



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

**LEGITIMIDADE ATIVA NAS AÇÕES
DE DANO MORAL COLETIVO.**

Érica Gama Flores.

**Rio de Janeiro
2010**

A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ – não aprova nem reprova as opiniões emitidas neste trabalho, que são de responsabilidade exclusiva da autora.

ÉRICA GAMA FLORES

LEGITIMIDADE ATIVA NAS AÇÕES DE
DANO MORAL COLETIVO.

Monografia apresentada à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof. Marcelo Pereira Almeida.

Rio de Janeiro

2010

ÉRICA GAMA FLORES

Legitimidade ativa nas ações de dano moral coletivo.

Monografia apresentada à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof. Marcelo Pereira Almeida.

Data de aprovação: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Marcelo Pereira Almeida – Orientador

Para minha família, com todo carinho.

AGRADECIMENTOS

A elaboração de uma monografia exige ajuda de todos, seja com uma palavra de carinho, seja com uma correção. Por isso, agradeço minha família, que sempre incentiva meu aprendizado.

Agradeço também aos meus amigos de trabalho, pela solidariedade com a qual sempre me acolheram.

Não poderia deixar de agradecer à EMERJ. Além de aprimorar de meus conhecimentos jurídicos, a Escola proporcionou o contato com a Professora Néli Fetzner, Anna Dina e o Professor Marcelo, meu orientador. Agradeço a eles pelo estímulo para continuar escrevendo e aperfeiçoando meus conhecimentos.

SÍNTESE

A essência do trabalho é levantar a discussão sobre a possibilidade de um indivíduo, relacionado ao grupo, requerer indenização por danos morais coletivos pelo grupo. A sociedade de massa fez surgir interesses que pertencem a grupos indeterminados. Dentre as demandas que envolvem a coletividade, estão aquelas referentes a danos morais coletivos. As ações típicas para a tutela desses direitos têm legitimidade ou objetos limitados, que acabam restringindo o acesso à justiça. A partir dessas considerações, é criticado o modelo vigente de legitimidade nas ações coletivas e proposta discussão sobre a aproximação com o modelo da *class action* americana.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.	7
1. HISTÓRICO DAS SOCIEDADES.	10
1.1. Dimensões de Direitos Fundamentais.	12
1.2. Classificação de interesses.	15
2. PRINCÍPIOS DA TUTELA COLETIVA.	19
2.1. Princípios específicos.	21
3. DANO MORAL E DANO MORAL COLETIVO.	25
3.1. Conceito.	25
3.2. Dano Moral Coletivo	38
4. MEDIDAS JUDICIAIS CABÍVEIS PARA A TUTELA DE DANOS MORAIS COLETIVOS.	41
4.1. Ação civil pública.	41
4.1.1. Conceito e bens tutelados.	41
4.1.2. Legitimidade ativa e passiva.	44
4.1.3. Coisa julgada.	46
4.2. Ação popular.	47
4.2.1. Conceito e bens tutelados.	47
4.2.2. Legitimidade ativa e passiva.	49
4.2.3. Coisa julgada.	50
4.3. Mandado de segurança coletivo.	50
4.3.1. Conceito e bens tutelados.	51
4.3.2. Legitimidade ativa.	58

4.3.3. Coisa julgada. _____	62
5. LEGITIMIDADE ATIVA NAS AÇÕES DE DANO MORAL COLETIVO.	64
5.1. Inovações do Projeto de Lei 5.139/09. _____	66
5.2. Críticas ao modelo de legitimidade ativa em ações de dano moral coletivo.	70
CONCLUSÃO _____	74
REFERÊNCIAS _____	77

INTRODUÇÃO

Enquanto houver sociedade e Estado, haverá necessidade de normas que possam nortear o comportamento dos indivíduos entre si e evitar o caos. Para tanto, não bastam orientações morais, uma vez que não há sanções para quem as descumpre. Surge a busca por normas dotadas de imperatividade e coercibilidade, que possam resguardar direitos.

Como um dos postulados de maior expressão, surge o dever de não causar danos a outrem, sob pena de ser gerada obrigação de indenizar o prejudicado. Vislumbra-se, a partir deste momento, a possibilidade de que qualquer que seja o dano deverá ser reparado. Com a evolução da sociedade, o dano moral foi incluído.

Desde a criação do dano moral, o próprio instituto do dano moral sofreu várias alterações de interpretação, acabando por ser maciçamente difundido no cotidiano. Qualquer agressão à dignidade do indivíduo é apta a gerar reparação pecuniária. Contudo, ainda há controvérsias quanto à reparabilidade do dano se o bem jurídico violado for a dignidade de um grupo de pessoas.

A Constituição da República protege como direito fundamental no artigo 5º, inciso X, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando indenização em caso de violação. No artigo 5º, inciso V, determina o direito de indenização por danos materiais, morais ou à imagem. O Código Civil também prevê tutela àqueles que sofrem danos morais. Nenhuma delas trata do dano à coletividade.

A situação é bastante subjetiva. A legislação atual, quando se refere ao dano individual, oferece critérios muito vagos quanto à sua efetivação e quantificação. Há ainda muitas dúvidas quanto à existência de dano moral no caso concreto. Imagine-se o tamanho desses questionamentos quando o ofendido é uma comunidade.

Há ainda outra questão que se pretende solucionar neste trabalho. Caso o dano moral

alcance interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo, questiona-se quem poderia ajuizar a ação. A manutenção do modelo das atuais ações que tutelam interesses coletivos *lato sensu* pode impedir o acesso à justiça e a reparação do dano.

Por isso, este trabalho questiona, além da existência do dano moral coletivo, a legitimidade para pleitear essa indenização. Como já se observa, o modelo atual não atende ao modelo das sociedades de massa.

Para apresentar soluções a essas dúvidas, o primeiro capítulo deste trabalho realiza breve histórico da evolução das sociedades, situando na história as dimensões de direitos fundamentais. Termina conceituando as espécies de interesses. Destaca-se, nesse ponto, os interesses coletivos em sentido amplo, compreendidos entre os direitos de 3ª dimensão.

No segundo capítulo, está a análise, não menos importante, dos princípios aplicáveis. Para tanto, são apontadas as principais diferenças entre a tutela coletiva e a individual. Além disso, estão enumerados os princípios indicados no Projeto de Lei 5.139/09, que pretende regulamentar a Ação Civil Pública.

Após a exposição dos conceitos iniciais, o terceiro capítulo expõe a trajetória do dano moral no Direito brasileiro. Estão incluídos sua conceituação e critérios de quantificação. Discorre-se, também, sobre a existência de dano moral coletivo, com ênfase nas decisões do Superior Tribunal de Justiça.

Já no quarto capítulo, é iniciada a discussão sobre a forma de efetivação da tutela desses direitos coletivos. Para tanto, são elucidados objeto, legitimidade e coisa julgada das principais ações coletivas para a reparação de danos. São elas: ação civil pública, ação popular e mandado de segurança coletivo.

Todo o material serve de fundamento para, no quinto capítulo, questionar a legitimidade nas ações de reparação de danos morais coletivos. O rol de legitimados nas ações típicas pode, em breve, impedir que uma pessoa, com vínculos ao grupo atingido, peça

reparação por todo o dano ambiental.

Essas controvérsias são conhecidas da doutrina. Tanto é assim que os projetos de lei sobre processo coletivo permitiam o que se sustenta nesse trabalho. Contudo, esses projetos foram arquivados.

Para buscar sugestões de resposta, este trabalho utiliza pesquisa descritiva, histórica e explicativa, utilizando como principais fontes a doutrina, a jurisprudência nacional e o ordenamento jurídico brasileiro.

O conteúdo dessa análise passa pela introdução ao estudo do direito, Direito Civil, Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Processual Civil, bem como pela história universal. Sem todos esses elementos, é impossível ambientar, com precisão, o momento da evolução da sociedade de massa. É ela quem impulsiona o Direito a conceder toda proteção possível, sem que cada indivíduo tenha que ajuizar uma ação.

A importância dos questionamentos aqui trazidos está na adequada tutela dos interesses coletivos. Há hipóteses em que os órgãos legitimados para a propositura de ações coletivas não podem ajuizar a ação por vedação legal. É o que ocorre, por exemplo, no parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/85, que impede o ajuizamento de ação civil pública sobre tributos. Há casos, ainda, em que o órgão legitimado não atua.

1 - HISTÓRICO DAS SOCIEDADES.

Onde está a sociedade, está o Direito.¹ O antigo brocardo consegue compreender e resumir, perfeitamente, toda transformação do Direito durante a História. Existe uma relação de dependência entre os dois. A modificação de um, reflete no outro.

Em verdade, “o Direito corresponde à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem, de direção e solidariedade”.² As palavras de Miguel Reale auxiliam na visualização da estrita relação entre a sociedade e o Direito.

