviane Coelho de Séllos: “Quanto à responsabilidade dos fornecedores no CDC, esta é objetiva, sem apuração de culpa ou dolo. Salvo a dos profissionais liberais, que recebem tratamento diferenciado e continua como no direito tradicional, baseada na culpa.

Sua responsabilização só ocorrerá quando for comprovado ter havido negligência, imperícia ou imprudência pela ocorrência de danos.”

E ainda conclui a doutrinadora: “[...] o CDC não permite que se diferenciem os profissionais liberais uns dos outros, negando sua classificação de acordo com o tipo de atividade que desempenham.

Destarte, alega que basta ser profissional liberal para que a responsabilidade dependa da apuração de culpa, cabendo a responsabilidade objetiva apenas para outros níveis de fornecedores” (*Responsabilidade do profissional liberal pelo fato do serviço*. In: Revista de Direito do Consumidor, v. 5. p. 312-314)

A consequência lógica que decorre da adoção da teoria da responsabilidade objetiva é que basta que reste provado que determinado agente causou dano – comissivo ou omissivo –, bem como o nexo causal entre o dano e a conduta do agente, para que o ofensor seja obrigado a reparar o bem jurídico lesado.

A adoção da teoria da responsabilidade objetiva para as relações de consumo constituiu verdadeira mudança do norte jurídico brasileiro, em que o sistema legal se preocupou de forma mais direta com aquele que teve seu bem jurídico ameaçado, direcionando seus esforços para o ressarcimento e proteção do lesado, independentemente da existência de culpa do ofensor. Essa alteração do raciocínio jurídico ganhou força prática na promoção dos direitos do consumidor, posto que pouco adiantaria criar um arcabouço de direitos e utilizar-se da teoria da responsabilidade subjetiva.

O reconhecido civilista, Orlando Gomes, chega a mencionar que:

É incontestável, todavia, a erosão dos princípios tradicionais da responsabilidade baseada na culpa. Embora se continue a cogitar de suas necessidades, propende-se para a responsabilidade fundada no risco por ser o modo mais eficiente para garantir a todo o consumidor prejudicado uma reparação pronta do dano que sofreu.  
[...] impõe-se medidas, principalmente adotadas em lei, que criem instrumentos idôneos ao exercício da função preventiva, como, por exemplo, a que impeça a repetição do comportamento danoso, a que amplie a legitimação de agir, concedendo-a v.g., a associações de consumidores, a que favoreça o acesso à Justiça, pela facilitação da propositura de ações aos consumidores, inclusive o de reparação do dano causado por produto defeituoso, a tribunais especiais, a colégios arbitrais, a comissão parajudiciais e tantas outras.<sup>13</sup>

E para os danos de natureza metaindividual, incluindo-se o dano extrapatrimonial coletivo<sup>14</sup>, o critério de responsabilização objetiva do agente será o mesmo do utilizado para os danos individuais, inclusive pelo fato de que a comprovação de existência de dano à

---

<sup>13</sup> GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil do fabricante*. In: Revista de Direito do Consumidor, v. 5. p. 250-253.

<sup>14</sup> Assevera Xisto Neto: “A responsabilidade pela reparação do dano moral coletivo é direta, sendo imputada ao agente que praticou o ato ilícito ou abusivo, independentemente de culpa, à vista da responsabilização objetiva evidenciada neste campo.” (*Op. cit.*, p. 351)

coletividade se mostra mais difícil, devendo o jurista presumir sua ocorrência, assim que identificar a existência de dano, conduta ilícita e o interesse social pelo respectivo bem jurídico ameaçado.

### 3. DO DANO MORAL COLETIVO

O dano moral coletivo é tema ainda pouco explorado no mundo jurídico e vem tomando forma através da construção doutrinária e jurisprudencial, que ainda não desenvolveu o tema de forma plena a ponto de arraigá-lo na mente dos juristas brasileiros, que de certa forma ainda estão ligados aos conceitos e valores do civilismo do século XIX, de cunho eminentemente individualista.

Apesar das relações de consumo serem massificadas e a existência dos danos decorrentes dessas relações expandirem seus efeitos, em muitas oportunidades, à coletividade, ainda assim pode ser considerada insipiente a existência de condenações a título de dano moral coletivo.

Nota-se que o instituto do dano moral coletivo ainda é pouco debatido em nossos Tribunais, o que pode ser atribuído: à inércia dos entes legitimados a propor ação coletiva, que se utilizam timidamente de tais ações; à nossa tradição jurídica, relacionada ao pleito de direitos de natureza individual; bem como ao efetivo desconhecimento do instituto, que nem sempre é bem delimitado, sendo por vezes confundido com o dano moral individual. Essa dificuldade em delimitar o tema pode ser atribuída à impropriedade da denominação *dano moral coletivo*<sup>15</sup>, a qual remete indubitavelmente à noção de dano moral individual<sup>16</sup>.

A suposta correlação entre o dano moral, individualmente considerado e o dano moral coletivo, induz o jurista, num primeiro momento, a crer que a existência do dano moral

---

<sup>15</sup> Vale pontuar que melhor se adequaria a utilização da denominação “dano extrapatrimonial coletivo” ao invés de “dano moral coletivo”, pois essa última possui uma conotação redutora, haja vista que sua gênese está relacionada à ideia de dor psíquica, a qual a prova do dano moral individual teve submetido num primeiro momento do desenvolvimento doutrinário.

<sup>16</sup> BESSA, Leonardo Roscoe. *Op. cit.*, p. 492.

coletivo possa estar sujeita à prova de existência de algum dano na esfera do sentir, o que prejudicaria, certamente, a certeza de sua ocorrência. Nesse ponto, André de Ramos Carvalho chamou a atenção para o fato de que “O ponto-chave para a aceitação do chamado dano moral coletivo está na ampliação de seu conceito, deixando de ser dano moral um equivalente da dor psíquica, que seria exclusivamente de pessoas físicas”<sup>17</sup>.

Importa destacar o posicionamento de Leonardo R. Bessa, que adverte para a necessidade da doutrina estabelecer fundamentos jurídicos próprios para os direitos metaindividuais, que possuem racionalidade diversa da aplicada aos direitos individuais:

Outro 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 [...] Em face da exagerada simplicidade com que o tema foi tratado legalmente, a par da ausência de modelo teórico próprio e sedimentado para atender aos conflitos transindividuais, faz-se necessário construir soluções que vão utilizar, a um só tempo, de algumas noções extraídas da responsabilidade civil, bem como de perspectiva própria do direito penal.<sup>18</sup>

O posicionamento do mencionado autor é de suma importância, pois a submissão da aplicabilidade do dano moral coletivo a critérios específicos do dano moral individual pode ocasionar a negação de existência do primeiro, pois como alertado por Xisto Neto:

A corrente de pensamento que negava a possibilidade de reparação do dano moral utilizava, dentre os argumentos empunhados para afastar a respectiva tutela, exatamente a inexistência do conteúdo econômico da lesão e de um padrão próprio de verificação de sua extensão, assim como a inviabilidade de se ter pautas preestabelecidas de valoração do respectivo dano.<sup>19</sup>

Mas apesar de alguns equívocos e incertezas acerca da delimitação dos direitos metaindividuais e do dano moral coletivo, houve uma evolução do instituto, que já é aceito por nossos tribunais, o que contribui para nossa evolução jurídica e social, pois André de

---

<sup>17</sup> CARVALHO, André Ramos. *Ação civil pública e o dano moral coletivo*. p. 82.

<sup>18</sup> BESSA, Leonardo Roscoe. *Op. cit.*, 492-502

<sup>19</sup> *Op. cit.*, p. 93.

Carvalho Ramos já afirmava que “a proteção dos valores morais não está restrita aos valores morais individuais da pessoa física. Com efeito, outros entes possuem valores morais próprios, que se lesados, também merecem reparação pelo dano moral”<sup>20</sup>.

### 3.1 CONCEITO E FUNÇÃO

O dano moral coletivo ou dano extrapatrimonial coletivo está diretamente relacionado à tutela de direitos coletivos *lato sensu* e possui a função de prevenir e punir aquele que violar direitos e valores metaindividuais, extrapatrimoniais, de relevância social, conforme assevera a melhor doutrina:

[...] dano moral coletivo corresponde à lesão injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados pela coletividade, considerada em seu todo ou em qualquer de suas expressões (grupos, classes, categorias de pessoas), os quais se distinguem pela natureza extrapatrimonial e por refletir valores e bens fundamentalmente tutelados pelo sistema jurídico.<sup>21</sup>

[...] 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 há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*).<sup>22</sup>

Há que se observar que o instituto do dano moral coletivo possui função reparatória e preventiva, o que denota seu caráter pedagógico/punitivo, na medida em que se utiliza do princípio da prevenção para evitar a ocorrência de novos danos de mesma natureza. Além disso, resta claro no mencionado instituto a existência de intersecção de elementos do direito civil (reparação) com elementos típicos do direito penal (punição do infrator):

---

<sup>20</sup> *Op. cit.*, p. 82

<sup>21</sup> NETO, Xisto Tiago Medeiros. *Op. cit.*, p. 170.

<sup>22</sup> BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 55

Especificamente em relação à positivação do denominado *dano moral coletivo*, a função é, mediante a imposição de novas e graves sanções jurídicas para determinadas condutas, atender ao princípio da prevenção e precaução, de modo a conferir real e efetiva tutela ao meio ambiente, patrimônio cultural, ordem urbanística, relações de consumo e a outros bens que extrapolam o interesse individual. É evidente, portanto, neste aspecto, a aproximação com a finalidade do direito penal, pois “a característica do ordenamento jurídico penal [...]”<sup>23</sup>

Esse caráter preventivo-repressivo ou pedagógico-punitivo do instituto do dano moral coletivo visa à proteção de direitos/interesses<sup>24</sup> socialmente relevantes, quando eles são injustamente ofendidos, o que nos leva à conclusão de que a condenação em dano moral coletivo tem o escopo de servir como desestímulo ao lesante, a fim de que se evitem novas violações a valores coletivos.

Insta ainda divagar de forma mais detalhada sobre o que seria a função pedagógico-punitiva do instituto do dano moral coletivo e qual sua relação com a função reparatória, ou seja, ao se aplicar uma sanção em valor suficiente a “recompor”<sup>25</sup> o bem lesado estaria se cumprindo a função pedagógico-punitiva?

---

<sup>23</sup> BESSA, Leonardo Roscoe. *Op. cit.*, p. 506.

<sup>24</sup> “necessário assentar que o uso de termos ‘interesses’ e ‘direitos’, como se fossem sinônimos, na cabeça do art. 81 do CDC e art. 21 da Lei da Ação Civil Pública, merece os devidos encômios, pois se ‘evitou criar um espaço negativo relativamente à tutela dos valores que se pretende proteger, bem se afasta a automática vinculação entre a palavra ‘direito’ e a ideia dos direitos subjetivos (interesses juridicamente protegidos), historicamente concebidos para serem titularizados unicamente por sujeitos singulares. ‘A definição pela qual fez opção o legislador não é senão o resultado de algumas décadas de discussões que a antecederam.’ (COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Dano moral (extrapatrimonial) coletivo*. p. 51)

Rizzato Nunes sintetiza sobre o assunto: “Tem que se entender ambos os termos como sinônimos, na medida em que ‘interesse’, semanticamente em todos os casos, tem sentido de prerrogativa e esta é exercício de direito subjetivo. Logo, direito e interesse tem o mesmo valor semântico: direito subjetivo ou prerrogativa, protegidos pelo mesmo sistema jurídico. (*Curso de direito do consumidor*. p. 787)

<sup>25</sup> Vale relatar a lição de Xisto Neto acerca da possibilidade de se reparar ou recompor o dano sofrido pela coletividade: “É necessário pontuar, assim, que, nas hipóteses de configuração de dano moral coletivo, não há que se falar propriamente em reparação direta em favor da coletividade, como se se visasse a recompor, ou mesmo a compensar a lesão havida, porque tal situação é inconcebível no campo dos interesses transindividuais, uma vez que é inviável alcançar e apreender toda a dimensão e extensão da lesão coletiva, também não se podendo identificar precisamente os indivíduos integrantes da coletividade, pela sua indeterminabilidade.” (*Op. cit.*, p. 202).

Leonardo R. Bessa menciona em sua obra que a indenização por si só já possui natureza punitiva, ao asseverar que “tomando-se uma acepção mais ampla do termo sanção, coincidente como reação do ordenamento jurídico, é evidente que a indenização, mesmo quando do exato tamanho do dano, possui caráter punitivo”<sup>26</sup>.

Em que pese a boa lógica jurídica do posicionamento supracitado, não se pode concordar que a mera recomposição ao *status quo ante* ou indenização no *exato tamanho do dano* significa dizer que a função pedagógico-punitiva foi cumprida, posto que a função indenizatória deva ser diferenciada da punitiva. A função indenizatória está restrita ao ressarcimento em pecúnia, referente ao valor do bem lesado ainda que o mesmo seja imaterial, e, a função punitiva se consolida com o acréscimo de valor ao bem que fora lesado, ou seja, a função punitiva inclui o valor da indenização mais um acréscimo, que visa desestimular o infrator a repetir o dano, o que demonstra a influência norte-americana da doutrina do *punitive damages* para os casos de dano moral coletivo, assim resumida por Judith Martins-Costa:

Tal qual delineada na tradição anglo-saxã, a figura dos *punitive damages* pode ser apreendida, numa forma introdutória e muito geral, pela ideia de **indenização punitiva** (e não “dano punitivo”, como às vezes se lê). Também chamados *exemplar damages*, *vindictive damages* ou *smart money*, consistem na soma de dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória de valor expressamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade da punição (*punishment*) e prevenção pela exemplaridade da punição (*deterrence*) opondo-se – nesse aspecto funcional – aos *compesatory damages*, que consistem no montante da indenização compatível ou equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de ressarcir o prejuízo.<sup>27</sup>

Mas seja qual for o entendimento adotado acerca do conceito de função pedagógico-punitiva, o que se deve ressaltar é que a doutrina majoritária compreende que o instituto do dano moral coletivo possui função punitiva, a ponto de desestimular o infrator a repetir o dano, além de servir de parâmetro para terceiros que se inclinam à mesma conduta

---

<sup>26</sup> BESSA, Leonardo Roscoe. *Op., cit.* p. 510.