Daí porque, com as alterações na sociedade e com o aumento da complexidade das relações intersubjetivas, fez-se necessário um comando de ordem, dotado de imperatividade, bilateralidade, coercibilidade e heteronomia.³

Não é possível avaliar em que momento o Direito passou a reger essas relações. Entretanto, é certo que a sua origem confunde-se com o nascimento do próprio Estado. Isso porque o Estado é também fruto da ampliação e do desenvolvimento da sociedade.⁴

Como explica Guilherme Peña de Moraes, há sete correntes doutrinárias que justificariam a criação do Estado.⁵ Dentre elas, merece destaque a teoria contratualista. Suas

¹ Esse é o significado para o ditado “*Ubi Societatis, Ibi Jus*”. REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 26. ed., São Paulo:Saraiva, 2002, p. 2.

² *Ibid.*

³ REALE. *Op. Cit. p. 57.* - O autor utiliza esses quatro atributos para diferenciar a moral, o Direito e o costume. Assevera que, enquanto o Direito possui as quatro características, a moral, diz respeito ao “mundo do comportamento espontâneo”, possui apenas bilateralidade. Já o costume, que são normas de trato social, possui somente heteronomia e bilateralidade. Por isso, costumes e moral não podem ser impostos.

⁴ MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional: Teoria do Estado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.2.

⁵ MORAES. *Op. Cit.* 2006, p.2/5. São as outras teorias: A teoria da origem patriarcal, defendida por Robert Filmer, sustenta que a sociedade política é produto da ampliação ou desenvolvimento da sociedade humana. Já a teoria da origem patrimonial, de Friedrich Engels, destaca o papel da propriedade na formação da sociedade. Afirmava que a riqueza é o maior bem. Por outro lado, a teoria da origem violenta, de Franz Oppenheimer, enfatiza a atuação de grupos dominantes. Imputavam a um grupo vencedor e a um grupo vencido a organização social. Em outra posição, Maurice Hauriou defende a teoria da formação natural, que associa a sociedade política à fixação no território. A própria História teria se iniciado com a humanidade sedentária. Para a teoria da formação histórica, há três modos de formação do Estado: modo originário, com formação nova; secundário, quando vários Estados se unem ou um é cindido; e modo derivado, com a influência de outros Estados. Por fim, a teoria de Carré de Malberg defende a formação jurídica, segundo a qual o Estado advém da organização

Subdivisões acompanham o pensamento de ilustres vanguardistas dos séculos XVIII e XIX.

O fundamento principal dessa teoria é definir a sociedade política como resultado de um acordo de vontades entre os membros da sociedade.⁶ Suas divisões são a corrente absolutista, a liberal e a democrática.

A primeira, capitaneada por Thomas Hobbes⁷, sustenta que o homem, em seu estado natural, seria agressivo. Haveria “guerra de todos contra todos”.⁸ Para evitar isso, os súditos renunciariam a seus direitos em favor do soberano, no caso, o rei absolutista. Isso dava ao rei o poder político absoluto.⁹

A corrente liberal, de John Locke, é uma espécie de resposta à anterior. Aqui, defendia-se que o homem tinha direitos naturais e que é movido pela razão. Por isso, o estado natural era de paz. Haveria acordo político para que os cidadãos transferissem parte de seus direitos para o Estado. O principal benefício disso seria a soberania de seu parlamento com a limitação dos direitos naturais, o que manteria a paz.¹⁰

A última espécie é a corrente democrática, representada por Jean-Jacques Rousseau. O homem natural seria semelhante a um animal selvagem. Isso se equipara ao estado de felicidade. O contrato seria da vontade de todos. Daí se dizer que “o poder político é engendrado como soberania das massas”.¹¹ O momento máximo de liberdade seria a eleição do parlamento.¹²

Até pelo conteúdo das teorias sobre a formação da sociedade, verifica-se a progressão do pensamento e da consciência de si mesmas. As mudanças são ainda mais evidentes quando se trata da evolução dos chamados direitos fundamentais.

O que se infere dessas teses é que, com certeza, ninguém poderia prever todas as

normativa da sociedade. Para tanto, a Constituição pré-existe ao Estado ou nasce concomitantemente.

⁶ MORAES. *Op. Cit.* 2006, p.4.

⁷ *Idem.*

⁸ MORAES. *Op. Cit.* 2006, p.4.

⁹ MORAES. *Op. Cit.* 2006, p.5.

¹⁰ *Idem.*

¹¹ *Idem.*

¹² MORAES. *Op. Cit.* 2006, p.6.

modificações desde a colocação do primeiro cercado e da primeira conversa de colegas até hoje. A criatura tornou-se criadora.

1.1. Dimensões de Direitos Fundamentais.

Enquanto se discutia a origem contratualista do Estado, as regras desse contrato eram postas à mesa. Nesse sentido, surgiram os direitos fundamentais. A matéria é bastante intrincada, pois a própria conceituação é divergente.

É certo que os direitos do homem são direitos históricos. Isso porque nascem na Era Moderna em resposta a lutas contra o Estado absolutista.¹³ Isso, por si só, já aponta para a possibilidade de variação, a depender das condições históricas.¹⁴

Há quem defenda¹⁵ que os direitos humanos são conjunção dos direitos naturais, que correspondem ao homem por ele estar em sociedade. Outros, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, apontam que há distinção entre os direitos fundamentais aplicados a nacionais e a estrangeiros.¹⁶ André Ramos Tavares defende o uso da expressão “Direitos Fundamentais do Homem”, porquanto engloba tanto direitos individuais quanto sociais e de solidariedade.

Quanto à divisão dos direitos, é necessário fazer uma nota quanto à nomenclatura. Foi imortalizada a expressão “gerações de direitos” para designar o conteúdo desse ponto.¹⁷ Entretanto, isso não é adequado. A palavra “geração” passa a idéia de exclusão, o que não é o caso. Cada nova fase acrescenta sem excluir. Há ainda direitos que pertencem a mais de uma geração, como o direito ao contraditório.¹⁸

¹³ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.5.

¹⁴ BOBBIO. *Op. Cit.* p. 18.

¹⁵ Essa é a posição de Thomas Paine, citado em TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed., São Paulo:Saraiva, 2008, p. 447.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ Provavelmente isso ocorreu porque uma das maiores referências sobre o tema, a obra “A Era dos Direitos” de Norberto Bobbio, usa essa expressão. A exemplo: BOBBIO. *Op. Cit.* p.6.

¹⁸ Nesse sentido, está muito bem exposto na obra de André Ramos Tavares, a partir da página 439 (TAVARES,

A primeira dimensão de direitos surgiu nos séculos XVII, XVIII e XIX, em meio à efervescência das idéias da Revolução Francesa e da Independência dos Estados Unidos. Os eventos mais marcantes desse período foram a assinatura pelo Rei “João Sem Terra” da Carta Magna de 1215; a Paz de Westfália em 1648; o *Habeas Corpus Act* em 1679; a *Bill of Rights* de 1688 e as Declarações de Direitos Americana, em 1776 e Francesa (1789).¹⁹

Era um movimento pela exclusão do poder absoluto do rei e pela defesa do Estado Liberal, daí porque pretende o reconhecimento de liberdades individuais. É flagrante o caráter negativo desses direitos, ou seja, pedem um não agir do Estado²⁰. Por isso, há quem diga²¹ que correspondem a dever de abstenção por parte do Poder Público. Daí porque enfatizam o princípio da liberdade.²² São exemplos de direitos de primeira dimensão a inviolabilidade do domicílio, segredo de correspondência, proteção contra privação arbitrária de liberdade.

Mais tarde, com a Revolução Industrial Européia, no século XIX, foi observada a carência de outros valores. As condições degradantes de trabalho deram causa a manifestações pleiteando proteção aos trabalhadores e normas de assistência social. Destacam-se, no período, o movimento cartista, na Inglaterra e a Comuna de Paris.²³

Além disso, o início do século XX foi marcado pela Primeira Guerra Mundial. Os efeitos refletiram na busca pelos chamados direitos sociais. Surgiram a Constituição de Weimar, o Tratado de Versalhes (OIT), ambos de 1919,²⁴ e a Constituição do México, de 1917.

Daí porque a segunda dimensão é voltada para a proteção de direitos sociais, econômicos e culturais. São liberdades positivas, que determinam uma atuação do Poder

André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed., São Paulo:Saraiva, 2006)

¹⁹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 10. ed. São Paulo: Método, 2006, p. 526.

²⁰ BOBBIO. *Op. Cit*, p. 6.

²¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor São Paulo: Atlas*, 2008, p. 306.

²² É o que afirmam Sergio Cavaliere Filho (CAVALIERI FILHO. *Op. Cit*, 2008, p. 306) e Norberto Bobbio (BOBBIO, Norberto, *Op. Cit*. p. 6).

²³ LENZA, *Op. Cit*. p. 526.

²⁴ *Idem*.

Público²⁵. Isso porque se percebeu a necessidade de que sejam fornecidos meios para a efetivação dos direitos individuais²⁶.

Nesse passeio histórico, é chegada a Segunda Guerra Mundial. O crescente desenvolvimento tecnológico e científico levou a profundas modificações nas relações econômico-sociais.²⁷ Surge a chamada sociedade de massa.

Diante da conjuntura, a terceira dimensão aponta para a tutela de direitos fundados no princípio da solidariedade universal.²⁸ Nesse período, são criados os direitos coletivos, pois atendem a número indeterminado de indivíduos e seu objeto é indivisível. Traduzem, em síntese, liberdades por meio do Estado.²⁹ São exemplos os direitos relacionados a meio ambiente, serviços públicos, c

Há quem fale³¹, ainda, em outras dimensões de direitos. Contudo, a maioria da doutrina assevera que são apenas desdobramentos das anteriores.³²

Note-se que, a partir da terceira dimensão, não há diferenciação entre a exigência de conduta positiva do Estado ou de abstenção.³³

Para este trabalho, enfatizam-se os feitos da terceira dimensão, a qual confere tutela a interesses transindividuais³⁴.

Importa lembrar a lição de Norberto Bobbio³⁵:

²⁵ BOBBIO. *Op. Cit.* p. 6.

²⁶ TAVARES, *Op. Cit.*, p. 456.

²⁷ LENZA. *Op. Cit.* p. 527.

²⁸ CAVALIERI FILHO, *Op. Cit.* 2008, p. 307.

²⁹ BOBBIO. *Op. Cit.* p. 33.

³⁰ CAVALIERI FILHO. *Op. Cit.* 2008, p. 306.

³¹ Norberto Bobbio defende que existiria quarta geração de direitos, decorrente de pesquisas biológicas, como a manipulação do patrimônio genético (BOBBIO, *Op. Cit.* p.6). Por isso, colocariam em risco a existência humana (LENZA, *Op. Cit.* p. 527). Por outro lado, Paulo Bonavides e Celso Bastos defendem que o direito universal ao desarmamento nuclear, a não intervenção genética e a democracia participativa caracterizariam a quarta dimensão. André Ramos Tavares, revendo seu entendimento, passou a defender que a quarta dimensão corresponde ao direito das minorias, com diferenciação qualitativa do direito aplicado (TAVARES, *Op. Cit.* p.459)

³² É o que afirmava, por exemplo André Ramos Tavares (*Idem*), antes da 8ª edição.

³³ BOBBIO, Norberto, *A Era dos Direitos*, p. 6.

³⁴ Essa é a nomenclatura adotada por Hugo Nigro Mazzilli (*A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2008).

³⁵ BOBBIO. *Op. Cit.* p. 1.

Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem, reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo.

Daí porque o Estado Democrático de Direito passa pelo reconhecimento das dimensões de direitos e de sua proteção.

1.2. Classificação de interesses.

Os interesses são classificados como privados e públicos. Os primeiros são aqueles em que o titular do direito é o indivíduo, razão pela qual há contraposição entre os indivíduos em seu inter-relacionamento³⁶. Por outro lado, os interesses públicos estão caracterizados quando o Estado é o titular do interesse. Por isso, há “contraposição do interesse do Estado ao do indivíduo”.³⁷

Contudo, a dicotomia clássica não foi suficiente para a classificação dos direitos destacados na terceira dimensão. Isso pode ser verificado, dentre outros, no artigo 82, III, do Código de Processo Civil. Nele, o legislador atribui ao Ministério Público a função de atuar quando exista interesse público. Com essa disposição, flexibiliza o conceito de interesse público como aquele titularizado pelo Estado e adota o conceito de interesse da coletividade, no chamado bem geral.³⁸

Nesse sentido, diz-se que há categoria intermediária de interesses, do qual faz parte o interesse coletivo em sentido amplo. Está entre o interesse público e o privado, sem ser

³⁶ MAZZILLI, *Op. Cit.* p. 47/48.

³⁷ MAZZILLI, *Op. Cit.* p. 48.

³⁸ *Idem.*

propriamente estatal.³⁹ Esse é ligado a interesse estritamente particular, enquanto aquele se relaciona à coletividade como um todo.⁴⁰

Observe-se que, para fins didáticos, os interesses coletivos em sentido amplo são divididos em difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. Cada categoria será explicitada a seguir.

Os interesses difusos são sempre transindividuais, indivisíveis, com sujeitos ou titulares indeterminados e vítimas ligadas por situação de fato. É o que está descrito no artigo 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor.⁴¹

A transindividualidade significa que estão acima dos interesses individuais. Por isso, não aceitam transação porque pertencem a todos. Daí a indisponibilidade.⁴² É também indivisível, pois, por impossibilidade fática, seu objeto não pode ser cindido. Ademais, os titulares são indeterminados e indetermináveis. Quanto ao vínculo entre os titulares, será decorrente de situação de fato, como pessoas que residem em determinado município.⁴³

Importante destacar que, em decorrência da transindividualidade, o Ministério Público é sempre legitimado para a defesa de interesses difusos.⁴⁴

Já os interesses coletivos *strictu sensu* estão conceituados no inciso II do parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor⁴⁵. Assim como os interesses difusos, são transindividuais e indisponíveis. São, também, indivisíveis quanto ao objeto. A principal diferença em relação à categoria anterior é que os sujeitos são determinados ou determináveis, porquanto ligados entre si ou com a parte contrária por relação jurídica-base. Esse vínculo

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ CAVALIERI FILHO. *Op. Cit.* 2008, p. 307.

⁴¹ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

⁴² *Idem.*

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ CAVALIERI FILHO. *Op. Cit.* 2008, p. 312. O tema legitimidade será melhor abordado no último capítulo deste trabalho.

⁴⁵ Art. 81, parágrafo único, 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;

pode ser uma categoria, grupo ou classe. Um exemplo: os condôminos de um edifício⁴⁶.

No caso, o Ministério Público terá legitimidade apenas se provado o relevante interesse público ou social na questão, pela dimensão ou característica do dano⁴⁷.

Quanto aos interesses individuais homogêneos, seu conceito está no artigo 81, parágrafo único, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor⁴⁸. São direitos individuais que ganharam destaque por terem origem comum. Daí porque seus únicos requisitos são a homogeneidade e a origem comum⁴⁹. São individuais por natureza, disponíveis, seus sujeitos são identificáveis e seu objeto é divisível. A origem pode ser fática, jurídica ou ambos.

Quanto a essa categoria, para que se evidencie a legitimidade do Ministério Público, também é necessário que se prove a relevância⁵⁰. É esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça⁵¹.

Note-se que, na prática, é muito difícil fazer a distinção entre as categorias, mesmo porque uma demanda pode conter as três espécies a partir da mesma “combinação de fatos, sob uma única relação jurídica”⁵². Diante dessa complexidade, percebeu-se que a diferenciação deve ser feita tendo em vista o pedido⁵³.

Hugo Nigro Mazzilli dá como exemplos bastante elucidativos⁵⁴, *verbis*:

- a) um aumento ilegal de prestações num consórcio envolve, ao mesmo tempo, uma lesão a interesses coletivos, no que diz respeito à própria ilegalidade do aumento e uma lesão a interesses divisíveis, no que diz respeito à restituição de eventuais valores pagos a mais; b) de um acidente

⁴⁶ CAVALIERI FILHO. *Op. Cit.* 2008, p. 309.

⁴⁷ CAVALIERI FILHO. *Op. Cit.* 2008, p. 312.

⁴⁸ Art. 81, parágrafo único, III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

⁴⁹ CAVALIERI FILHO. *Op. Cit.* 2008, p. 309.

⁵⁰ CAVALIERI FILHO. *Op. Cit.* 2008, p. 312.

⁵¹ A exemplo: “Firmou-se no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o Ministério Público possui legitimidade ativa para promover a defesa dos direitos difusos ou coletivos dos consumidores, bem como de seus interesses ou direitos individuais homogêneos, inclusive quanto à prestação de serviços públicos, haja vista a presunção de relevância da questão para a coletividade” (*in* REsp 769326-RN, DJe 24/09/2009).

⁵² MAZZILLI. *Op. Cit.* p. 59.

⁵³ Dentre os que defendem essa idéia, estão CAVALIERI FILHO, *Op. Cit.* 2008, p. 310/311 e MAZZILLI, *Op. Cit.* p. 59.

⁵⁴ MAZZILLI. *Op. Cit.* p. 59

ecológico, como o de Chernobyl, podem resultar danos difusos ao meio ambiente como um todo, e, ao mesmo tempo, danos individuais homogêneos e divisíveis para os moradores da região.

Daí porque o estudo desses institutos não pode ser feito de forma estanque. Assim como os direitos não se excluem, os interesses a serem protegidos também não. Por isso, a divisão acaba tendo fins didáticos, para facilitar a compreensão dos institutos. No dia-a-dia, o que vale é a tutela jurisdicional adequada aos fatos e pedidos narrados.

2 – PRINCÍPIOS DA TUTELA COLETIVA.

Das lições iniciais de direito, obtém-se o conceito de princípio. São “certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõe dado campo do saber”⁵⁵.