<sup>27</sup> MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva: *punitive damages* e o Direito Brasileiro. In: Revista CEJ, nº 28, p. 15.

infratora e prejudicial aos direitos e valores da coletividade, servindo-lhes de ameaça e como modelo de conduta a ser adotado no mercado de consumo.

### 3.2 FUNDAMENTO JURÍDICO

A discussão sobre dano moral coletivo encontra fundamento na Lei. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), na Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e na Constituição Federal de 1988.

No que pertine sua aplicabilidade às relações de consumo, deve-se ter em mente que sua funcionalidade está diretamente relacionada à definição de consumidor, que teve sua conceituação ampliada, pelo § único do art.2º, bem como pelos art. 17 e 29, todos do CDC, o que nos permite afirmar que tanto o indivíduo quanto a coletividade poderão ser classificadas como consumidores.

Assim, logo de início, no parágrafo único do art. 2º, o CDC prescreve que “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. O referido dispositivo transparece de início que a proteção jurídica ao consumidor será tanto na esfera individual quanto na coletiva, ainda que a última seja indeterminada, rompendo claramente com a tradição individualista típica dos direitos de primeira geração, na qual a tutela jurídica se limita à proteção do indivíduo.

Cláudia Lima Marques chama a atenção ao fato de que a extensão do conceito de consumidor possui relação com a condição de vulnerabilidade das pessoas em face do poder exercício do poder econômico pelos fornecedores, que fazem valer suas vontades no mercado de consumo:

O ponto de partida desta extensão do campo de aplicação do CDC é a observação de que muitas pessoas, mesmo não sendo consumidores *stricto sensu*, podem ser atingidas ou prejudicadas pelas atividades dos fornecedores no mercado. Estas pessoas, grupos e mesmo profissionais podem intervir nas relações de consumo de outra forma a ocupar uma posição de vulnerabilidade. Mesmo não preenchendo as características de um consumidor *stricto sensu*, a posição preponderante (*Machtposition*) do

fornecedor e a posição de vulnerabilidade dessas pessoas sensibilizaram o fornecedor.

[...]

O parágrafo único do art. 2º do CDC é das normas de extensão a mais geral, equiparando ao consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. Assim, apesar de não se caracterizar como consumidor *stricto sensu*, a criança, filha do adquirente, que ingere produto defeituoso e vem a adoecer por fato do produto, é consumidor-equiparado e se beneficia de todas as normas protetivas do CDC aplicáveis ao caso. A importância do parágrafo único do art. 2º é seu caráter de norma genérica, interpretadora, aplicável a todos os capítulos do Código.<sup>28</sup>

Ao se conjugar a regra da *indeterminabilidade* dos sujeitos titulares do direito, citada no referido parágrafo, com a regra prevista no art. 81, do diploma consumerista, fica evidente a ampliação da proteção jurídica concedida à “classe consumidora”, quando se comparado com a espécie de tutela prevista nos demais diplomas legais existentes até então, de caráter eminentemente individualista<sup>29</sup>. Essa ampliação da extensão da tutela jurídica se dá tanto do ponto de vista material quanto processual, de modo que se buscou preservar, como bem diz José Geraldo de Brito Filomeno, a *universalidade*, o conjunto de consumidores, investindo-lhes de instrumentos jurídico-processuais.

[...] para que possam obter a justa e mais completa possível reparação dos responsáveis, circunstâncias essas pormenorizadamente previstas a partir do

---

<sup>28</sup> MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman V. MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. p. 109.

<sup>29</sup> Tal posicionamento é compartilhado por Adriana Carvalho Girardelli que chama a atenção para a redação do art. 6º do Código de Processo Civil (Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.) e que depois de analisá-lo chega à conclusão que o CPC é *incompatível com os interesses indivisíveis*, citando: “Em decorrência dessa concepção individualista, o Código de Processo Civil não contém qualquer dispositivo acerca da tutela dos direitos difusos e coletivos, sobre as quais não se falava àquela época, e individuais homogêneos, que só recentemente, em 1990, com o Código de Defesa do Consumidor, foram introduzidos na legislação do país.” (*A associação civil como garantidora da defesa do consumidor*. p. 53)

Esse entendimento é corroborado por Vitor Fernandes Gonçalves, que aduz: “os direitos difusos foram sistematizados tão recentemente não porque só tinham passado a existir nos últimos anos, mas porque constituem uma evolução que rompe quase que completamente com a doutrina do individualismo, que durante séculos, dominou o panorama jurídico tradicional. Pode-se afirmar que o individualismo sempre reinou no mundo do Direito, daí porque sempre foram juridicamente irrelevantes os interesses caracterizados pela inviabilidade de apropriação individual” (*A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos*, p. 210)

art. 8º e seguintes do Código de Defesa do Consumidor, e sobretudo pelo art. 81 e seguintes.<sup>30</sup>

E no que tange a função instrumental processual do § único do art. 2º do CDC, averba Rizzatto Nunes que:

É essa a regra que dá legitimidade para a propositura de ações coletivas para a defesa dos interesses difusos e coletivos, previstos no Título III da Lei consumerista (arts. 81 a 107), e particularmente pela definição de direitos coletivos (inciso II do parágrafo único do art. 81) e direitos difusos (inciso III do parágrafo único do art. 81) e na apresentação de pessoas legitimadas para proporem as ações (art. 82).<sup>31</sup>

A ampliação do conceito de consumidor também é encontrada no art. 17 do CDC<sup>32</sup>, que equipara a consumidor todas as vítimas do acidente de consumo, ainda que não tenham usufruído o bem ou contratado com o fornecedor responsável pelo fato do produto, como ensina Flávio Cheim Jorge:

Nesse caso específico, o CDC equiparou os consumidores, as vítimas de acidentes de consumo. Esses acidentes de consumo, derivam-se exclusivamente da responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto e do serviço, definido no art. 12 do CDC. Esse tipo de responsabilidade é o de natureza mais grave dentre os abordados pelo CDC, visto que sempre estarão ligados à saúde e à segurança do consumidor.

São comumente denominados *bystander*, ou seja, espectador, uma vez que mesmo não participando da relação de consumo, são equiparados aos consumidores. Desta feita, qualquer cidadão que tenha sofrido dano, oriundo de produto ou serviço, defeituoso, para efeitos de responsabilidade civil, serão considerados consumidores.<sup>33</sup>

E por fim, a ampliação do conceito de consumidor também encontra respaldo normativo no art. 29 do CDC, que assim prevê no Capítulo *Das práticas comerciais*: “Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.

---

<sup>30</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. p. 32-33.

<sup>31</sup> NUNES, Rizzatto. *Op. cit.*, p. 129.

<sup>32</sup> Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

<sup>33</sup> *Op. cit.* p. 464.

Nesse dispositivo, assim como o parágrafo único do citado art. 2º, volta-se a utilizar da regra da indeterminabilidade dos sujeitos protegidos, a ponto dessa proteção possuir natureza difusa, pois o que torna a coletividade consumidora é a simples exposição à prática comercial, como bem expõe Rizzato Nunes:

A leitura adequada do art. 29 permite, inclusive, uma afirmação muito simples e clara: não se trata de equiparação eventual a consumidor das pessoas que foram expostas às práticas. É mais do que isso. O que a lei diz é que, uma vez existindo qualquer prática comercial, *toda* a coletividade de pessoas já está exposta a ela, ainda que em nenhum momento se possa identificar um único consumidor real que pretenda insurgir-se contra tal prática.

Dessa forma, por exemplo, se um fornecedor faz publicidade enganosa e se ninguém jamais reclama concretamente contra ela, ainda assim isso não significa que o anúncio não é enganoso, nem que não se possa – por exemplo, o Ministério Público – ir contra ele. O órgão de defesa do consumidor, agindo com base na legitimidade conferida pelos arts. 81 e s. do CDC, pode tomar toda e qualquer medida judicial que entender necessária para impedir a continuidade da transmissão do anúncio enganoso, para punir o anunciante etc., independentemente do aparecimento real de um consumidor contrariado.

Trata-se, portanto, praticamente de uma espécie de conceito difuso de consumidor, tendo em vista que desde já e desde sempre todas as pessoas são consumidoras por estarem potencialmente exposta a toda e qualquer prática comercial. É, como dissemos de início, o aspecto mais abstrato da definição, que, partindo do elemento mais concreto – daquele que adquire ou utiliza o produto ou serviço como destinatário final –, acaba fixando de forma objetiva que se respeite o consumidor potencial. Daí ter-se de dizer que o consumidor protegido pela norma do art. 29 é uma potencialidade. Nem sequer precisa existir.<sup>34</sup>

Dessa forma, a mera ampliação do conceito de consumidor, considerando a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, bastaria para que se embasasse juridicamente o direito da coletividade de obter indenização a título de danos morais coletivos, pois tal ampliação significa do ponto de vista material a equivalência entre o consumidor coletivamente considerado e o individual, de modo que a diferença entre ambos se restringiria ao aspecto processual.

---

<sup>34</sup> NUNES, Rizzato. *Op. cit.*, p. 130.

Entretanto, a fim de evitar que o intérprete fizesse uma exegese por demais restritiva acerca dos direitos coletivos, o legislador, por medida de segurança, entendeu por bem prescrever expressamente a possibilidade da coletividade ser indenizada pelos danos extrapatrimoniais sofridos, conforme transcrito:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

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

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

[...]

Destarte, ainda que não se fizesse necessária a previsão expressa de que os danos morais podem ser pleiteados tanto coletivamente quanto individualmente, haja vista a já citada ampliação do conceito de consumidor, optou o legislador por prescrever uma regra específica para a tutela coletiva, dirimindo eventuais dúvidas acerca da aplicabilidade do instituto do dano moral à coletividade.

Além do CDC, a Lei da Ação Civil Pública prevê expressamente a possibilidade de reparação pelos danos morais coletivos, conforme disposto em seu art. 1º:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

[...]

II - ao consumidor;

[...]

Contudo, vale pontuar que nem sempre o referido dispositivo possuiu tal redação, pois de início, o art. 1º da Lei da Ação Civil Pública não previa expressamente a reparação por danos morais: “Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos causados”. A alteração de sua redação se deu inicialmente através da Lei 8.884/94 (Lei Antitruste), passando o art. 1º da Lei 7.347/85 a vigorar com a redação atual, já supracitada, sendo que a Lei 8.884/94 foi posteriormente revogada, em quase sua totalidade, pela Lei 12.529/11, mantendo-se, contudo, a redação do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública.

Essa alteração legislativa indica a intenção do legislador de conferir uma proteção diferenciada à coletividade, incluindo-se a reparação por danos morais que a coletividade venha a sofrer.

No que se refere ao reconhecimento Constitucional da existência de danos morais coletivos, destaca-se o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento primordial da República e do Estado Democrático de Direito, o que deixa antever que o mencionado princípio irá projetar seus efeitos para além dos limites da individualidade<sup>35</sup>.

No mesmo sentido é o entendimento de Giselda Maria F. N. Hironaka que assevera:

A defesa da pessoa humana passou a ser o centro de atenção de um novo direito, cujos primados da dignidade e da cidadania, elevados ao nível constitucional, exigem o desvio de atenção, antes focada no indivíduo isoladamente considerado, para uma preocupação perene com a efetivação dos direitos fundamentais de todos os homens, coletiva e solidariamente considerados.<sup>36</sup>

Xisto Neto também assinala para a evolução dos direitos fundamentais na esfera individual e coletiva:

Em compasso, portanto, com as características assumidas e demandas identificadas ao longo do tempo pela nossa sociedade, evoluiu-se para uma postura político-jurídica condizente com a proteção ampla do ser humano: *primeiro*, elastecendo a tutela jurídica da esfera patrimonial para a moral ou extrapatrimonial, reconhecida a nota de essencialidade de tal extensão [...]; depois, espraiando a proteção jurídica do campo individual para o coletivo social, quando o indivíduo passou a ser tutelado não apenas na sua consideração *uti singulus*, mas também *uti socius*, concebendo-se interesses próprios das coletividades por ele integradas, passíveis de invocação e defesa perante a Justiça [...].

Dessa maneira, o alargamento da proteção jurídica à esfera moral ou extrapatrimonial dos indivíduos e também à seara dos interesses de

---

<sup>35</sup> COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Op. cit.*, p. 32.

<sup>36</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. p.116.

dimensão coletiva veio a significar destacado e necessário passo no processo de valorização e tutela dos direitos fundamentais. Tal evolução, sem dúvida, apresentou-se como resposta às modernas e imperativas demandas da cidadania.

Ora, desde o último século que a compreensão da dignidade humana tem sido referida a novas e relevantíssimas projeções, concebendo-se o indivíduo em sua integralidade e plenitude, de modo a ensejar um sensível incremento no que tange às perspectivas de sua projeção jurídica no plano individual, e, também, na órbita coletiva.<sup>37</sup>

Assim, embora o princípio da dignidade da pessoa humana esteja relacionado numa primeira leitura à condição humana de cada indivíduo, não há como afastar sua dimensão coletiva, que deve ser tutelada e protegida em toda sua amplitude, no que se refere aos danos de ordem patrimonial e extrapatrimonial, ou seja, a dimensão coletiva do princípio da dignidade da pessoa humana serve como fator propulsor para que o ordenamento estenda seus efeitos e sua proteção a interesses diversos, como a proteção coletiva aos direitos da personalidade.