Eles são divididos em três categorias.⁵⁶ São os princípios omnivalentes, plurivalentes e monovalentes. Os primeiros são aplicáveis a todas as formas de saber. São exemplos: princípio da identidade e de razão suficiente.⁵⁷

Os princípios plurivalentes são aplicáveis a vários campos de conhecimento, mas não são extensos a todos os campos. É o caso do princípio da causalidade, fundamental às ciências naturais.⁵⁸

Já a última categoria trata daqueles princípios restritos ao âmbito de determinada ciência. É o caso dos princípios gerais de direito. Assim, os princípios gerais do Direito estão nesse grupo.⁵⁹

Observe-se que, dentro do Direito, os princípios gerais mudaram de posição. Inicialmente, na chamada etapa jusnaturalista, eram abstratos e metafísicos, de normatividade duvidosa ou simplesmente desprezada.⁶⁰

Em segunda etapa, chamada juspositivista, passaram a ser fonte subsidiária do Direito, com caráter de disposição individual ou anunciação programática.⁶¹ Embora incluídos na legislação ou tirados de costumes ou da jurisprudência, mantinham, dessa maneira,

⁵⁵ REALE. *Op. Cit.* p. 305.

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ REALE. *Op. Cit.* p. 306.

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ *Idem.*

⁶⁰ OLIVEIRA. Fábio Corrêa Souza de. *Por uma Teoria dos Princípios: O Princípio Constitucional da Razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.23. O autor indica, para o tema, a obra de Paulo Bonavides (BONAVIDES. Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed.rev. ampl. atual. São Paulo:Malheiros, 2000, p. 228/266.)

⁶¹ *Idem.*

sua baixa eficácia jurídica.⁶²

Após a Segunda Grande Guerra, iniciou-se a fase pós-positivista. Sua finalidade era “ultrapassar os impasses muitas vezes inférteis entre o jusnaturalismo e o juspositivismo.”⁶³

Dessa maneira, os princípios foram colocados em posição acima das regras. É o que se extrai do trecho a seguir:

A nova teoria constitucional acentua a hegemonia axiológico-normativa dos princípios gerais de Direito, porque acolhidos nas dogmáticas e positivados nas Constituições que configuram o pós-positivismo. Não são meramente a *ratio legis*, nem mesmo simplesmente a *lex*, mas sobretudo a *lex superior*, uma vez que formam o ‘coração das Constituições’ sobreditas.⁶⁴

Já em fase pós-positivista, Robert Alexy conceitua os princípios jurídicos como “ordens de otimização; normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro do contexto jurídico e real existentes”.⁶⁵ Daí se infere que são “proposições genéricas que servem de substrato para a organização de um ordenamento jurídico”⁶⁶ e que a efetivação do próprio ordenamento passa pela concretização desses princípios.⁶⁷

Nesse sentido, não se pode mais esconder que princípios e regras são espécies do gênero norma.⁶⁸ As diferenças apontadas por J.J. Gomes Canotilho são os graus de abstração, determinabilidade na aplicação no caso concreto, caráter de fundamentalidade no sistema das

⁶² *Idem.*

⁶³ OLIVEIRA. *Op. Cit.* p. 25. no mesmo sentido, DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*.v.4, 3 ed. Salvador: Jus Podivm, 2008, p.102.

⁶⁴ *Idem.*

⁶⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. e ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007 p. 35.

⁶⁶ ALEXY, Robert, *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86, *apud* FARIAS e ROSENVALD. *Op. Cit.* p.35.

⁶⁷ Como afirma Luis Roberto Barroso, “a ênfase recai em procurar-se propiciar a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos constitucionais, fazendo com que eles passem do plano abstrato da norma jurídica para a realização concreta da vida. A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho verdadeiro de sua função social”(BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 344)

⁶⁸ OLIVEIRA. *Op. Cit.* p. 39/40, com citações de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Também nesse sentido, DIDIER JR e ZANETI JR. *Op. Cit.* p. 104.

fontes do Direito, proximidade da idéia de Direito e natureza normogenética.⁶⁹

2.1. Princípios específicos.

Além dos princípios gerais, há outros específicos da tutela coletiva. As ações coletivas estão submetidas à aplicação do Código de Processo Civil, no que não contrarie a disposições especiais.⁷⁰ Isso significa que os princípios gerais são aplicáveis, no que couberem, ao processo coletivo.

Contudo, a necessidade de intervenção do Estado⁷¹ para a proteção de interesses da coletividade faz com que existam muitos contrastes em relação ao processo individual. As principais diferenças foram enumeradas por Marcelo Abelha. Dentre elas, destacam-se:

a) a postura ativa do juiz (...); c) a supremacia das técnicas de efetividade em detrimento das técnicas de segurança; d) o total desapareço à forma dos atos processuais, valorizando-se a instrumentalidade das formas; (...); f) a revisitação do mito e o dogma da coisa julgada material em prol das soluções justas; (...); h) a aproximação do binômio direito e processo como meio de se alcançar uma eficácia social da tutela jurisdicional; (...) k) valorização da tutela específica em detrimento da tutela ressarcitória; (...).⁷²

Esse rol é de grande importância, pois, por meio dele, compreende-se melhor toda a mudança de paradigma para o estudo dos princípios específicos da tutela coletiva.

⁶⁹ Quanto a abstração, os princípios tem grau de abstração mais elevado, enquanto as regras tem abstração relativamente reduzida. Quanto a determinabilidade, enquanto as regras têm aplicação direta, os princípios precisam de mediações concretizadoras. No que concerne ao caráter de fundamentalidade, não há dúvidas de que os princípios são hierarquicamente superiores no sistema das fontes. No critério “proximidade da idéia de Direito, vê-se que princípios são *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de “justiça” (Dworkin) ou na “idéia de direito” (Larenz). Por outro lado, as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional. A natureza normogenética define que os princípios são fundamentos das regras, por isso possuem função normogenética fundamentante (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ed, Coimbra: Amedina, 1998, *apud*, OLIVEIRA. *Op. Cit.* p. 40/41).

⁷⁰ É o que se vê, por exemplo, no artigo 19 da Lei 7347, Lei da Ação Civil Pública.

⁷¹ Sobre a intervenção do Estado e o retorno ao Estado Social, confira-se RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública*, in DIDIER JR, Fredie (organizador). *Ações Constitucionais*. 4 ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 333.

⁷² RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública*, in DIDIER JR, Fredie (organizador). *Ações Constitucionais*. 4 ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 333.

Explica-se, dentre outros, a aplicação de um processo inquisitivo⁷³, no qual o magistrado não deve esperar iniciativa das partes para adotar medidas necessárias. Pode, por exemplo, conceder tutela de urgência de ofício⁷⁴. Basta a provocação inicial, com o ajuizamento da demanda.⁷⁵ Não há desrespeito ao devido processo legal, que deverá ser obedecido, com atenção ao contraditório e à ampla defesa.

Essa mudança de paradigma fundamenta o fato de o juiz ter ampla liberdade em matéria de provas no processo coletivo, com aplicação integral do artigo 130 do Código de Processo Civil⁷⁶. As normas legais específicas podem estabelecer critérios para a distribuição do ônus da prova, a fim de evitar que a sociedade seja sobrecarregada com ônus probatório que impossibilite a demanda.⁷⁷

Diante da necessidade de tutela rápida e efetiva, diz-se que “o processo coletivo contenta-se com juízo de probabilidades”.⁷⁸ A espera pelo fim do processo com cognição exauriente prejudicaria a efetividade do provimento.

O sistema de nulidades processuais também passa por releitura. Em face da relevância dos interesses em julgamento, as nulidades só devem ser declaradas em último caso, quando houver prejuízo⁷⁹. Exemplo disso é a correção do defeito na causa de pedir da inicial, o que poderá ser feito até decisão saneadora, para não prejudicar o devido processo legal. Há tendência para que se permita a correção até a sentença.⁸⁰

⁷³ A regra prevista no CPC é do processo acusatório, no qual o magistrado deve aguardar requerimento das partes para atuar (artigo 2º do CPC).

⁷⁴ DIDIER JR, *Op. Cit.* 2009, p.333.

⁷⁵ *Idem.*

⁷⁶ Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

⁷⁷ A alteração do ônus probatório pode ocorrer nos casos de hipossuficiência técnica, científica ou econômica do autor coletivo ou a critério do magistrado. (*in* Didier, *Op. Cit.* 2009, p. 335).

⁷⁸ DIDIER JR, *Op. Cit.* 2009, p.334.

⁷⁹ DIDIER JR, *Op. Cit.* 2009, p.335.

⁸⁰ É o que está descrito no artigo 10, §1º, do Projeto de Lei 5.139/09:

Art. 10. A ação coletiva de conhecimento seguirá o rito ordinário estabelecido na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, obedecidas as modificações previstas nesta Lei.

§ 1º- Até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá adequar as fases e atos processuais às especificidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico coletivo, garantido o contraditório e a ampla defesa.

Da mesma maneira, o rigor das formas deve ser mitigado, em prol da economia processual e da celeridade. Como afirma Marcelo Abelha, “nesta sociedade, o Estado Social deve estimular e facilitar o acesso à justiça, de tal forma que as regras limitadoras devem ser interpretadas restritivamente.”⁸¹

A busca pela tutela específica também é um dos pontos fortes do processo coletivo. Essa visão decorre do reconhecimento de que “à coletividade não interessa a obtenção de tutela ressarcitória dos direitos coletivos (...), mas exatamente o próprio bem a que teria direito, caso tivesse sido cumprido espontaneamente o dever jurídico inadimplido”⁸²

Muito do que foi dito se elucida com a recordação de que nas três fases do acesso à justiça apontado por Mauro Cappelletti, duas se aplicam diretamente ao caso. São as chamadas a segunda e terceira onda, que enunciam, respectivamente, a representação de interesses difusos e a necessidade de correlacionar o processo civil ao tipo de litígio.⁸³

Está sendo debatida no Congresso a nova Lei da Ação Civil Pública. É o Projeto de Lei 5139/09. Como o artigo 1º, §2º, nesse projeto de lei pretende estender suas disposições para os demais ações coletivas⁸⁴, vale conferir os princípios descritos no artigo 3º.⁸⁵

Muitos deles já estavam descritos no artigo 5º da Constituição da República, como o amplo acesso à justiça, duração razoável do processo, motivação de todas as decisões judiciais, isonomia, economia processual, flexibilidade procedimental e máxima eficácia e

⁸¹ DIDIER JR, *Op. Cit.* 2009, p.336.

⁸² DIDIER JR, *Op. Cit.* 2009, p.333.

⁸³ Sobre o tema, confira-se DIDIER Jr. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*, Vol. 4, 3 ed., Salvador: Jus Podium, 2008, 112/114.

⁸⁴ Art. 1º § 2º- Aplicam-se as disposições desta Lei às ações coletivas destinadas à proteção de interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

⁸⁵ Art. 3º O processo civil coletivo rege-se pelos seguintes princípios: I - amplo acesso à justiça e participação social; II - duração razoável do processo, com prioridade no seu processamento em todas as instâncias; III - isonomia, economia processual, flexibilidade procedimental e máxima eficácia; IV - tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos materiais e morais, individuais e coletivos, bem como punição pelo enriquecimento ilícito; V - motivação específica de todas as decisões judiciais, notadamente quanto aos conceitos indeterminados; VI - publicidade e divulgação ampla dos atos processuais que interessem à comunidade; VII - dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva; VIII - exigência permanente de boa-fé, lealdade e responsabilidade das partes, dos procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo; e IX - preferência da execução coletiva.

publicidade, ou no Código de Processo Civil, tal como a exigência permanente de boa-fé, lealdade e responsabilidade das partes, dos procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo.

Outros princípios ganharam contornos diferenciados. Um exemplo disso é a “divulgação ampla dos atos processuais que interessem à comunidade”, que é espécie de publicidade. Os demais já eram sustentados pela doutrina, a exemplo da preferência da execução coletiva e flexibilidade procedimental.

Certo é que a relevância⁸⁶ dos interesses e direitos em litígio impõe a criação de normas gerais que sejam capazes de organizar um ambiente jurídico adequado à efetivação da tutela coletiva. Nesse sentido, os princípios acima cumprem seu papel.

⁸⁶ Tanto que o artigo 2º, § 1º, do Projeto 5.139/09 estabelece a presunção legal de relevância: “A tutela dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos presume-se de relevância social, política, econômica ou jurídica.”

3 –DANO MORAL E DANO MORAL COLETIVO.

É certo que apenas com a Constituição da República de 1988 foram afastadas eventuais oposições ao dano moral no direito pátrio.⁸⁷ Contudo, em outros ordenamentos, ele já estava previsto desde a Antiguidade⁸⁸, ainda que de forma restrita. O Alcorão⁸⁹, por exemplo, protegia o direito de vingança pro meio da aplicação da Lei de Talião.⁹⁰ Isso permitia, por exemplo, o homicídio de uma pessoa para reparar a morte de outra.⁹¹

Ainda na antiguidade, houve pequena evolução com o Código de Ur-Nammu, que dispunha sobre reparação a dores físicas.⁹² Alguns exemplos de previsão são: “se um homem, a outro homem, com um instrumento, o pé se cortou: dez siclos de prata lhe pagará” e “se um homem, a outro homem, com uma arma, os ossos tiver quebrado: uma mina de prata deverá pagar”.⁹³

Aos poucos, o instituto foi transformado numa maneira de compensar os danos impingidos à dignidade do indivíduo. Foi, também, lançado à categoria de direito fundamental.

É essa trajetória, dentro do Direito Brasileiro, que se narra a seguir.

3.1. Conceito.

Embora o instituto do dano moral esteja tão presente na realidade do Poder Judiciário Brasileiro, alguns de seus aspectos permanecem controvertidos, como o conceito e os critérios de quantificação da indenização. Isso porque se trata de instituto de grande subjetividade, o

⁸⁷ SILVA, Américo Luis Martins da Silva. *O Dano Moral e a Sua Reparação Civil*. 2 ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2002, p. 237.

⁸⁸ Sobre o tema, confira-se a obra de Américo Luiz Martins da Silva (SILVA. *Op Cit.* p 65/92).

⁸⁹ SILVA. *Op. Cit.* p. 71.

⁹⁰ “Olho por olho, dente por dente”.

⁹¹ SILVA. *Op. Cit.* p. 71.

⁹² SILVA. *Op. Cit.* p. 66.

⁹³ *Idem.*

que dificulta a compreensão de sua extensão.

Até o início do século, o instituto era inadmissível. Como analisa Maria Celina Bodin de Moraes⁹⁴, a origem da palavra indenizar é *in dene*, que, no latim, traduz a idéia de devolver, no caso, o patrimônio, ao seu estado anterior.

Dizia-se, segundo Caio Mário⁹⁵, que “a dor, o sofrimento, a honorabilidade são inestimáveis financeiramente e, portanto, não são indenizáveis”. Ele destaca a posição de Jair Martins ressaltava que somente poderia existir o pagamento de indenização por danos morais se houvesse tabela de tarifamento, atribuindo um valor específico para o efeito decorrente do ato lesivo.⁹⁶

Nesse sentido, somente os danos materiais eram aptos a gerar o dever de indenizar. Para ratificar o posicionamento, diziam ser imoral atribuir valor patrimonial a bens que não são objeto e, além disso, é muito difícil determinar quem seriam as vítimas de determinado ato danoso, o que impossibilita o ressarcimento adequado.⁹⁷ Somente poderiam ser admitidas exceções expressas em lei.

Apesar de o posicionamento dos tribunais e da doutrina ser amplamente contra o ressarcimento do dano moral no Brasil no início do século XX, é possível encontrar disposição legal prevendo-o, mesmo antes do Código Civil de 1916.

O Código Criminal de 1830 determinava que “a indenização será sempre a mais completa que for possível; no caso de dúvida, será a favor do ofendido”.⁹⁸ Não havia menção expressa ao dano moral, mas é determinada a reparação do dano moral da forma mais plena possível. Tal dispositivo foi repetido na Consolidação das Leis Civis de Augusto Teixeira de Freitas, que acrescentava a avaliação do dano por árbitros, a menção ao preço de afeição

⁹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos a Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.146.

⁹⁵ SILVA, Caio Mário Pereira da. *Responsabilidade Civil*, 3 ed., São Paulo: Saraiva, p. 54, *apud* STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.1682.

⁹⁶ STOCO. *Op. Cit.* p.1683.

⁹⁷ MORAES, *Op. Cit.* 2003, p. 146.

⁹⁸ SILVA. *Op. Cit.* p. 155.

como critério de apuração do valor indenizatório e indenização de perdas e danos, caso houvesse repúdio injusto de um dos cônjuges, sem determinação de valores indenizatórios no pacto antenupcial.⁹⁹ Todavia, esse diploma legal não chegou a ter vigência.

Ainda quanto às disposições penais, o artigo 276 do Código Penal brasileiro de 1890 fixava “prestação pecuniária satisfatória de dano moral, nos casos de atentados contra a honra da mulher”. Nas demais hipóteses, remetia ao Código Civil, seguindo doutrina de Portugal.¹⁰⁰

As Ordenações do Reino possuíam hipótese de dano moral presumido no caso de sedução da mulher, prevendo a condenação do agente à reparação do dano por meio de casamento ou prestação pecuniária¹⁰¹. Esse dispositivo, dentre outros, foi incluído na Nova Consolidação das Leis Cíveis, de Carlos Augusto de Carvalho, no ano de 1899.

Outra legislação que dispõe acerca do dano moral é o Decreto nº. 2.681 de 07 de dezembro de 1912. Trata-se da legislação aplicada à responsabilidade civil das estradas de ferro do país, que afasta a aplicação do Código Civil. Merece atenção o artigo 21, que cria uma espécie de indenização diferente dos danos materiais.¹⁰² O citado dispositivo é indicado por Romão Côrtes de Lacerda como referente à dor causada, sem valor em seu patrimônio. Por força desse dispositivo, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisões que contemplavam a indenização por dano moral, restrita a acidentes ferroviários.¹⁰³

Para Romão Cortes de Lacerda¹⁰⁴ e Wilson Melo da Silva¹⁰⁵, além de o previsto ser extensivo a outras empresas transportadoras, acolheria o dano moral puro, mesmo porque o legislador separa a chamada “indenização conveniente” de “despesas do tratamento e lucros

⁹⁹ SILVA. *Op. Cit.* p. 156/157.