Ademais, com a “socialização do direito” e o implemento de instrumentos que garantam a tutela de direitos coletivos, a projeção da dignidade da pessoa humana ganha força e significado, no que tange a sua dimensão metaindividual, não havendo justificativa para limitar sua amplitude, sobretudo em um contexto em que se mitiga os interesses individuais em face do coletivo.

Urge ressaltar que o princípio da dignidade da pessoa humana é princípio absoluto que erradia seus efeitos sobre os demais princípios, inclusive para exegese do ordenamento jurídico, justificando, destarte, o seu reconhecimento e proteção coletiva.

Há que se advertir ainda que a Constituição Federal prevê expressamente em seus incisos V e X do art. 5º, o direito a indenização por danos morais, preservando o princípio da reparação integral, que reafirma a primazia da tutela jurídica em toda sua extensão e alcance dos danos<sup>38</sup>. E no que tange ao direito ao dano moral coletivo e sua expressa previsão Constitucional, é oportuno destacar que o referido artigo encontra-se no capítulo intitulado:

---

<sup>37</sup> *Op. cit.*, p. 148-149.

<sup>38</sup> NETO, Xisto Tiago de Medeiros. *Op. cit.* p. 171.

“Dos direitos e deveres individuais e coletivos”, de modo que a interpretação sistemática dos citados dispositivos permite concluir que o princípio da reparação integral se estende aos direitos coletivos e não apenas aos individuais.

Dessa maneira, tendo em vista o princípio da reparação integral e a previsão do direito à reparação ao dano moral como direito fundamental previsto no capítulo *Dos direitos e deveres individuais e coletivos*, conclui-se que o legislador constituinte previu o direito da coletividade em ser reparada pelos danos injustos que venha a sofrer. Ademais, a doutrina constitucionalista já reconhece a possibilidade de se pleitear danos morais coletivos com fulcro nos mencionados dispositivos constitucionais, independentemente de previsão infraconstitucional, como assevera Alexandre de Moraes:

Ressalte-se, portanto, que a indenização por danos morais terá cabimento seja em relação à pessoa física, seja em relação à pessoa jurídica e até mesmo em relação às coletividades (interesses difusos ou coletivos); mesmo porque são todos titulares dos direitos e garantias fundamentais desde que compatíveis com suas características de pessoas artificiais.<sup>39</sup>

Verifica-se, portanto, que embora os mencionados dispositivos constitucionais sejam com menor frequência utilizados como fundamento legal para o cabimento de pedido de dano moral coletivo, isso não mitiga sua eficácia ou reduz sua importância, posto que esteja comprovado que o cabimento jurídico de indenização por danos morais coletivos tem fulcro nos princípios da proteção da dignidade humana e da reparação integral, o que dispensaria, a princípio a necessidade de previsão infraconstitucional para o tema.

Ao que parece, a tradição positivista e individualista<sup>40</sup> do operador do direito, que volta sua atenção aos interesses individuais, deixando em segundo plano e como exceção os direitos de natureza coletiva, o impede, de alguma forma, de compreender que fora tutelado

---

<sup>39</sup> MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. p. 51.

<sup>40</sup> Xisto Neto menciona em sua obra que “Anoto-se que em decorrência da forte característica de um Direitos primordialmente voltado para o interesse jurídico individual (subjetivado), que por muito tempo relegou-se a possibilidade de se ofertar proteção a interesses de dimensão coletiva (*lato sensu*), em face da ausência de uma titularidade precisa, chegando-se mesmo a ser proclamado que ‘o que pertence a todos não pertence a ninguém, e assim ninguém pretender sua tutela’.” (*Op. cit.* p., 312).

pelo constituinte direito ao dano moral coletivo, ainda que a coletividade seja abstratamente considerada (direitos difusos).

Assim, ao interpretar o art. 5º da CF/88, a regra usual é que o jurista parta do pressuposto de que o direito a reparação pelo dano pertença necessariamente ao indivíduo, singularmente considerado, independentemente da norma restringir ou não seu âmbito de incidência ao interesse particular, ou seja, não se faz necessário que a norma explicitamente que o indivíduo poderá exigir individualmente seu direito, para que a norma tenha plena eficácia a seu favor. Em contrapartida, quando se trata de direitos coletivos, esse mesmo método interpretativo tende a exigir que a legislação prescreva expressamente a extensão de determinado direito a coletividade, sem o qual o direito não poderá ser exigido.

Dessa forma, a hermenêutica, de modo geral, promove como regra a tutela de direitos particulares, aos indivíduos singularmente considerados, e a coletividade, por sua vez, terá seu direito protegido quando a lei assim o determinar expressamente. Contudo, deve-se advertir que tal raciocínio jurídico está contaminado por valores individualistas, que não representam necessariamente o espírito da lei ou à vontade do legislador.

#### **4. DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS**

Desde a edição da Lei da Ação Popular em 1965 que a legislação vem albergando a proteção de direitos que excedem a esfera da individualidade, em razão da crescente coletivização dos conflitos de uma sociedade de relações massificadas, bem como em razão da necessidade do aparelho estatal de criar instrumentos de solução para tais conflitos<sup>41</sup>.

A tutela dos direitos coletivos ganhou força com a edição da lei da Ação Civil Pública em 1985, e, sobretudo, com o Código de Defesa do Consumidor, que assim determina em seu art. 81: “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo”. O referido artigo possibilitou de forma sólida que a coletivização das ações viabilize a efetivação dos interesses dos consumidores,

---

<sup>41</sup> COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Op. cit.*, 50-51.

garantindo a soberania e aplicabilidade das decisões judiciais, além de facilitar o acesso à justiça<sup>42</sup>.

Com método próprio para a promoção dos direitos supraindividuais, o CDC contrariou o direito civil tradicional, como esclarece com maestria Antônio Herman V. Benjamin:

O conjunto de normas formadoras do Direito de proteção do consumidor possui lógica própria e métodos distintos do direito civil tradicional. Respondendo à necessidade de promoção do referido acesso ao Direito e à justiça social, o complexo de atividades do Estado direcionadas à facilitação do acesso à tutela jurisdicional se norteia por três objetivos básicos: a) ao contrário da cultura eminentemente remediadora dos danos causados aos indivíduos (aliás, via de regra, de forma irreversível), que caracteriza o direito civil tradicional, o direito do consumidor adota, no âmbito do processo e do direito substantivo, o princípio da *preventividade* dos danos, reconhecendo a necessidade precípua de evitar que venham a ocorrer; b) a redução dos obstáculos objetivos e subjetivos ao acesso à justiça; c) o alargamento das regras de legitimação para agir, facilitando-se o acesso *coletivo* à justiça, transformando as pequenas injustiças pulverizadas em danos supraindividuais e inculcando nos indivíduos a consciência de que não são apenas vítimas isoladas, e sim, sofrem como grupo. No campo dos direitos e interesses supraindividuais, ou *transindividuais* na dicção do CDC, a persecução de tais objetivos é acentuadamente mais relevante, por diversas razões. Tanto do ponto de vista dos sujeitos tutelados, quanto dos bens merecedores de proteção especial, seu caráter de supraindividualidade implica uma vulnerabilidade intrínseca, diretamente liga à difusão, à dispersão de seus titulares. É por isso que os estatutos modernos de proteção do consumidor como o CDC brasileiro, invariavelmente preveem, agregado a profundas modificações no terreno do Direito material, todo um regramento inovador para a questão do acesso à justiça.<sup>43</sup>

Com tais valores em mente, o CDC definiu nos incisos I, II e III do parágrafo único do art. 81 o que são direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, sendo que as duas primeiras figuras já eram conhecidas do ordenamento jurídico e a última foi criada pelo CDC.

---

<sup>42</sup> MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIM, Antônio Herman Vasconcellos. MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. p. 1296.

<sup>43</sup> *Op. cit.*, p. 1298.

O Código de Defesa do Consumidor ‘definiu’ os conceitos de direito difuso e de direito coletivo. Foi além e criou nova categoria até então desconhecida em nosso direito, qual seja, a dos direitos individuais homogêneos. O risco já de si inerente à ‘definição’ imposta em lei é tanto maior quanto se sabe que, mesmo na literatura internacional mais especializada, os conceitos ainda não se assentaram devidamente. Entretanto, com o material humano retrógrado e desinformado de que dispomos em nossa cultura, a adoção da técnica de ‘definição legal’ pelo CDC implicou uma evolução de décadas em nosso direito.<sup>44</sup>

Dito isto, urge explanar sobre as diferenças entre direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos e a incidência de dano extrapatrimonial em cada uma dessas categorias.

#### 4.1 DANO MORAL COLETIVO E OS DIREITOS DIFUSOS

Conforme se tem mencionado ao longo do presente trabalho, com a crescente massificação das relações sociais e jurídicas, buscou-se criar instrumentos de tutela coletiva, de modo a satisfazer as necessidades sociais por uma tutela jurídica eficiente, que atenda as demandas em toda sua completude e extensão coletiva, evitando inclusive a ocorrência de decisões contraditórias sobre o mesmo assunto, bem como o inchaço do Poder Judiciário, que pode através da interposição de ações coletivas prezar pela celeridade processual.

Nesse passo, a tutela de direitos difusos ganha relevância social na promulgação de valores jurídicos caros a toda sociedade, que é indiscriminadamente protegida.

Os direitos difusos são caracterizados pela *indeterminação dos sujeitos*, pela *intensa litigiosidade interna*, pela *indivisibilidade de objeto*, e pela *duração efêmera*<sup>45</sup>. A sua definição está prevista no inciso I do art. 81 do CDC: “I - interesses ou direitos difusos, assim

---

<sup>44</sup> GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. p. 19.

<sup>45</sup> MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 67. Antônio Herman V. Benjamin cita entre as características dos direitos e interesses difusos: “a) a *transindividualidade real* ou *essencial ampla*; b) a *indeterminação de seus titulares*; c) a *indivisibilidade ampla* de seu objeto, assim como d) a sua *indisponibilidade*; e) o *vínculo meramente de fato* a unir os sujeitos; f) a *ausência de unanimidade social*, dado que os fatos do interesse público, pela conflituosidade *coletiva* que lhe é inerente; g) *organização possível, mas sempre subotimal*, dada a dispersão do elemento fático que os une; h) *ressarcibilidade indireta* (o montante da indenização é destinada a um fundo).” (*Op. cit.* p. 1032)

entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Pela *indeterminação dos sujeitos* deve-se compreender que o interesse coletivo decorre de situações fáticas, como consumir um determinado produto, morar em determinada região, fazer parte de determinado grupo étnico, religioso, entre outros e assim por diante. Assim, não existe entre os sujeitos uma relação jurídica base<sup>46</sup>. No mesmo sentido é a lição de Ada Pellegrini Grinover:

Os interesses difusos compreendem interesses que não encontram apoio em uma relação-base bem definida, reduzindo-se o vínculo entre as pessoas a fatores conjunturais ou extremamente genéricos, a dados de fato frequentemente acidentais e mutáveis: habitar a mesma região, consumir o mesmo produto, viver sobre determinadas condições socioeconômicas, sujeitar-se a determinados empreendimentos etc. Trata-se de interesses espalhados e informais à tutela de necessidades, também coletivas, sinteticamente referidas à qualidade de vida. E essas necessidades e esses interesses, de massa, contrapondo grupo a grupo, em conflitos que se coletivizam em ambos os polos.<sup>47</sup>

Por não haver uma relação jurídica base, os interesses jurídicos difusos estarão dispersos entre os diversos segmentos sociais, ocorrendo, por vezes, uma resistência em face de outros interesses, pertencentes a outros grupos, o que caracteriza sua *intensa litigiosidade interna*, conforme explicitado abaixo:

Entende-se por litigiosidade interna o fato da existência de conflitos entre grupos relacionados com o interesse difuso que se busca preservar, eis que são interesses soltos, fluidos e desagregados nos mais diversos segmentos sociais, sem vínculo jurídico base.<sup>48</sup>

Essa dispersão de interesses pela coletividade, de forma indeterminada, faz com que o bem jurídico seja considerado indivisível, não sendo possível mensurá-lo

---

<sup>46</sup> BESSA, Leonardo Roscoe. *Op. cit.*, p. 498.

<sup>47</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *A problemática dos interesses difusos. In: A tutela dos interesses difusos.* p. 36

<sup>48</sup> GIRARDELLI, Adriana Carvalho. *Op. cit.*, p. 49.

objetivamente. Não obstante, ainda que se constate a existência de dano individual decorrente do mesmo fato que originou o dano difuso, a sua natureza coletiva permanecerá a mesma:

[...] o fato de o mesmo objeto gerar dois tipos de direito não muda a natureza de indivisibilidade do objeto relativo no direito difuso. Isso é, se um anúncio enganoso atingir um consumidor em particular, esse direito individual identificado não altera em nada a natureza indivisível do fato objetivo do anúncio.<sup>49</sup>

A ausência de *vínculo associativo* entre os interessados, sem um liame jurídico para uni-los<sup>50</sup>, faz com que os direitos tenham *duração efêmera*, pois decorrem de situações fáticas, passíveis de mudanças:

Quanto ao aspecto da mutação, diante do fato de não existir uma relação jurídica que embase esses interesses, eles podem mudar muito mais rapidamente do que as relações que são disciplinadas pelo direito, que cria um vínculo jurídico.<sup>51</sup>

Mas independentemente da *indeterminabilidade dos sujeitos* ou da *indivisibilidade do objeto*, os danos difusos são totalmente compatíveis com a condenação em danos morais coletivos, haja vista, inclusive, a função punitivo-pedagógica do mencionado instituto, conforme já debatido anteriormente. Para tanto, basta que o dano impingido de forma difusa à coletividade seja de razoável significância, como já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> NUNES, Rizzatto. *Op. cit.*, p. 789.