¹⁰⁰ SILVA. *Op. Cit.* p.157.

¹⁰¹ É o que se tornou conhecido como dote. Dispositivo semelhante foi inserido no artigo 1.548 do Código Civil de 1916.

¹⁰² Art. 21 – No caso de lesão corpórea ou deformidade, à vista da natureza da mesma e de outras circunstâncias, especialmente a invalidez para o trabalho ou profissão habitual, além das despesas com o tratamento e os lucros cessantes, deverá pelo juiz ser arbitrada uma indenização conveniente.

¹⁰³ SILVA. *Op. Cit.* p. 159/160.

¹⁰⁴ LACERDA, Romão Cortes de. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Jacyntho Ribeiro dos Santos, 1929, p. 33, *apud* SILVA, *Op. Cit.* p. 160/161.

¹⁰⁵ SILVA, Wilson Melo da. *O dano e sua reparação*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 522/523, *apud* SILVA, *Op. Cit.* p. 161.

cessantes”.¹⁰⁶

Em um segundo momento de evolução, o dano moral passou a ser considerado indenizável de forma não cumulável ao dano material. O argumento dessa posição estava no fato de o dano moral estar incluso no dano material sofrido, o que por si só afasta a possibilidade de indenização pelas duas espécies de dano.¹⁰⁷

A mudança de posicionamento aconteceu quando o Ministro Aliomar Baleeiro decidiu pela indenização do dano moral puro em decorrência da morte de menor¹⁰⁸. A partir desse momento, a jurisprudência, com hesitação, passou a aceitar a hipótese, e o atual entendimento foi aos poucos consolidado.

A partir de casos concretos, o STF passou a decidir pela cumulatividade, fundamentando na lesão a bens distintos. A existência não seria mais questionada em decorrência da presença do instituto manifestamente em outros artigos, especialmente dos artigos 1.547 ao 1.553.¹⁰⁹

No caso de esbulho, em que fosse perdida a coisa esbulhada, o agente, ora esbulhador, deveria ser obrigado a indenizar o esbulhado pelo preço da coisa, acrescido de seu

¹⁰⁶ *Idem.*

¹⁰⁷ Esse posicionamento foi verificado em sentenças de 1907 a 1916, como narra SILVA, *Op. Cit.* p. 164/165.

¹⁰⁸ Acórdão no Recurso Extraordinário 59940, publicado em 30/11/1966. Trata-se de ação ajuizada por Vicente Damico e outro em face de Auto Ônibus Jundiaí, objetivando o pagamento de indenização por danos materiais e morais, em decorrência da morte de seus dois filhos, de quatro e de dez anos as crianças em acidente. O STF manteve o entendimento em decisões posteriores, como os embargos no RE 53404, publicada em 08/06/1967 e RTJ 42/378, e o RE 65281, publicado em 22/11/1968 e RTJ 47/279. Enfim, a hipótese deu origem à Súmula 491 do STF (“É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado.”).

¹⁰⁹ Art. 1.547. A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único. Se este não puder provar prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva (art. 1.550). Art. 1.548. A mulher agravada em sua honra tem direito a exigir do ofensor, se este não puder ou não quiser reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente à sua própria condição e estado: (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919) I - se, virgem e menor, for deflorada. II - se, mulher honesta, for violentada, ou aterrada por ameaças. III - se for seduzida com promessas de casamento. IV - se for raptada. Art. 1.549. Nos demais crimes de violência sexual, ou ultraje ao pudor, arbitrar-se-á judicialmente a indenização. Art. 1.550. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e no de uma soma calculada nos termos do parágrafo único do art. 1.547. Art. 1.551. Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal (art. 1.550): I - o cárcere privado; II - a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé; III - a prisão ilegal (art. 1.552). Art. 1.552. No caso do artigo antecedente, no III, só a autoridade, que ordenou a prisão, é obrigada a ressarcir o dano. Art. 1.553. Nos casos não previstos neste Capítulo, se fixará por arbitramento a indenização.

valor de afeição, conforme o artigo 1.543¹¹⁰. Já no artigo 1.547, parágrafo único, o Código trata de casos de injúria e de calúnia, impondo prévia indenização ao ofendido equivalente ao dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva, caso não provado o dano material. Além dessas, observem-se as disposições do artigo 1.548, que determina o pagamento de dote à mulher que tenha sua honra agravada; e do artigo 1.549, quanto à reparação à vítima de ultraje ao pudor. Américo Luís Martins da Silva¹¹¹ aponta ainda os artigos 76¹¹², 159¹¹³, 1.538¹¹⁴ e 1.542¹¹⁵ e 1.543¹¹⁶ do mesmo diploma legal.

Nessa relação, destaque-se os artigos 1.531¹¹⁷ e 1.537¹¹⁸, pelas dúvidas acerca da configuração de dano moral. O primeiro expõe situação de pagamento de dívida já paga, como ensejadora de indenização de valor indevidamente cobrado dobrado. Ao final, requer-se para a reparação prova de dolo ou culpa do autor do dano e, por ser pré-fixado, não haveria necessidade de prova. Seria mesmo hipótese de dano moral, por não haver como condição a existência de dano material.¹¹⁹

O artigo 1.537 estabelece indenização no caso de homicídio. O próprio autor do

¹¹⁰ Art. 1.543. Para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa (art. 1.541), estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contanto que este não se avante a àquele.

¹¹¹ SILVA, *Op. Cit.*, p.159/205.

¹¹² Art. 76. Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral.Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família.

¹¹³ Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

¹¹⁴ Art. 1.538. No caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente. (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919)§ 1o Esta soma será duplicada, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade.§ 2o Se o ofendido, aleijado ou deformado, for mulher solteira ou viúva, ainda capaz de casar, a indenização consistirá em dotá-la, segundo as posses do ofensor, as circunstâncias do ofendido e a gravidade do defeito.

¹¹⁵ Art. 1.542. Se a coisa estiver em poder de terceiro, este será obrigado a entregá-la, correndo a indenização pelos bens do delinqüente

¹¹⁶ Também chamados “danos de afeição” (SILVA, *Op. Cit.* p. 185). Assim dispõe o artigo 1.543: “Para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa (art. 1.541), estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contanto que este não se avante a àquele.”

¹¹⁷ Art. 1.531. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas, ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se, por lhe estar prescrito o direito, decair da ação. (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919)

¹¹⁸ Art. 1.537. A indenização, no caso de homicídio, consiste:I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia.

¹¹⁹ SILVA. *Op. Cit.* p. 177/178.

projeto, Clóvis Beviláqua, admite ser uma das hipóteses de limitação a figuras típicas do dano moral.¹²⁰ Em comentário a esse artigo, Aguiar Dias sinaliza que a prestação de alimentos a que se refere o artigo em seu inciso II não deve ser entendida restritivamente.

A Constituição da República de 1988 mudou toda caracterização do dano moral. No novo ordenamento, o dano moral foi incluído nos incisos V e X do artigo 5º da nova Carta Magna. Isso indica sua elevação à categoria de direito fundamental. Além disso, o instituto passou a se associar ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Em decorrência dessas diretrizes constitucionais, os ordenamentos posteriores não dispõem sobre vedações à aplicação. Alguns exemplos são o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990, em especial seu artigo 6º, incisos VI e VII; e o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº. 8.069, de 16 de setembro de 1990.

Embora tenha dirimido a controvérsia sobre a existência e cumulatividade, restaram muitas outras. A principal tem origem na separação feita entre danos morais, danos materiais e danos à imagem.

O ordenamento mais recente de relevância para o estudo do tema é o Código Civil de 2002. Contudo, segundo Rui Stoco, há descompasso entre a Constituição e esse diploma legal, que teria nascido já obsoleto. Um modelo desse descompasso é a menção aos danos morais, feita *en passant*, de maneira genérica.¹²¹ O autor termina sua crítica da seguinte forma:

Conclua-se com a afirmação de que tal omissão não acarreta nem traz qualquer óbice à proteção daqueles que venham a ser violados em seus direitos da personalidade e ofendidos moralmente, pois tanto a Carta Magna, o Código Civil – ainda que insatisfatoriamente – e outras leis especiais, asseguram o direito à reparação.¹²²

¹²⁰ SILVA. *Op. Cit.* p. 179.

¹²¹ STOCO. *Op. Cit.* p. 1668.

¹²² STOCO. *Op. Cit.* p. 1670.

Essas evoluções obrigaram a jurisprudência a se renovar. Isso é inferido, dentre outros, pela edição de novos enunciados das súmulas dos Tribunais Superiores. No Superior Tribunal de Justiça, até o momento¹²³, são dez enunciados sobre o tema: 37¹²⁴, 227¹²⁵, 281¹²⁶, 326¹²⁷, 362¹²⁸, 370¹²⁹, 385¹³⁰, 387¹³¹, 388¹³² e 402¹³³ de sua súmula.

Embora não haja qualquer dúvida sobre a possibilidade de indenização por dano moral, seu conceito não está totalmente definido. Existiram várias correntes doutrinárias até que se chegasse ao conceito atual, como se verifica a seguir.

Autores mais conservadores¹³⁴ sustentam que o dano moral é extrapatrimonial, isto é, lesão a um bem jurídico sem valor patrimonial. Wilson Melo da Silva oferece outro conceito, em que os danos morais seriam “as lesões sofridas pela pessoa humana em seu patrimônio ideal, entendendo-se, por patrimônio ideal o conjunto de tudo que não é suscetível de avaliação econômica”.¹³⁵

Um segundo posicionamento, capitaneado por Aguiar Dias¹³⁶ e amparado por Minozzi¹³⁷, assevera que dano moral seria o efeito não patrimonial da lesão, conforme afirma o autor na transcrição abaixo:

¹²³ Importante observar que, apenas em 2009, foram editados quarenta novos enunciados pelo STJ, dentre os quais estão os cinco últimos enunciados citados. Por isso o destaque ao elemento temporal.

¹²⁴ São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

¹²⁵ A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

¹²⁶ A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa.

¹²⁷ Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.

¹²⁸ A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.

¹²⁹ Caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado

¹³⁰ Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento.

¹³¹ É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.

¹³² A simples devolução indevida de cheque caracteriza dano moral.

¹³³ O contrato de seguro por danos pessoais compreende os danos morais, salvo cláusula expressa de exclusão.

¹³⁴ É o que se declara em AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 4 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 537.

¹³⁵ MORAES, *Op. Cit.*, 2003, p.155.

¹³⁶ AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 9 ed, rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1994. 2v, p. 740 ss. *apud* MORAES, *Op. Cit.* 2003, p. 156.

¹³⁷ MINOZZI, Alfredo. *Studio Sul Danno Non Patrimoniale (Danno Morale)*. Milano: Soc. Ed. Libreria, 1901 *apud* MORAES, *Op. Cit.* 2003, p. 156.

A distinção entre dano patrimonial e dano moral não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter de sua repercussão sobre o lesado. Tanto é possível ocorrer dano patrimonial em decorrência de lesão a bem não patrimonial, como dano moral por efeito da ofensa a bem material.¹³⁸

Por ser entendido como o resultado da lesão, legitima-se a aplicação do instituto do dano moral no caso de “dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuído à palavra dor o mais largo significado”¹³⁹. Isso porque, conforme lições de Minozzi, dano moral deve ser compreendido em relação ao seu conteúdo, que não é o dinheiro nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, e sim o sofrimento experimentado.¹⁴⁰

Um terceiro entendimento defende serem danos morais aqueles decorrentes de violação a direitos personalíssimos. Esses são direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual¹⁴¹, e teriam seu principal fundamento o artigo 1º, inciso III, da Constituição da República, que trata do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Maria Celina afirma que, em decorrência deste princípio, não há que se discutir se o rol de direitos da personalidade é taxativo ou não, uma vez que se configura cláusula geral de tutela da pessoa humana.¹⁴²

Sua amplitude é de difícil determinação, uma vez que, além de estarem presentes em todas as formas da atividade humana, possuem caráter inato, essencial e permanente. São intransmissíveis, absolutos, indisponíveis e imprescritíveis.¹⁴³. Assim, o conceito de dano moral para essa corrente é o “constrangimento que alguém experimenta em conseqüências da

¹³⁸ AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 9 ed, rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1994. 2v, *apud* MORAES, *Op. Cit.* 2003, p. 156.

¹³⁹ MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros. *Indenização por Dano Moral: Evolução da Jurisprudência*. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001089/Indeniza%C3%A7%C3%A3o%20por%20Dano%20Moral%20-%20Evolu%C3%A7%C3%A3o%20da%20Jurisprud%C3%Aancia.doc>. Acesso em 08 set. 2009.

¹⁴⁰ *Idem*.

¹⁴¹ AMARAL. *Op. Cit.* p. 243.

¹⁴² MORAES, *Op. Cit.* 2003, p. 117/118

¹⁴³ AMARAL. *Op. Cit.* p.. 247.

lesão em direito personalíssimo, ilicitamente produzido por outrem”¹⁴⁴.

Uma crítica a esse entendimento é a restrição que se faz à tutela aos direitos da pessoa, que, por interpretação constitucional, não podem ser restritos, buscando-se a proteção e a reparação amplas possíveis. Foi então concebida uma quarta corrente doutrinária, de cunho constitucionalista, assegurando que a indenização por dano moral decorre da violação à dignidade da pessoa humana.

Esse princípio normativo fundamental, inserido no artigo 1º, III, da Constituição da República de 1988, é conceituado por Ingo Wolfgang Sarlet como

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do estado e da comunidade, implicando neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹⁴⁵

Dentre os civilistas, Sérgio Cavalieri Filho aponta a existência, hoje, de um direito subjetivo constitucional à dignidade, pois a Constituição da República estabelece a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos. É o que se verifica quando afirma que a Constituição da República ampliou e deu novas feições ao dano moral, com fundamento na dignidade da pessoa humana. Essa é a “a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos.”¹⁴⁶

A relevância da matéria está associada à sua função social¹⁴⁷. É uniforme na doutrina

¹⁴⁴ GOMES, Orlando. *Obrigações*, 11 ed., Rio de Janeiro: Forense 1996, *apud* MORAES, *Op. Cit.* 2003, p. 155. Do mesmo entendimento: Pontes de Miranda e Wilson Melo da Silva.

¹⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 62.

¹⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programas de Responsabilidade Civil*. 3 ed., Rio de Janeiro: Malheiros, 2003, p. 95.

¹⁴⁷ Sobre o tema, a lição de Francisco Amaral “(...) o recurso às ciências sociais permite melhor compreensão do fenômeno jurídico, revelando, outrossim, a íntima relação que existe entre a teoria estrutural do direito e a abordagem técnico-jurídica, de um lado, e a teoria funcional e o estudo sociológico, de outro. Esta conexão é característica dos estudos jurídicos contemporâneos, considerando-se essencial para o jurista saber não apenas

a orientação de que há finalidade compensatória na indenização¹⁴⁸, tanto que o critério referente à extensão do dano é a regra no caso de ato causador de dano. No entanto, a doutrina divide-se quanto à necessidade de aplicação junto ao caráter punitivo ou isoladamente, conforme doutrina mais moderna aconselha.

A maioria da doutrina e das decisões dos tribunais adota posicionamento de que há funções compensatória e punitivo-pedagógica, no chamado caráter dúplice da indenização ou teoria do valor desestímulo. Essa posição foi defendida inicialmente por Caio Mário da Silva Pereira, que se justificava afirmando que o ofensor deve ser devidamente castigado, além de oferecer soma à vítima que lhe compense o sofrimento, proporcionando-lhe “prazeres como contrapartida do mal sofrido”.¹⁴⁹

Acrescente-se ainda que não há, nem no inciso V nem no inciso X, do artigo 5º da Constituição, qualquer previsão expressa sobre punição, diferentemente do que afirmam autores como Yussef Cahali.¹⁵⁰ Inclusive, o valor do desestímulo seria excepcional por não estar contido na norma expressamente.¹⁵¹

Venosa¹⁵² traz sobre o tema argumento secundário, inspirado na doutrina estrangeira, de que seria inafastável o papel educativo, dissuasório ou pedagógico do princípio do

como o direito é feito mas também para o que serve, vale dizer, a sua causa final. Aparece assim o conceito de função em direito, significando o papel que um princípio, norma ou instituto desempenha no interior de um sistema ou estrutura. A referência à função social ou econômico social de um princípio, um instituto, uma categoria jurídica (...), significa a aproximação do direito com as demais ciências sociais, como a sociologia, a economia, a ciência política, antropologia, em um processo interdisciplinar de resposta às questões que a sociedade contemporânea coloca ao jurista, considerando como a ‘figura tradicional de cultor do direito privado, ancorado aos dogmas das tradicionais características civilísticas’, mas atento à realidade do seu tempo, a exigir-lhe uma postura crítica em prol de uma ordem mais justa na sociedade. (...) Representa, assim, a função econômico-social, a preocupação com a eficácia social do instituto, (...)” (in AMARAL. *Op. Cit.* p. 353/355). No dano moral, a eficácia está ligada à finalidade de punir ou de recompensar. Dependendo da escolha, as aplicações do instituto mudam.

¹⁴⁸ O caráter compensatório foi enfatizado quando, no julgamento do Resp. 963.387/RS, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, julgado em 08/10/2008, o STJ estabeleceu o posicionamento de que a indenização por danos morais não gera acréscimo patrimonial. Por isso, não incide imposto de renda sobre esta verba.