<sup>50</sup> NETO, Xisto Tiago de Medeiros. *Op., cit.* p. 137.

<sup>51</sup> GIRARDELLI, Adriana Carvalho. *Op. cit.*, p. 49.

<sup>52</sup> RECURSO ESPECIAL - DANO MORAL COLETIVO - CABIMENTO - ARTIGO 6º, VI, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - REQUISITOS - RAZOÁVEL SIGNIFICÂNCIA E REPULSA SOCIAL - OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE - CONSUMIDORES COM DIFICULDADE DE LOCOMOÇÃO - EXIGÊNCIA DE SUBIR LANCES DE ESCADAS PARA ATENDIMENTO - MEDIDA DESPROPORCIONAL E DESGASTANTE - INDENIZAÇÃO - FIXAÇÃO PROPORCIONAL - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I - A dicção do artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor é clara ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletivamente.

II - Todavia, 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. Ocorrência, na espécie. [...] (REsp 1221756/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 10/02/2012)

Portanto, em razão de sua fluidez perante a sociedade, os direitos e interesses difusos são os que atingem o maior número de consumidores possível, posto que seus titulares sejam indetermináveis, motivo bastante para que o tema do dano moral coletivo mereça tutela específica e relevância na efetivação dos interesses metaindividuais e na promoção da justiça social, de modo a ganhar importância, justamente em função do número de pessoas as quais protege, sendo instrumento eficaz no resguardo aos direitos da personalidade e outros de natureza diversa, em toda a sua amplitude coletiva.

## **4.2 DANO MORAL COLETIVO E OS DIREITOS COLETIVOS *STRICTO SENSU***

O interesse ou direito coletivo *stricto sensu* foi definido pelo inciso II do art. 81 do CDC<sup>53</sup>, sendo considerado “os transindividuais de natureza indivisível, pertencente a um grupo determinável de pessoas (categoria de pessoas), ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”<sup>54</sup>.

Aqui, diferentemente do que ocorre com os interesses e direitos difusos – que sempre possuem como titulares pessoas indeterminadas –, os titulares do direito coletivo *stricto sensu* embora possam ser indeterminados num primeiro momento, poderão vir a ser determinados “a partir da verificação do direito em jogo”<sup>55</sup>.

Assim, assevera Marcelo Costa:

Ao contrário dos interesses difusos, os coletivos em sentido estrito são subjetivamente mais limitados. Isto significa que refletem direitos de pessoas indeterminadas de início, mas posteriormente determináveis, pois o liame entre os interessados é mais coeso; possuem traço organizacional

---

<sup>53</sup> 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;

<sup>54</sup> BESSA, Leonardo Roscoe. *Op. cit.*, p. 498.

<sup>55</sup> NUNES, Rizzatto. *Op. cit.*, p. 790.

forte, porque decorrem de uma relação jurídica; distintos, portanto, dos difusos, cujos vínculos mostram-se acidentais e meramente factuais.<sup>56</sup>

A possibilidade de se determinar os sujeitos titulares do direito nos leva a mencionar o entendimento de Márcio Mafra, ainda que seja minoritário, de que somente os direitos difusos podem ser considerados materialmente coletivos, pois os direitos coletivos *stricto sensu* possuem, na verdade, natureza individual, que em razão de economia processual e para que se evitem decisões contraditórias recebem tratamento processual coletivo, conforme explicitado pelo doutrinador:

A nota de transindividualidade do ponto de vista material, é típica somente dos direitos difusos. Do ponto de vista processual, a transindividualidade se verifica pela permissão de que determinado direito individual seja veiculado por intermédio de ação coletiva, quando a coisa julgada beneficia ou prejudica indistintamente todos os representados. [...] Os direitos coletivos são [...] interesses ou direitos individuais que ganham o caráter de indivisibilidade e transindividualidade quando veiculados mediante de ações coletivas, pelo artifício da extensão subjetiva da coisa julgada, quando, aí então, o resultado tem de ser uniforme para toda a classe invariavelmente.<sup>57</sup>

E acerca desse posicionamento pondera Leonardo Roscoe Bessa:

O raciocínio, embora minoritário em sede doutrinária, é apropriado para algumas espécies de direitos coletivos. De fato, podem ser considerados individuais o direito e pretensão correspondentes a evitar determinado reajuste ilegal de mensalidade escolar. Esta tutela pode ser obtida em ação individual, a qual irá beneficiar unicamente o autor da demanda. Do mesmo modo, pode-se requerer, em demanda individual, a declaração de nulidade de determinada cláusula inserida em contrato padrão. Ambas as situações podem ser veiculadas em ação coletiva e beneficiar todos os consumidores que se enquadram no caso. Ao revés, um consumidor, pessoa natural, não pode levar ao Judiciário pedido de interrupção de publicidade enganosa ou abusiva (art. 37 do CDC). O direito não é dele e sim da comunidade. Haveria ilegitimidade ativa para a causa.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> *Op. cit.*, p. 54.

<sup>57</sup> MAFRA LEAL, Márcio Flávio *apud* BESSA, Leonardo Roscoe. p. 499.

<sup>58</sup> *Op. cit.*, p. 499.

Assim, a existência de dano na esfera individual e correspondente possibilidade de se demandar individualmente, formulando-se pedido e reparação típica de ações individuais como dano material e dano moral individual, não afasta a natureza coletiva do dano, quando forem atingidos interesses de integrantes de grupo, classe ou categoria. Nessa hipótese, a existência de dano na esfera individual não descaracteriza a natureza transindividual do dano, que, portanto, poderá ser da natureza coletiva *stricto sensu*, alcançando o universo de indivíduos que possuem interesses comuns e que são unidos por uma relação jurídica base.

No mais, os interesses coletivos *stricto sensu* são *indivisíveis*, não podendo ser fracionados entre os interessados e indivíduos integrantes da coletividade, pois afeta a todos indistintamente e a nenhum pessoalmente<sup>59</sup>. E como esclarece Rizzatto Nunes, a indivisibilidade do bem é inerente ao dano coletivo em sentido estrito, pois a divisibilidade do bem é característica do dano individual homogêneo e com esse não se pode confundir:

O objeto ou bem jurídico protegido é indivisível. Ele não pertence a nenhum consumidor individual ou particular, mas a todos em conjunto e simultaneamente. Se for divisível, é individual homogêneo e não coletivo.

[...]

Como se viu, o objeto do direito coletivo é indivisível. O que vai acontecer é que o efeito da violação a um direito coletivo gere também em direito individual ou individual homogêneo. Assim, por exemplo, o mau tratamento de água fornecida aos usuários é típico caso de direito coletivo com objeto indivisível, mas simultaneamente seu fornecimento e consumo pode gerar dano à saúde de um consumidor individualmente considerado.

Daí que, no caso, ambas as situações se configuram.

Já o inverso não é verdadeiro: nem todo direito individual homogêneo é coletivo típico, mas é uma espécie de direito coletivo (o caráter de divisibilidade do direito individual homogêneo remanesce dividido quando ele for puramente direito individual homogêneo).<sup>60</sup>

Note-se ainda que o direito coletivo *stricto sensu* difere do direito difuso em razão da existência de uma relação jurídica base, que une todos os interessados, podendo se tomar como exemplo o caso dos correntistas de determinada instituição financeira, que são vítimas de cobranças abusivas; ou de pessoas que tem seus dados cadastrais utilizados ou repassados

---

<sup>59</sup> NETO, Xisto Tiago de Medeiros. *Op. cit.*, p. 139.

<sup>60</sup> NUNES, Rizzatto. *Op. cit.*, p. 791-792.

indevidamente a terceiros, por um fornecedor do qual é cliente. Nesses exemplos, o que une os interessados não é apenas o fato lesivo em si, mas a relação jurídica base que os aproxima.

A esse respeito, é a lição de Ada Pellegrini Grinover:

O que distingue os interesses difusos dos coletivos, no sistema do Código, é o elemento subjetivo, porquanto nos primeiros inexistente qualquer vínculo jurídico que ligue os membros do grupo entre si ou com a parte contrária, de maneira que os titulares dos interesses difusos são indeterminados e indetermináveis, unidos apenas por circunstâncias de fato (como morar na mesma região, consumir os mesmos produtos, participar das mesmas atividades empresariais). Nos interesses coletivos, ao contrário, tem-se um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por uma relação jurídica base instituída entre elas (como acontece, por exemplo, quanto aos membros de uma associação) ou com a parte contrária (como nas relações tributárias, em que cada contribuinte é titular de uma relação jurídica com o fisco).<sup>61</sup>

Assim, em ocorrendo dano a interesses ou direitos pertencentes a grupo, classe ou categoria de consumidores, poderá o lesante ser condenado em danos morais coletivos, devendo o respectivo valor ser destinado ao *Fundo de Direito Difuso*, conforme será abordado posteriormente.

Segue abaixo decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça em que há condenação por danos morais coletivos:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA – EMPRESA DE TELEFONIA - PLANO DE ADESÃO - LIG MIX - OMISSÃO DE INFORMAÇÕES RELEVANTES AOS CONSUMIDORES - DANO MORAL COLETIVO - RECONHECIMENTO - ARTIGO 6º, VI, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - PRECEDENTE DA TERCEIRA TURMA DESTA CORTE - OFENSA AOS DIREITOS ECONÔMICOS E MORAIS DOS CONSUMIDORES CONFIGURADA - DETERMINAÇÃO DE CUMPRIMENTO DO JULGADO NO TOCANTE AOS DANOS MATERIAIS E MORAIS INDIVIDUAIS MEDIANTE REPOSIÇÃO DIRETA NAS CONTAS TELEFÔNICAS FUTURAS - DESNECESSÁRIOS PROCESSOS JUDICIAIS DE EXECUÇÃO INDIVIDUAL - CONDENAÇÃO POR DANOS MORAIS DIFUSOS, IGUALMENTE CONFIGURADOS, MEDIANTE DEPÓSITO NO FUNDO ESTADUAL ADEQUADO.

---

<sup>61</sup> Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. In: *Revista de processo*, n. 97, p.11-12.

1.- 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, inquietude social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. Ocorrência, na espécie. (REsp 1221756/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 10/02/2012).

[...] <sup>62</sup>

Ainda que não exista no caso em comento, efeito prático entre a diferenciação de condenação a título de danos morais coletivos, para quando se tratar de danos *difusos* ou de *coletivos stricto sensu*, instar ressaltar o equívoco terminológico cometido no referido acórdão ao classificar a lesão como a direitos *difusos* ao invés de a direitos *coletivos stricto sensu*. Como se verifica do caso concreto, os lesados são pessoas determinadas (assinantes de determinado serviço de telefonia) e não indetermináveis (condição necessária para que seja considerado como de direitos difusos), além de haver uma relação jurídica base entre os consumidores e a empresa lesante.

Vale ainda dizer que foi acertado o posicionamento adotado pelo julgado acima no que se refere à diferenciação entre dano moral individual e dano moral coletivo e a possibilidade de cumulação entre ambos em razão de sua natureza ser distinta.

Como repetido por inúmeras vezes anteriormente, o dano moral coletivo ou dano extrapatrimonial coletivo possui função punitivo-pedagógica, sendo aplicável aos danos de natureza difusa e coletiva *stricto sensu* e por isso não se pode confundi-lo com o dano sofrido individualmente. Entretanto, sendo ambos de natureza distinta, podem ser perfeitamente cumulados.

---

<sup>62</sup> REsp 1.291.213/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 30/12/2012, DJe 25/09/2012

### 4.3 DANO MORAL COLETIVO E OS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Conforme já salientado anteriormente, a categoria de direitos *individuais homogêneos* foi criada pelo Código de Defesa do Consumidor e vem definida no inciso III do parágrafo único do art. 81<sup>63</sup> do referido diploma legal, sendo aqueles divisíveis e de origem comum.

Os direitos *individuais homogêneos* não possuem a mesma abrangência dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*<sup>64</sup> e foram considerados como coletivos em função da tutela que o legislador lhe desejou conferir, posto que sua natureza precípua seja de direitos individuais, mas que por serem de origem comum e homogêneos, podem ser albergados por uma única demanda coletiva, preservando a agilidade e eficiência jurisdicional em benefício dos consumidores lesados, como bem ensina Antônio Herman V. Benjamin:

[...] A partir da definição dos interesses individuais homogêneos é que o legislador do CDC introduziu no sistema processual brasileiro a *class action*, prevista na regra n. 23 das Federal Rules of Civil Procedure no direito norte-americano. A principal finalidade destes direitos é a de permitir a prestação jurisdicional, de maneira mais uniforme, ágil e eficiente, aos consumidores lesados em decorrência de um mesmo fato de responsabilidade do fornecedor, assim como a ampliação da legitimação para agir dos diversos órgãos e entidades previstas no art. 82 do CDC. São direitos e interesses tipicamente individuais, mas cuja tutela, por imperativos de coerência, eficiência e economia processuais, exige-se seja exercida coletivamente. São, por esse ângulo, acidentalmente supraindividuais: a relevância de seu tratamento molecular não decorre de uma indivisibilidade natural de seu objeto (interesses e direitos públicos e difusos), nem da organização ou existência de uma relação jurídica-base (interesses coletivos *stricto sensu*), mas da necessidade de facilitação do acesso à justiça aos seus titulares, como decorrência do mandamento

---

<sup>63</sup> III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

<sup>64</sup> Menciona Paulo de Tarso Brandão: “sobre tais interesses ou direitos, pouco se discutiu no âmbito da doutrina que sempre concentrou mais sua atenção nas duas categorias anteriores (interesses coletivos *stricto sensu* e difusos). Talvez isso se deva ao fato de que [...] os interesses individuais homogêneos não tem a mesma transcendência científica dos interesses coletivos e difusos, pois significam apenas um trato coletivo a direitos já (e desde sempre) prestigiados por instrumentos individuais de proteção.” (*Ação Civil Pública*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996. p. 96)

constitucional de promoção da defesa dos consumidores – embora não se restrinjam ao âmbito das relações de consumo [...]<sup>65</sup>

Assim, verifica-se que os interesses *individuais homogêneos* são coletivos apenas na forma e tal opção legislativa possui função instrumental, seja para fins de economia processual ou para a efetividade de direitos homogêneos, de repercussão social e oriunda de fato comum. Nesse sentido, merece destaque as lições de Adriana Girardeli e Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, respectivamente:

No caso dos direitos individuais homogêneos, não se trata da defesa de um direito coletivo, mas, sim, da defesa coletiva de direitos individuais, e não descaracteriza como ação coletiva. É no âmbito dos direitos individuais homogêneos que as ações coletivas têm a maior significação do prisma da economia processual, na medida em que podem funcionar como solução de problema de multiplicação de ações individuais, diante de questões comuns de fato e de direito.

É sabido que emana do Poder Judiciário a função de resolver as lides existentes na sociedade, mas acaba sendo uma tarefa difícil não só pela complexidade das causas, mas principalmente, nos dias de hoje, pela quantidade de processos, limitação de recursos humanos e matérias disponíveis.<sup>66</sup>

[...] os direitos e interesses individuais homogêneos são inconfundíveis tanto com os direitos e interesses difusos quanto com os direitos e interesses coletivos descritos no inciso II, do parágrafo único do art. 81 da Lei n. 8.078/90, não podendo ser considerados subespécie destes últimos. O principal critério distintivo é o da individualidade e da divisibilidade do objeto. [...] Mas são coletivos (os interesses individuais homogêneos) apenas na forma em que são tutelados, enquanto os difusos e coletivos (em sentido estrito) são essencialmente coletivos.<sup>67</sup>

Dito isto, cumpre destacar as características dos interesses individuais homogêneos, na perspectiva de Xisto Neto:

---

<sup>65</sup> *Op. cit.*, p. 1303.

<sup>66</sup> *Op. cit.*, p. 47.

<sup>67</sup> YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Direitos e interesses individuais homogêneos: a “origem comum” e a complexidade da causa de pedir. Implicações na legitimidade ad causam ativa e no interesse de agir do Ministério Público.* p. 108-109.

- (a) não obstante a sua natureza individual, autoriza-se a tutela pela via processual coletiva, em virtude de se originarem de uma mesma situação comum, com a feição *homogênea*, a expressar *uniformidade qualitativa*. Esta homogeneidade exige identidade e multiplicidade de direitos, sem ser fundamental para ensejar a proteção jurídica precisar-se o número total de indivíduos titulares dos interesses tutelados;
- (b) englobam uma série de indivíduos atingidos homogeneamente por uma lesão ou ameaça de dano, *a priori* encontrando-se dispersos, porém passíveis de serem identificados em momento posterior;
- (c) os interesses são *divisíveis* em relação aos sujeitos;
- (d) não ocorre relação jurídica base entre os indivíduos: a sua ligação dá-se unicamente pela origem *comum* em razão da qual os interesses decorrem.<sup>68</sup>

Mas como bem ensina Rizzatto Nunes, embora os interesses *individuais homogêneos* tenham origem comum e natureza de direitos individuais, não se pode confundilo com o litisconsórcio ativo. No litisconsórcio ativo haverá um agrupamento de pessoas no polo ativo da demanda com direitos próprios e individuais e já no caso de direitos *individuais homogêneos*, o polo ativo será constituído por um dos legitimados do art. 82 do CDC, que pleiteará direito alheio, em favor de determinada coletividade<sup>69</sup>.

No caso dos direitos *individuais homogêneos*, um dos legitimados previsto no art. 82 do CDC poderá propor em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de modo que eventual condenação deverá ser genérica<sup>70</sup>, fixando a responsabilidade do(s) réu(s) pelo dano(s) causado(s). Com isso, tanto os legitimados do art. 82 do CDC, quanto as vítimas e

---

<sup>68</sup> *Op. cit.*, p. 140-141.

<sup>69</sup> NUNES, Rizzato. *Op. cit.*, p. 793.

<sup>70</sup> Explica Antônio Herman V. Benjamin que “Ao determinar que a condenação, na hipótese de procedência da ação coletiva seja genérica, o legislador do CDC definiu o âmbito de conhecimento judicial na decisão da causa, a identificação da lesão a direito e os danos causados por esta. O caráter de generalidade da decisão judicial, neste sentir, indica primeiro que esta será ilíquida, ao mesmo tempo que não deverá debruçar-se sobre o que efetivamente cada vítima do dano perdeu. A condenação genérica apenas afirma a lesão a direito e a ocorrência de dano decorrente desta, restando precisa determinação do *quantum* devido para a liquidação e posterior execução da sentença, que poderá ser promovida tanto individualmente quanto pelos legitimados para ação coletiva. (*Op. cit.*, p. 1430)

seus sucessores poderão no prazo de até um ano executar a sentença<sup>71</sup>, que terá, dessa forma, natureza reparatória e indenizatória, conforme o caso.

Dessa maneira, a sentença visará recompor o bem lesado de forma individualizada, podendo ocorrer condenação em danos materiais e morais. No caso dos danos morais, esses também poderão ser executados pelas vítimas e seus sucessores e serão quantificados individualmente, depois de reconhecido o dever de indenizar por parte do ofensor:

[...] Há duas fases no processo. A inicial, promovida pelo legitimado coletivo, em que se busca o reconhecimento e declaração do dever de indenizar. A segunda fase é o momento de habilitação dos beneficiados na ação, com o fim de promover a execução da dívida reconhecida no âmbito coletivo.

Assim, a sentença, na hipótese de tutela de direito individual homogêneo, deve ser genérica limitando-se a reconhecer a responsabilidade do réu pelos danos causados (art. 95 do CDC). Futuramente, deverão as vítimas habilitarem-se no processo, a título individual, para procederem a liquidação da sentença, provando o dano sofrido, o seu montante, e que se encontram na situação amparada pela decisão.

No caso, o pedido de condenação genérica pode abranger os danos materiais e morais. Mas na hipótese, é bom ressaltar, não se trata, à evidência, de dano moral coletivo e sim de soma de danos morais individuais.

---

<sup>71</sup> Acerca desse tema, elucida Antônio Herman V. Benjamin: “A efetividade dos direitos do consumidor, em matéria de ações coletivas, é de ser atingida tanto pela disposição de instrumentos eficientes para provocação da demanda, quanto pelas possibilidades de execução da sentença que venha a ser prolatada nesta ação. Neste sentido, dependendo da espécie de dano causado e de que modo ele se apresenta aos vários consumidores lesados, diversas são as hipóteses em que, ainda que representem, em conjunto, um dano de proporções significativas, individualmente, para cada consumidor, estas lesões podem não ser financeiramente representativas, razão pela qual poderia não ser atrativo promover individualmente a liquidação e execução da sentença que lhes favoreça em uma ação coletiva. Dai porque o legislador do CDC previu a possibilidade de que, não havendo, no prazo de um ano, a habilitação de interessados “em número compatível com a gravidade do dano”, a liquidação e execução poderá ser realizada pelos legitimados para interposição da ação.

Essa solução é extremamente representativa do espírito do CDC, e introduz entre nós o que no direito norte-americano se conhece como *fluid recovery*, ou reparação fluida, pela qual, ao mesmo tempo em que se privilegia a tutela coletiva como instrumento de reparação dos danos causados individualmente para a massa de consumidores, nas hipóteses desses não a reclamarem na medida de seu prejuízo, permite sua conversão para o Fundo, cujo objetivo final é reverter em favor dos interessados lesados.

Suas vantagens, basicamente, são duas. Primeiro, não permitir que a falta de habilitação dos consumidores lesados termine por liberar o fornecedor que atuou ilicitamente de suportar a reparação pelos danos causados, reforçando a função de desestímulo que a indenização deve possuir. Por outro lado, determina a possibilidade de reparação; não sendo diretamente reclamada pelos lesados, a indenização pode ser utilizada em iniciativa e projetos vinculados aos direitos que a ação coletiva buscou proteger. (*Op. cit.*, p. 1459)

(...) Na hipótese, a indenização por dano moral é individual. Nada tem haver com dano moral coletivo, que se vincula a ofensa de direitos coletivos e difusos. O art. 91 é bastante esclarecedor ao se referir a “danos individualmente sofridos”. Cuida-se, portanto, de tratamento processual coletivo a direitos individuais.<sup>72</sup>

A título de exemplo, segue abaixo julgado do STJ, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, no qual houve condenação genérica em danos patrimoniais e extrapatrimoniais “coletivos”, para interesses individuais homogêneos, aos consumidores que foram lesados pela má prestação de serviço de fornecimento de energia elétrica:

EMENTA CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL COLETIVA. INTERRUÇÃO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NEXO DE CAUSALIDADE. SÚMULA 7/STJ. DANO MORAL COLETIVO. DEVER DE INDENIZAR.

1. Cuida-se de Recursos Especiais que debatem, no essencial, a legitimação para agir do Ministério Público na hipótese de interesse individual homogêneo e a caracterização de danos patrimoniais e morais coletivos, decorrentes de frequentes interrupções no fornecimento de energia no Município de Senador Firmino, culminando com a falta de eletricidade nos dias 31 de maio, 1º e 2 de junho de 2002. Esse evento causou, entre outros prejuízos materiais e morais, perecimento de gêneros alimentícios nos estabelecimentos comerciais e nas residências; danificação de equipamentos elétricos; suspensão do atendimento no hospital municipal; cancelamento de festa junina; risco de fuga dos presos da cadeia local; e sentimento de impotência diante de fornecedor que presta com exclusividade serviço considerado essencial.

[...]

5. O dano moral coletivo atinge interesse não patrimonial de classe específica ou não de pessoas, uma afronta ao sentimento geral dos titulares da relação jurídica-base.

6. O acórdão estabeleceu, à luz da prova dos autos, que a interrupção no fornecimento de energia elétrica, em virtude da precária qualidade da prestação do serviço, tem o condão de afetar o patrimônio moral da comunidade. Fixado o cabimento do dano moral coletivo, a revisão da prova da sua efetivação no caso concreto e da quantificação esbarra na Súmula 7/STJ.

7. O cotejo do conteúdo do acórdão com as disposições do CDC remete à sistemática padrão de condenação genérica e liquidação dos danos de todos os munícipes que se habilitarem para tanto, sem limitação àqueles que

---

<sup>72</sup> BESSA. Leonardo Roscoe. *Op. cit.*, p. 500-501.

apresentaram elementos de prova nesta demanda (Boletim de Ocorrência). Não há, pois, omissão a sanar.

Destarte, para os casos de direitos individuais homogêneos, os danos patrimoniais e extrapatrimoniais serão destinados aos indivíduos lesados ou seus sucessores, que poderão executar a sentença, tão logo comprovem, no momento oportuno, que se encontram entre os beneficiados do provimento judicial. Assim, a condenação terá o fim de responsabilizar o ofensor e ressarcir o lesado, não se podendo sustentar a existência de danos morais coletivos nos moldes previstos para interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, tratados anteriormente, ou seja, embora a denominação utilizada para os danos extrapatrimoniais ocorridos em face de interesses individuais homogêneos também seja a de *danos morais coletivos*, a sua destinação será para os indivíduos lesados e não para o Fundo de Direito Difuso.

No entanto, vale ponderar, que poderá haver casos em que a lesão atinja ao mesmo tempo interesses difusos/coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, o que ensejará tratamento jurídico diverso quanto a forma e objetivo, de modo que o magistrado assinalará para a possibilidade de proferir decisão que condene o ofensor tanto a título de dano moral coletivo difuso/coletivo *stricto sensu* quanto a individual homogêneo. Nessa hipótese, a destinação do valor da verba será tanto para o Fundo de Direito Difuso (em caso de danos difusos ou coletivos *stricto sensu*), quanto para a coletividade que foi objetivamente lesada (danos individuais homogêneos), *conforme* explica Xisto Neto:

Tenha se presente, contudo, que uma mesma conduta ilícita pode gerar repercussões e efeitos diversos na órbita dos diretos transindividuais, não sendo raro vislumbrar-se, por exemplo, a um só tempo, a configuração de danos morais decorrentes da lesão a interesses tipicamente coletivos e difusos e também a *interesses individuais homogêneos*.

É imperioso distinguir-se essas situações, uma vez que o procedimento inerente à reparação dos danos será particular em cada uma delas, exatamente por força da natureza diferenciada e peculiar dos interesses coletivos/difusos e dos individuais homogêneos, a ensejar, portanto, compreensão e tratamento processual específico e adequado.

Assim, ocorrendo a configuração de dano moral coletivo, e, em razão da mesma situação fática, verificar-se também a causação de danos extrapatrimoniais de interesses individuais homogêneos, a ação civil pública poderá – e deverá – abarcar as duas pretensões, que terão, assim, tratamento próprio quanto a forma e ao objetivo das respectivas tutelas perseguidas.

No primeiro caso, versamos sobre a reparação decorrente do dano moral coletivo, buscar-se-á uma condenação correspondente a uma parcela

pecuniária arbitrada pelo órgão judicial, evidenciando-se a supremacia da natureza sancionatória de tal modalidade e de responsabilização; no segundo caso, atinente aos danos morais em sede de interesses individuais homogêneos, subjetivar-se-á uma condenação genérica, como a fixação da responsabilidade do ofensor, e, em face subsequente, a apuração *quantum* e a respectiva individualização a cada um dos titulares do direito, a fim de responsabilizar-se a reparação pessoal (arts. 95 e 97 CDC).<sup>73</sup>

Dessa forma, os interesses individuais homogêneos terão tratamento diverso dos interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, posto que sua natureza seja de direito individual e não coletiva, no qual se privilegiará sua função reparatória aos lesados, o que desvencilha em certa medida a condenação em danos morais coletivos a título de interesses individuais homogêneos da *punitive damages*, de caráter punitivo-pedagógica, a qual a condenação em danos morais coletivos aos interesses difusos e coletivos *stricto sensu* está umbilicalmente relacionada.

## **5. DA COMPROVAÇÃO DE EXISTÊNCIA DO DANO MORAL COLETIVO**

Conforme já explanado, o CDC utiliza-se da regra da responsabilidade objetiva, o que implica em concluir que para a comprovação da existência de dano moral de natureza coletiva, basta que se comprove que a conduta do agente ofendeu direito ou valor coletivo juridicamente protegido, ou seja, não é imprescindível a comprovação do dano em si.

Além disso, para a caracterização de existência de dano moral coletivo, o magistrado está dispensado de auferir a existência de dolo/culpa ou da comprovação de prejuízo de foro íntimo à coletividade, ainda que a dor psíquica possa vir a ser presumida em alguns casos, conforme se abordará posteriormente, ou seja, o dano será considerado objetivamente com a existência de dano injusto a interesse coletivo.

Insta destacar que o conceito de dano moral foi ampliado, não se restringindo somente à reparação de dor psíquica - que passou a ser uma consequência do dano e não seu fundamento fático. Assim, qualquer abalo ao patrimônio moral da coletividade deve ser

---

<sup>73</sup> *Op. cit.*, p. 222.

reparado, com fundamento no dano injusto, pois conforme ensina André de Carvalho Ramos, “a dor psíquica que alicerçou a teoria do dano moral individual acaba cedendo lugar, no caso de dano moral coletivo, a um sentimento de despreço e de perda de valores essenciais que afetam negativamente toda a coletividade”<sup>74</sup>.

Segundo esse posicionamento o dano moral coletivo decorre da própria violação do direito, de modo que o prejuízo à coletividade será presumido, independente da existência de dor de foro íntimo, conforme também defende André Gustavo C. de Andrade:

Essa ideia, de que o dano moral em geral não depende de comprovação, decorre, a nosso ver, do recorrente erro de perspectiva de identificar o dano moral com aquelas reações de dor, constrangimento, tristeza, vergonha. Partindo de tal premissa, a solução encontrada não poderia ser outra que não a da inexigibilidade da prova do dano, porque totalmente subjetivo, existente no íntimo do indivíduo e, conseqüentemente, não perceptível pelos sentidos. O dano, assim considerado, teria de ser presumido a partir de algum fato objetivo.

Todavia, substituída a proposição inicial, para considerar o dano moral não como alguma daquelas reações íntimas do ser humano, mas como a lesão a um direito personalíssimo, desnecessário é o recurso a presunções acerca da existência do dano: uma vez violado direito da personalidade, caracterizado estará o dano moral, independentemente de qualquer reação interna ou psicológica do titular do direito.<sup>75</sup>

No mesmo sentido tem julgado o STJ, merecendo destaque o voto da Ministra Eliana Calmon, proferido no REsp 1057274:

O dano moral extrapatrimonial deve ser averiguado de acordo com as características próprias aos interesses difusos e coletivos, distanciando-se quanto aos caracteres próprios das pessoas físicas que compõem determinada coletividade ou grupo determinado ou indeterminado de pessoas, sem olvidar que é a confluência dos valores individuais que dão singularidade ao valor coletivo.

O dano moral extrapatrimonial atinge direitos de personalidade do grupo ou coletividade enquanto realidade massificada, que a cada dia mais reclama soluções jurídicas para sua proteção. É evidente que uma coletividade de índios pode sofrer ofensa à honra, à sua dignidade, à sua boa reputação, à sua história, costumes e tradições. Isso não importa exigir que a coletividade

---

<sup>74</sup> RAMOS, André de Carvalho. *A ação civil pública e o dano moral coletivo*. p. 82.

<sup>75</sup> ANDRADE, André Gustavo C. *A evolução do conceito de dano moral*. p. 137-138.

sinta a dor, a repulsa, a indignação tal qual fosse um indivíduo isolado. Estas decorrem do sentimento coletivo de participar de determinado grupo ou coletividade, relacionando a própria individualidade à ideia do coletivo.<sup>76</sup>

No mesmo sentido relatou o Ministro Menezes Direito:

Não há falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. Provado assim o fato, impõe-se a condenação, sob pena de violação ao art. 334 do Código de Processo Civil.<sup>77</sup>

Provado o fato, não há necessidade da prova do dano moral, nos termos de persistente jurisprudência da Corte.<sup>78</sup>

Trata-se do chamado dano *in re ipsa*, que é tido como notório e presumido, decorrendo mais da conduta ilícita do agente do que dos efetivos efeitos negativos em face da coletividade. Dessa forma, o que se comprova é a ilicitude da conduta e não o abalo moral em si, conforme ensina Teresa Arruda Alvim Wambier:

Os danos morais, em si mesmos, não se provam. Trata-se de um dano *in re ipsa*, ou seja, é o dano que se *compreende*, de certo modo, em sua própria causa. O que se há de comprovar é a ocorrência de acontecimento que provoca dano moral, mas não atributos, dimensão ou qualidade deste. Vale dizer, provado o fato caracterizador do dano moral, *ipso facto* haver-se-á de estimar ou quantificar o dano moral. A reparabilidade do dano moral decorre do simples fato da violação, e não da comprovação do dano em si mesmo. Dor, vergonha, perturbação, intranquilidade, angústia e outros estados da alma não são objeto de prova em ação em que se pleiteia indenização por dano moral.<sup>79</sup>

Destarte, comprovando-se a existência de conduta ilícita que ofenda direitos e valores caros à coletividade, bem como o nexa causal entre o dano e a conduta do agente, fica caracterizado o direito à indenização a título de dano moral coletivo, constituindo esse em

---

<sup>76</sup> REsp 1057274, SEGUNDA TURMA, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Dje 26.2.2010

<sup>77</sup> REsp 86.271/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Menezes Direito, DJ 09.12.1997.

<sup>78</sup> REsp 261.028/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Menezes Direito, DJ 20.08.2001

<sup>79</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER Teresa Arruda Alvim. *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. (Coord.) YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. São Paulo: DPJ, 2005, p. 803.

verdadeiro instrumento de proteção aos direitos metaindividuais, além de forma eficaz de se corrigir as condutas, praticadas por alguns fornecedores, que prejudiquem o bom funcionamento e harmonia entre os sujeitos integrantes do mercado de consumo.

## 6. O PROBLEMA DA QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO

Conforme já exposto anteriormente, o dano moral coletivo possui função pedagógico-punitiva, devendo atender ao princípio da reparação integral do dano, bem como servir como sanção ao lesante. Nesse passo, o tema da quantificação do dano moral coletivo ganha importância, não só em razão do desafio de mensurá-lo, mas também no que tange seus efeitos práticos sobre a figura do lesante.

Marcelo Freire Sampaio Costa assinala que a reparação extrapatrimonial possui ao menos três atribuições:

- a) compensatória do dano à vítima;
- b) ideia de punição ao ofensor, persuadindo-o de não mais lesionar. A persuasão não se limita à figura do ofensor, acaba por incidir numa terceira função;
- c) de cunho socioeducativo. A pretensão é, além de representar medida de índole educativa ao ofensor, torna público que condutas semelhantes não serão socialmente toleradas.<sup>80</sup>

Em vista inclusive das atribuições acima, é que Carlos Alberto Bittar Filho utiliza-se dos seguintes critérios para auferir a quantificação do dano moral coletivo:

[...] o montante da condenação deve ter dupla função: compensatória para a coletividade e punitiva para o ofensor; para tanto, há que se obedecer, na fixação do *quantum debeat*, a determinados critério de razoabilidade elencados pela doutrina (para dano moral, mas perfeitamente aplicáveis ao coletivo), como, v.g., a gravidade da lesão, a situação econômica do agente e as circunstâncias de fato.<sup>81</sup>

---

<sup>80</sup> COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Op. cit.*, p. 74.

<sup>81</sup> BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 55

Xisto Tiago de Medeiros Neto<sup>82</sup> adota posicionamento semelhante e menciona que para a fixação do *quantum* da reparação, deve-se tomar por esteio o princípio da razoabilidade, assentando-se na observação de fatores como:

- (1) a gravidade, a natureza e a repercussão da lesão (reprovabilidade da conduta ilícita e amplitude do dano);
- (2) a intensidade dos efeitos da lesão em face da vítima, consideradas as suas condições pessoais;
- (3) o grau de culpa ou a intensidade do dolo, se presentes na conduta danosa; e
- (4) a situação econômica do ofensor.

Assim, ao avaliar a extensão do dano moral coletivo, o juiz deve levar em consideração a gravidade do dano e sua repercussão em face da coletividade, o que pressupõe a utilização de critério subjetivo, a qual ficará ao encargo do magistrado avaliar sua extensão. Nesse aspecto, a contribuição jurisprudencial tem sido vital na busca da uniformização dos critérios de apuração do valor do dano moral.

Merece destaque o fato de que quanto maior forem os efeitos danosos à coletividade, maior será o valor da condenação. Esses efeitos danosos serão aqueles, conforme já dito, que ameacem direitos e valores da coletividade. Nesse passo, embora o critério de existência de dor psíquica não seja necessário para que se considere a existência de dano moral coletivo, constatada a sua ocorrência, o valor da condenação deverá certamente ser majorado.

É evidente que o magistrado não poderá na maioria dos casos avaliar se houve abalo à psique da coletividade, por se tratar de fato subjetivo a qual somente o indivíduo poderá ter realmente certeza de sua existência. No entanto, em alguns casos a existência de abalo psíquico pode ser presumida, como nos casos de acidente de consumo de transporte aéreo em que há centenas de vítimas, gerando a perda de familiares e de entes queridos, hipótese que propiciaria a possibilidade de ajuizamento de ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos. No que circunda a hipótese de se presumir a existência de danos morais de natureza difusa, podemos citar ainda como exemplo a possibilidade de

---

<sup>82</sup> NETO, Xisto Tiago de Medeiros. *Op. cit.*, p. 208-209.

veiculação de publicidade abusiva que afronte de forma direta e agressiva a valores de ordem religiosa. Nessa hipótese, a existência de dor de natureza psíquica pode ser presumida, pois para as pessoas que comungam de determinada crença, o respeito a tais valores são fundamentais para o seu bem-estar e sua paz interna, de forma que qualquer ameaça a tais sentimentos pode constituir abalo ao íntimo do indivíduo e da coletividade.

Ao que pertine à situação econômica do ofensor, a sanção deve compatibilizar a função reparadora com a punitiva, a ponto de desestimular o agente a se valer de condutas semelhantes àsquelas já coibidas.

É importante ter-se em foco, pois, que, em qualquer caso, o valor estabelecido nem poderá ser de tal forma inexpressivo, que em nada compense ou satisfaça o lesado ou não signifique desestímulo para o lesante e para terceiros, nem tampouco se apresente excessivamente onerosos, de modo a arruinar economicamente o ofensor.

[...]

Em conclusão, tem-se que, nas hipóteses de condenação por dano moral é imperioso que o magistrado especifique, no estabelecimento do *quantum* equivalente à reparação devida, valor de alcance suficiente a ensejar, diante da relevância do direito lesado, além de satisfação ou compensação possível para a vítima, o atingimento do objetivo de refletir efetivo sancionamento do ofensor e desestímulo social para outras condutas de igual natureza.<sup>83</sup>

Quanto à *intensidade dos efeitos da lesão em face da vítima*, citado por Xisto Neto, tal critério se confunde certamente com o critério da gravidade do dano, pois quanto maior for a vulnerabilidade da coletividade lesada, maior será o prejuízo sofrido.

Cumprindo ainda dizer que o critério do *grau da culpa ou a intensidade do dolo*, mencionado pelo Autor citado acima, não será considerado quando se tratar de relações de consumo, em razão da mitigação da teoria da culpabilidade em função da teoria da responsabilidade objetiva.

O que se constata ao final é que a mensuração do *quantum* do dano moral coletivo será avaliada em função de seu caráter pedagógico-punitivo, com influência direta do direito

---

<sup>83</sup> NETO, Xisto Tiago de Medeiros. *Op. cit.*, p. 97-103.

norte americano, da teoria do *punitive damages*<sup>84</sup>, devendo a condenação servir como verdadeiro desestímulo ao lesante e de exemplo aos terceiros, que se inclinam a proceder de forma análoga.

Contudo, as condenações a título de dano moral aplicadas no Brasil estão muito aquém dos valores utilizados nas cortes dos Estados Unidos – provavelmente em razão da função pedagógico-punitiva encontrar raízes no direito anglo-saxônico –, de modo que ainda não podemos afirmar que as condenações a título de dano extrapatrimonial coletivo possuem a efetiva capacidade de frear condutas infratoras, ou seja, a sociedade não recebe do poder judiciário uma resposta que corresponda à sua expectativa de ver solucionada e extirpada determinada conduta que lese valores e direitos caros a todos os indivíduos.

## **7. DA LEGITIMIDADE ATIVA PARA SE REQUERER INDENIZAÇÃO A TÍTULO DE DANOS MORAIS COLETIVOS**

O dano moral coletivo é direito metaindividual, que decorre da ofensa a direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*, de modo que sua defesa se efetivará por meio de ações coletivas. Deve-se considerar, antes de tudo, que o surgimento dessas demandas coletivas está intimamente ligado à massificação das relações econômicas, o que significa dizer que existe uma padronização dos conflitos apresentados nas relações de natureza consumerista – transparecendo sua unidade coletiva –, implicando, em contrapartida, na possibilidade de se dar uma mesma solução jurídica a pessoas diversas que integrem o mesmo grupo lesado. Essa similaridade entre os conflitos e soluções a serem adotadas é a principal justificativa para a coletivização de demandas, não se olvidando que a coletivização de ações possui o condão de

---

<sup>84</sup> Judith Martins-Costa cita em sua obra que após o caso BMW of North América, Inc. x Gore (1996), a Suprema Corte norte-americana instruiu que as demais cortes passassem a utilizar das seguintes diretrizes na fixação dos *punitive damages*: “I. o grau de reprovabilidade da conduta do réu (the degree of reprehensibility of the defendant’s misconduct). Para auferir quão repreensível é a conduta, é importante, segundo a Corte, atentar-se aos seguintes fatores: (1) se o prejuízo causado foi físico ou meramente econômico; (2) se o ato ilícito foi praticado com indiferença ou total desconsideração com a saúde ou segurança dos outros (the tortious conduct evinced na indifference too r a reckless disregard oh the health or safety of others); (3) se o alvo da conduta é uma pessoa com vulnerabilidade financeira; (4) se a conduta envolveu ações repetidas ou foi um incidente isolado; (5) se o prejuízo foi resultado de uma ação intencional ou fraudulenta, ou foi um mero acidente; II. a disparidade entre o dano efetivo ou potencial sofrido pelo autor e os *punitive damages*; III. a diferença entre os *punitive damages* concedidos pelo júri e as multas civis autorizadas ou impostas em casos semelhantes.” (*Op. cit.*, p. 19)

evitar eventuais enxurradas de ações individuais com mesmo fundamento fático e jurídico, além de evitar julgamentos conflitantes acerca do mesmo tema.

Rodolfo de Camargo Mancuso ainda chama a atenção para o fato de que,

O acesso à Justiça dos interesses metaindividuais, na medida em que canaliza para o Judiciário os grandes temas sociais, vem propiciando uma releitura da trilogia ação-processo-jurisdição, tornando-a mais próxima do jurisdicionado e ensejando que esses três elementos básicos se integrem no esforço comum por uma melhor qualidade de vida e por uma eficaz gestão da coisa pública.<sup>85</sup>

Tais demandas, em razão de seu objeto e dos interesses tutelados, possuem regramento e natureza diversa das ações individuais, exigindo do legislador e do jurista, instrumentos processuais adequados à sua tutela, pois a mera previsão de direitos materiais não satisfaz os anseios sociais, como bem adverte Xisto Neto:

A intensidade e as múltiplas feições assumidas por esses interesses metaindividuais, aliadas à necessidade premente de sua proteção como fator decisivo para a promoção do equilíbrio e do bem-estar sociais, determinaram não apenas a proteção no âmbito do direito substancial, mas também a criação de ferramentas jurídicas processuais aptas a oferecer soluções objetivando a sua tutela. Afinal, é um verdadeiro truísmo afirmar que o amparo aos interesses no plano estritamente material, sem o oferecimento da via instrumental adequada e eficaz – representada por um processo apropriado à tutela desejada (específica e efetiva) – significa, na prática, nada garantir, resultando em insegurança e descrédito social inconciliáveis com as bases de um Estado Democrático.<sup>86</sup>

E ainda conclui o doutrinador:

A reparação do dano moral coletivo viabiliza-se por meio do sistema processual adequado ao trato de questões de dimensão transindividual. É certo dizer, nessa quadra, que a necessidade de proteção aos direitos coletivos (*lato sensu*) ensejou a formação de um sistema normativo próprio e apto à tutela jurisdicional de tais interesses sobre o influxo do postulado democrático de *acesso à justiça*, em compasso com a tendência da

---

<sup>85</sup> Interesses difusos e coletivos. In: *Revista do Consumidor*, n. 22/1997, p. 38.

<sup>86</sup> *Op. cit.*, p. 312.

universalidade da jurisdição. Isso ocorreu diante da suspensão e da imprestabilidade do modelo tradicional de tutela, concebido para solução de conflitos de conotação meramente individual.<sup>87</sup>

Nessa toada, o primeiro instrumento para se preservar os interesses metaindividuais foi a criação de um amplo rol de legitimados a propor ações coletivas, com natureza distinta, mesclando entes de direito público<sup>88</sup> e privado, conforme previsão normativa do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor<sup>89</sup> e do art. 5ª da Lei da Ação Civil Pública<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> *Op. cit.*, p. 353-354.

<sup>88</sup> Herman Benjamin adverte que “Um sistema estadual de proteção aos interesses supraindividuais tem certas vantagens, como, por exemplo, acarretar a legitimidade política decorrente de voto popular e o fato de que os órgãos públicos, normalmente, estão mais bem preparados para ingressar em juízo do que as entidades não governamentais, particularmente em países menos desenvolvidos e com pouca tradição de associativismo, como é o caso do Brasil, apesar dos avanços observados nos últimos anos nesses aspectos. Todavia, varias críticas podem ser feitas a um modelo de tutela dos direitos e interesses supraindividuais cuja promoção se funda na iniciativa exclusiva conferida ao aparelho estatal. Os órgãos governamentais (mesmo o Ministério Público), por mais independentes que sejam, sempre estão sujeitos a pressões políticas, possuindo limitações humanas e materiais e intransponíveis; além disso, trabalham com prioridades nem sempre coincidentes com aquelas dos tutelados, podendo ser *capturados*. Por isso, ao contrário do monopólio do Estado na tutela dos interesses transindividuais, de qualquer natureza, é recomendável o reconhecimento de soluções pluralistas, que venham a ser oxigenadas pela participação complementar de vastos segmentos da sociedade civil. Atendendo-se a estas preocupações de fundo democrático e pragmático, o sistema construído, inicialmente, pela Lei 7.347/85, posteriormente confirmada pela Constituição Federal de 1988, e finalmente consolidado com as normas do art. 82 do CDC, abriu à coletividade – mediante a legitimação das associações – a possibilidade de buscar a tutela de interesses que antes competia – quando competia! – ao Ministério Público e ao Estado.” (*Op. cit.* p. 1319-1320)

<sup>89</sup> Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

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.

[...]

<sup>90</sup> Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica,

Em ambos os permissivos legais, previstos no CDC e na LACP, a legitimidade ativa será concorrente<sup>91</sup>, de modo que qualquer um dos entes poderá atuar em juízo, sem haver a necessidade de autorização ou participação do outro ente habilitado, sendo por isso também chamada de legitimação disjuntiva<sup>92</sup>, não afastando, contudo, a possibilidade de atuarem em litisconsórcio facultativo<sup>93</sup>, conforme previsto no parágrafo único do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública<sup>94</sup>.

Mas apesar de concorrente, deve-se diferenciar a legitimidade ativa para quando houver danos a direitos difusos ou coletivos, de quando houver danos a direitos individuais homogêneos. Quando se tratar de danos a direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*, a legitimidade ativa das entidades será sempre autônoma, não ocorrendo a chamada substituição processual. Contudo, tratando-se de danos a direitos individuais homogêneos, haverá a chamada legitimação extraordinária, caracterizada pela substituição processual, conforme ensinamento de Rizzatto Nunes:

A legitimidade das entidades no caso das ações coletivas para proteção dos direitos difusos e coletivos é autônoma: não se trata de substituição processual. Ela é típica do instituto da ação coletiva, pertencendo, por isso,

---

à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).  
[...]

<sup>91</sup> Afirma Rizzatto Nunes: “A norma protecionista estabeleceu que o exercício do ‘direito de ação’ devia ser conferido a certos entes de maneira concorrente, isto para conferir a maior garantia possível de proteção aos direitos por ela definidos. A pretensão legal é de não privilegiar nenhuma entidade em especial, seja ela pública ou privada, na permissão para o ingresso das ações, visando dar a maior eficácia possível à proteção criada” (*Op. cit.*, p. 799)

<sup>92</sup> COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Op. cit.*, p. 87.

<sup>93</sup> Como bem cita Antônio Herman V. Benjamin: “Em que pese o veto sobre o §2º do art. 82, que previa a possibilidade de litisconsórcio entre diferentes órgãos do Ministério Público, aquele perdeu seu efeito diante do texto do art. 113 do CDC, que introduziu, dentre outros, o §5º ao art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, prevendo expressamente esta possibilidade. Ademais, entendemos que o veto em questão não tinha sua razão de ser frente ao princípio da unidade da instituição do Ministério Público, independentemente se da União, dos Estados ou do Distrito Federal.” (*Op. cit.* p. 1322)

<sup>94</sup> § 5.º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei.

autonomamente a cada uma das entidades, que responder por si mesma na ação. O objeto do direito em jogo não pertence à entidade – quer seja caso de direito difuso ou coletivo –, mas a ação sim: esta é exercida no âmbito de sua autonomia.

É verdade que o direito material discutido não pertence à entidade – aliás, em nenhuma hipótese pertence, nem, e muito menos, no direito individual homogêneo: o direito difuso é de objeto que pertence a toda a coletividade, sendo que os titulares são indeterminados; o direito coletivo, apesar de ter titulares determináveis, estes não precisariam ser identificados para sua caracterização. O importante é que em ambos os casos o objeto é indivisível e não há necessidade de identificação dos titulares.

[...]

A legitimidade das entidades nos casos das ações coletivas para a defesa dos direitos individuais homogêneos é extraordinária, sendo caso de substituição processual.

No direito individual homogêneo, como se viu, o titular é determinado e plural e o objeto é divisível. Isso faz com que, tecnicamente, a entidade, quando propõe a ação coletiva, age em nome próprio para postular direito alheio.<sup>95</sup>

Assim, tendo-se em conta que haverá danos extrapatrimoniais coletivos apenas nas hipóteses de danos a direitos difusos ou coletivos<sup>96</sup>, a legitimidade ativa do ente público ou privado será sempre autônoma, merecendo destaque, na promoção dos direitos difusos e coletivos, a atuação do Ministério Público e das associações de defesa do consumidor.

A atuação do Ministério Público na promoção dos direitos metaindividuais encontra fundamento tanto nos diplomas infraconstitucionais supracitados, quanto na

---

<sup>95</sup> *Op. cit.*, p 799-800.

<sup>96</sup> Apenas os danos a direitos difusos e coletivos *stricto sensu* podem efetivamente gerar responsabilidade por dano moral coletivo, posto que os direitos individuais homogêneos sejam classificados como coletivos apenas para fins de tutela jurídica, questão muito bem esclarecida por Xisto Neto: “De um mesmo quadro fático pode decorrer a configuração de danos morais a interesses coletivos e difusos, e também a interesses individuais homogêneos, cuja tutela reparatória é diferenciada. Neste sentido, faz-se possível cumular, em uma mesma ação civil pública, as respectivas pretensões indenizatórias, que terão, por lógico, objetivos, funções e formas peculiares, de maneira a guardar pertinência com a natureza da responsabilização inerente a uma outra hipótese, conforme previsto no ordenamento jurídico: na *primeira*, estabelecendo-se uma *condenação pecuniária* única, com caráter predominantemente sancionatório ao ofensor, reversível a um fundo destinado à *restituição dos bens lesados*, ou, alternativamente, direcionado para atender a objetivos sociais, por meio de iniciativas e medidas estabelecidas diretamente em pró da coletividade; na *segunda*, assegurando-se, genericamente, a reparação de danos em favor de cada um dos indivíduos integrantes do grupo atingido e titulares do direito tutelado, que ocorrerá na medida da lesão pessoalmente sofrida.” (*Op. cit.*, p. 350-351)

Constituição Federal, que determina no inciso III do art. 129 que é função do referido órgão promover a ação civil pública.

Herman Benjamin destaca que:

A atuação do Ministério Público pode se dar tanto no controle repressivo, *a posteriori*, com o objetivo de cominar sanção a violação dos direitos dos consumidores por parte dos fornecedores, ou ainda o controle preventivo que, mesmo tendo sido vetado o dispositivo específico que autorizava o Ministério Público efetuar controle administrativo das cláusulas abusivas, não se pode desconsiderar que o CDC elenca como direito básico do consumidor a prevenção de danos (art. 6º, VI), mantendo-se em vigor, de todo modo, o §4º do art. 51, pelo qual o Ministério Público, mediante requerimento, é legítimo para aprovar o controle judicial destas mesmas cláusulas.<sup>97</sup>

Quanto à legitimidade ativa das associações civis, para ingressarem com ações coletivas em defesa dos consumidores, a lei exige, de início, dois pré-requisitos: a) que tenha entre seus fins institucionais a defesa dos consumidores; b) constituição há mais de um ano (inciso IV, art. 82 do CDC).

Como bem adverte Rizzato Nunes, a “exigência legal de estipulação da defesa dos direitos do consumidor tem a intenção apenas de dar um caráter de coerência à atuação da própria associação”<sup>98</sup>, que para o ingresso de ações coletivas, ficará dispensada, inclusive, de autorização prévia assemblear, conforme a parte final do inciso IV do art. 82 do CDC, esclarecendo Rizzato as motivações do legislador:

O legislador consumerista percebeu desde logo a dificuldade de atuação de uma associação que pretendesse proteger o consumidor: são sempre dezenas, centenas de problemas a serem enfrentados judicialmente e, ainda que se pudesse interpretar que o estatuto já contivesse expressamente autorização – o que poderia ser feito –, surgiria dúvida e, pelo menos, discussão a respeito da legitimidade ativa da associação se não fosse apresentada a prévia e específica autorização para o ingresso da ação.

---

<sup>97</sup> *Op. cit.*, p. 1321.

<sup>98</sup> *Op. cit.*, p. 806.

Daí que fez muito bem o legislador em, ele próprio, conferir a “expressa autorização” a que se refere a Constituição Federal: é a Lei n. 8078/90, que expressamente autoriza a associação a ingressar com a ação judicial, cumprindo o comando constitucional, ficando a associação dispensada de fazer assembleia para tanto.<sup>99</sup>

Quanto ao requisito da pré-constituição, determina a lei que a associação esteja constituída há pelo menos um ano, contados da data da propositura da ação, a fim de se evitar a criação de associações com fins escusos e dissociados do real interesse em defender os direitos do consumidor. Entretanto, tal regra não é absoluta, posto ter sido relativizada pelo disposto no §1º do art. 82 do CDC, que assim dispõe:

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Esse dispositivo preserva o interesse de associações que sejam criadas com finalidade específica, em razão da particularidade do caso, tendo como principal exemplo os casos de acidente de consumo, nos quais os familiares das vítimas podem se unir em uma associação, com o fim de pleitear direito decorrente do fato lesivo. Nessa hipótese, seria ilógico exigir a pré-constituição da associação ou exigir que a mesma seja criada e aguarde o prazo de um ano para pleitear o interesse em questão.

Encontram-se ainda entre os legitimados a propor ações coletivas as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, como PROCONs estaduais e municipais, o DPDC (Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor), a Defensoria Pública, assim como a própria União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal.

## **8. FUNDO DE DIREITO DIFUSO**

A proteção aos direitos e valores coletivos poderá se dar através de obrigação de fazer ou não fazer, como sentença que obrigue que uma determinada publicidade enganosa ou abusiva seja retirada do ar, bem como por meio da aplicação de sanção de cunho pecuniário a

---

<sup>99</sup> NUNES, Rizzatto. *Op. cit.*, p. 807.

aquele que infringir direitos coletivos<sup>100</sup>. A respectiva indenização será destinada ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, conforme previsto no art. 13 da Lei 7347/85:

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.

O referido fundo estará vinculado ao Poder Executivo e receberá valores oriundos de condenações a título de dano moral coletivo, proferidas em ações coletivas, de multas administrativas<sup>101</sup> aplicadas pelos PROCON's e pela indenização prevista no art. 100 do Código de Defesa do Consumidor<sup>102</sup>.

Quando se tratar de condenação a título de dano moral coletivo, o valor da indenização será utilizado com o fim de restituir ou compensar o bem lesado, por meio de ações educativas, científicas, na edição de material informativo e na modernização administrativa<sup>103</sup>, ficando ao encargo do Estado decidir a política de reparação a ser adotada.

Xisto Neto ressalta que:

---

<sup>100</sup> A Lei 7.347/85 (LACP) prescreve: “Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.”

<sup>101</sup> Art. 57. A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos. (Redação dada pela Lei nº 8.656, de 21.5.1993)  
Parágrafo único. A multa será em montante não inferior a duzentas e não superior a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (Ufir), ou índice equivalente que venha a substituí-lo. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 8.703, de 6.9.1993)

<sup>102</sup> 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.

<sup>103</sup> GIRARDELLI, Adriana Carvalho. *Op. cit.*, p. 218.

A constituição legal do mencionado Fundo, a fim de receber e prover o destino devido ao dinheiro arrecadado nas condenações pecuniárias oriundas das ações civis públicas (art. 3º da LACP), representou solução mais lógica no universo da tutela dos direitos transindividuais, a considerar-se a indivisibilidade do interesse atingido, a titularização reconhecida a dada coletividade e a indeterminação das pessoas dela integrantes, aspectos que traduzem a impossibilidade de reparação direta em favor dos membros da respectiva coletividade.<sup>104</sup>

A regulamentação do fundo de direito difuso está normatizada no Decreto 1.036/94 e na lei 9.008/95.

O Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), criado pela Lei nº 7347, de 24 de julho de 1985, tem por finalidade a reparação de 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 (art. 1º, Dec. 1.306/94).

Assim, sendo os direitos transindividuais de natureza indivisível, o fruto das condenações a título de dano moral será utilizado em favor de toda a coletividade, que será compensada indiretamente<sup>105</sup>, seja por meio de ações afirmativas em benefício dos consumidores, seja através da melhoria dos equipamentos públicos.

---

<sup>104</sup> *Op. cit.*, p. 213.

<sup>105</sup> Comenta Xisto Neto: “De forma secundária, no entanto, é possível até mesmo conceber uma finalidade compensatória indireta em sede de reparação do dano moral coletivo, considerando que é a coletividade o sujeito passivo da violação e do respectivo dano e que a parcela da condenação será destinada à “reconstituição dos bens lesados”. Assim, poder-se-ia enxergar, em tal aspecto, a presença de uma compensação, indiretamente, em favor da própria coletividade, à vista do direcionamento que é dado à verba resultante da condenação, recolhida a um fundo próprio (art. 13 da LACP), ou, como possibilidade alternativa, revertida a entidades públicas ou privadas, sem fins lucrativos e de reconhecido valor social, para atuação em favor da própria coletividade. (*Op. cit.*, p. 203).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após explicações acerca do instituto do dano moral coletivo, constata-se sua perfeita compatibilidade com a legislação pátria, seja em função da previsão constitucional para a reparação integral do dano, com fulcro nos incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal, seja em função da previsão infraconstitucional acerca do instituto do dano moral coletivo, no inciso VII do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor e caput do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública.

Com o alargamento do conceito de consumidor feito pelo parágrafo único do art. 2º e arts. 17 e 29, todos do CDC, assim como a criação de um largo rol dos legitimados a propor a competente ação coletiva, o ordenamento jurídico aprimorou a proteção a classe consumidora, proporcionando-lhe guarida na esfera coletiva, resguardando-lhe o direito à indenização por danos extrapatrimoniais, o que constitui clara inovação jurídica na proteção dos direitos e interesses supraindividuais, além de ser uma resposta às arbitrariedades e aos danos praticados por alguns fornecedores no mercado de consumo

Mas em que pese à citada previsão legislativa para o instituto do dano moral (extrapatrimonial) coletivo, para que se faça a melhor compreensão do tema, este deve ser abordado e analisado, antes de tudo, sob a perspectiva da evolução das teorias da responsabilidade civil, no contexto das relações massificadas, as quais os interesses dos consumidores sujeitam-se, inicialmente, às práticas comerciais impostas pelos fornecedores, que não raro, levam em conta somente interesses mercadológicos, o que não coaduna com o princípio constitucional da solidariedade social, que tem entre os seus escopos a valorização e preservação dos interesses difusos e coletivos.

Em razão da massificação das relações sociais e econômicas, ficou caracterizada a disparidade entre os agentes econômicos – consumidor e fornecedor – alterando a regra dos contratos paritários típicos do século XIX. Nesse contexto, o direito civil tradicional se viu impossibilitado de atender a contento às demandas e anseios sociais oriundos da atual ordem econômica, razão pela qual o legislador criou o microsistema do Código de Defesa do Consumidor, que ao reconhecer a *vulnerabilidade* dos consumidores, como pressuposto

necessário de tal relação, garante a esses, o reequilíbrio da relação jurídica, protegendo os desiguais na medida de sua desigualdade.

Assim, o direito à indenização pelo dano extrapatrimonial coletivo adveio como direito transindividual pertencente à coletividade – aqui também considerada como “sujeito coletivo” vulnerável em face das práticas comerciais dos fornecedores – que exsurge da ofensa a direitos da personalidade ou a valores de determinado grupo, bem como da hipótese de ofensa a direito patrimonial de relevância social. Tal relevância será avaliada em razão de sua natureza ou em função da extensão do dano, pois como já alertado, muitos fornecedores cometem infrações de pouca representatividade econômica, quando considerados sob a ótica individual, mas que quando considerados sob o prisma coletivo, verifica-se que a gravidade do dano ultrapassa o mero interesse individual, alcançando a chamada relevância social.

O direito ao dano moral coletivo representa uma resposta jurídica à coletividade exposta às práticas abusivas, possuindo o instituto basicamente duas faces: a) a primeira está relacionada à compensação pecuniária e indireta feita pelo agente ofensor à coletividade ofendida, no qual o valor da condenação será revertido ao Fundo de Direito Difuso criado pela Lei 7.347/85; b) a segunda face do dano moral coletivo está relacionada à sua função pedagógico-punitiva, na qual a condenação visará coibir o fornecedor a não cometer novas condutas no mesmo sentido, além de servir de exemplo a fornecedores terceiros que não façam parte do processo coletivo, mas que pratiquem condutas semelhantes.

A função compensatória será efetivada apenas de forma indireta, pois além do valor da condenação ser destinado ao Fundo de Direito Difuso e não a coletividade lesionada, deve se ter em mente ainda que nem sempre seja possível identificar os consumidores lesados, o que impossibilita que eventuais ações corretivas, promovidas com o valor da condenação, alcancem de forma objetiva a todos aqueles que foram lesados.

A função punitiva do dano moral coletivo encontra sua origem na teoria da *punitive damages* norte-americana, prevalecendo o aspecto sancionador em face do compensatório. A prevalência do carácter punitivo se torna pertinente e fundamental, na medida em que a intenção do instituto seja, através do sancionamento, evitar preventivamente

a ocorrência do dano coletivo e a consequente melhoria da atuação dos fornecedores no mercado de consumo. Dessa maneira, a punição pecuniária se mostra a mais eficaz, sobretudo, numa sociedade capitalista.

Outro ponto relevante acerca do instituto do dano moral coletivo é que o mesmo será aplicável somente para os casos em que houver danos a direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, pois para os casos em que houver danos a direitos individuais homogêneos, o valor da condenação será revertido aos indivíduos lesados, que deverão habilitar-se no processo coletivo após de transitada decisão condenatória, promovendo a respectiva liquidação e execução de sentença, ressalvado, entretanto, o disposto no art. 100 do Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, somente os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* são efetivamente considerados coletivos, pois os direitos individuais homogêneos serão coletivos apenas para efeitos processuais, pois sua natureza intrínseca é de direito individual.

Dessa forma, o instituto do dano extrapatrimonial coletivo possui função significativa no combate ao chamado *dano injusto*, sendo de grande valor para a socialização do direito, além de ser instrumento de grande valia para a correção das imperfeições existentes no mercado de consumo, preservando a coletividade de condutas e práticas comerciais que afrontem os interesses difusos e coletivos, que devem ser resguardados, haja vista sua relevância social.

## BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Maria da Glória Villaça Borin Gavião de Almeida; WADA, Ricardo Morishita. **Os sistemas de responsabilidade no CDC**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Editora dos Tribunais, v. 5, 2010.

ANDRADE, André Gustavo C. **A evolução do conceito de dano moral**. Revista da Ajuris, Porto Alegre, n. 92, 2003.

BESSA, Leonardo. **Dano moral coletivo**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 5, 2010.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, v. 12, out./dez. 1994.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ação Civil Pública**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.

CARVALHO, André Ramos. **Ação civil pública e o dano moral coletivo**. Revista de Direito do Consumidor n. 25, São Paulo, jan-mar, 1988.

COSTA, Marcelo Freire Sampaio. **Dano Moral (Extrapatrimonial) Coletivo**. São Paulo: LTr. 2009.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2005.

GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GIRARDELLI, Adriana Carvalho. **A associação civil como garantidora da defesa do consumidor**. São Paulo: Lex Editora, 2005.

GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil do fabricante**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Editora dos Tribunais, v. 5, 2010.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A problemática dos interesses difusos**. In: **A tutela dos interesses difusos**. Série Estudos Jurídicos. São Paulo: Max Liemonad, 1984.

\_\_\_\_\_. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 97.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

JORGE, Flávio Cheim. **Responsabilidade civil por danos difusos e coletivos sob a ótica do consumidor**. Responsabilidade Civil – Volume IV. Revista dos Tribunais, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos e coletivos**. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 22, p. 37-52, abr/jun. 1997.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman V. MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: RT. 2010.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva: punitive damages e o Direito Brasileiro**. Revista CEJ, Brasília, n.º 28, p. 15/32, jan./mar. 2005.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas. 2012.

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

NETO, Xisto Tiago Medeiros. **Dano moral coletivo**. São Paulo: LTr. 2012.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva. 2011.

GILISEN, John. **Introdução histórica ao direito**, Bruxelles: Établissements Émile Bruyant, 1979, 4. ed. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

SÉLLOS, Viviane Coêlho. **Responsabilidade do profissional liberal pelo fato do serviço**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Editora dos Tribunais, v. 5, 2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER Teresa Arruda Alvim. **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. (Coord.) YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. São Paulo: DPJ, 2005.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. **Direitos e interesses individuais homogêneos: a “origem comum” e a complexidade da causa de pedir. Implicações na legitimidade ad**

**causam ativa e no interesse de agir do Ministério Público.** In: *Revista Faculdade de Direito PUC/SP*, n. 1, ano 1.