¹⁴⁹ SILVA, Caio Mario Pereira da. *Responsabilidade Civil*. Edição Eletrônica, Rio de Janeiro: Forense. 2001, *apud*. MELO, Nehemias Domingos de. *Dano Moral: Problemática: do cabimento à fixação do quantum*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p 233.

¹⁵⁰ CAHALI, Yussef. *Dano moral*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 53. IMOREIRA, Fernando M.H. e CORREIA, Atalá. A Fixação do Dano Moral e a Pena. *Revista Forense*, nº 365, pp. 367 a 380. São Paulo, 2003. p. 372.

¹⁵¹ *Idem*.

¹⁵² VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 5 ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 282.

neminem laedere. Isso porque algumas vezes o ordenamento tornou expresso esse objetivo, como nas indenizações do Código de Defesa do Consumidor.

Por outro lado, há tendência de que esse quadro seja alterado, isso é, que se entenda apenas pela existência de papel compensatório dos danos morais. As principais críticas à função punitiva e suas semelhantes são a correlação com o conceito de pena, a teoria do desestímulo e dos *punitive damages*.

Compartilha desse entendimento Clayton Reis, baseando-se na incompatibilidade da punição e da compensação, uma vez que “cada um deles desempenha funções distintas e, ainda, que os princípios punitivo e preventivo não se encontram expressamente previstos no nosso ordenamento jurídico.”¹⁵³

O mesmo autor apresenta outro ponto de vista, quanto à interpretação dos valores atuais da responsabilidade civil, “cuja preocupação reside na satisfação integral dos prejuízos da vítima”.¹⁵⁴

A impossibilidade de verificação da extensão do dano, que originalmente impedia o reconhecimento de todo o instituto, hoje dificulta a fixação do valor da indenização. Com a finalidade de evitar arbitrariedades, a jurisprudência consagrou a utilização, por analogia, dos critérios estabelecidos na Lei de Imprensa e no Código de Telecomunicações, quais sejam, a extensão do dano, posição socioeconômica do ofendido e do ofensor, grau da culpa do responsável.

Impende atentar que a posição socioeconômica e o grau de culpa são critérios que se relacionam diretamente com o valor punitivo atribuído ao dano moral. O primeiro trata de elevar o valor da indenização para que tenha caráter de pena; e o segundo tem ligação direta com o instituto da pena.

Contudo, muitos desses diplomas legais não foram recepcionados pela Constituição

¹⁵³ REIS, Clayton. *Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 273.

¹⁵⁴ *Idem*.

de 1988, uma vez que aplicavam o chamado “sistema fechado”, no qual eram definidos em lei os valores indenizatórios.¹⁵⁵

Cabe lembrar que legislação mais recente é muito tímida quanto à elaboração de normas com essa finalidade. Contudo, pode-se apontar o artigo 948¹⁵⁶ do Código Civil de 1916, que estabelece a indenização mais favorável possível ao lesado.¹⁵⁷

Antes de qualquer análise pormenorizada dos parâmetros utilizados, deve ser alertado que alguns doutrinadores posicionam o arbitramento como parâmetro; enquanto para outros¹⁵⁸, o arbitramento é gênero, dos quais os parâmetros são espécies. São idéias semelhantes, e por isso, merecem atenção como um todo.

De qualquer maneira, o arbitramento é o método que melhor indica a finalidade da atual Constituição e também expressa solução genérica. Teria então o magistrado total liberdade para valorar o dano, com base inclusive, em suas experiências pessoais.

Embora seja bastante tênue a linha que separa arbitramento de arbitrariedade, a própria Carta Magna e a jurisprudência buscaram criar meios para validar a decisão e avaliá-la corretamente. A via constitucional para tal está na imposição de motivação das decisões judiciais.¹⁵⁹

A jurisprudência prosseguiu utilizando como auxílio os critérios presentes nas leis não recepcionadas, uma vez que “apresentam-se como lógicos, devendo, porém, ser sempre explicitados de modo a fundamentar adequadamente a decisão e, assim, garantir o controle de racionalidade da sentença”¹⁶⁰. É o que se observa nos julgados do Superior tribunal de Justiça.¹⁶¹

Aplica-se, também, com freqüência, os princípios da razoabilidade e

¹⁵⁵ STOCO. *Op. Cit.* p.1711.

¹⁵⁶ Art. 948- Nas indenizações por fato ilícito, prevalecerá o valor mais favorável ao lesado.

¹⁵⁷ VENOSA, *Op. Cit.* p. 284

¹⁵⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto, *Responsabilidade Civil*. 8 ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 571.

¹⁵⁹ Exceto para o Tribunal do Júri, conforme se diz no artigo 5º, XXXVIII, da Constituição da República.

¹⁶⁰ MORAES, *Op. Cit.* 2003, p.270

¹⁶¹ A exemplo, os Recursos Especiais a seguir: Resp 1.036.485-SC (DJe 05/03/2009), REsp. 883.630-RS (DJe 18/02/2009) e REsp. 780.548-MG (DJe 14/04/2008).

proporcionalidade.¹⁶² Esse critério é usado para afastar a Súmula 7¹⁶³ do Superior Tribunal de Justiça, caso a indenização seja ínfima ou exorbitante.¹⁶⁴ Dessa maneira, O tribunal Superior poderia rever o montante indenizatório.

Recentemente, uma matéria foi publicada no site da Corte Especial, afirmando que os ministros estariam pretendendo estabelecer valores para indenização do dano moral.¹⁶⁵ Foi, inclusive, veiculada tabela de valores com o fato, a indenização correspondente e o julgamento em que se entendeu aquele valor como adequado. Dias depois, publicou-se comunicado¹⁶⁶ para correção da notícia anterior. Foi dito que “a tabela publicada é meramente ilustrativa e os dados referem-se exclusivamente aos processos listados, ressaltando que os valores são referentes exclusivamente aos respectivos processos, uma vez que cada caso é um caso.”¹⁶⁷

Portanto, não há obrigatoriedade de o magistrado julgar com base nos critérios acima, visto que nenhum deles tem força legal. São apenas sugestões de diretrizes, que se mantêm presentes pela ausência de outras regras que o façam. A única ressalva é a obrigatoriedade de motivação da decisão, conforme determina a Constituição da República.

¹⁶² Dentre outros, veja-se a REsp 334827-SP, 4ª Turma, Relator Ministro Honildo Amaral de Mello Castro, DJe 16/11/2009: “O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.”

¹⁶³ “A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial”. É essa orientação que impede que o Superior Tribunal de Justiça reaprecie fatos e provas ou interprete cláusulas contratuais.

¹⁶⁴ Isso fica evidente no seguinte trecho da ementa do Agravo Regimental no Agravo (AgRg no Ag) 1.190.291-SP, 3ª Turma, relator Ministro Sidnei Beneti, DJe 06/11/2009: “É possível a intervenção desta Corte para reduzir ou aumentar o valor indenizatório por dano moral apenas nos casos em que o quantum arbitrado pelo Acórdão recorrido se mostrar irrisório ou exorbitante (...)”. Veja-se, também, o REsp 1.094.525-SP, 1ª Turma, Relator Ministro Benedito Gonçalves, DJe 23/10/2009: “O Superior Tribunal de Justiça consolidou orientação no sentido de que a revisão do valor da indenização somente é possível quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.”

¹⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Coordenadoria de Editoria e Imprensa. *STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais*. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679>. Acesso em 13 set. 2009

¹⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Coordenadoria de Editoria e Imprensa. *Esclarecimento sobre tabela de precedentes de dano moral*. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93783>. Acesso em 18 set. 2009.

3.2. Dano Moral Coletivo.

Com a crescente necessidade de tutela de interesses coletivos, tema do Capítulo 1 deste trabalho, surgiram discussões sobre dano moral coletivo. O assunto é bastante controvertido, como se demonstrará nesse tópico.

A partir dos elementos do dano moral individual, Carlos Alberto Bittar Filho sugere o seguinte conceito:

[...] 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 último 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*).¹⁶⁸

Não se pode olvidar que todas as controvérsias sobre o dano moral individual repetem-se acrescidas da dificuldade de verificação, mesmo que se tratem de direitos individuais homogêneos. Por outro lado, para os que defendem sua existência, as hipóteses de incidência vão, desde a publicidade enganosa a consumidores, até as atos de improbidade administrativa.¹⁶⁹

¹⁶⁸ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6183>>. Acesso em 01 dez. 2008.

¹⁶⁹ Rogério Tadeu Romano relaciona como hipóteses de dano moral coletivo: a) veiculação de publicidade enganosa prejudicial aos consumidores; b) comercialização fraudulenta de gêneros alimentícios, pondo-se em risco a saúde da população; c) sonegação de medicamentos essenciais, com vistas à forçar-se o aumento de seu preço; d) fabricação defeituosa de produtos e sua comercialização, ensejando lesões aos consumidores; e) monopolização ou manipulação abusiva de informações, atividades ou serviços, com efeitos prejudiciais aos interesses da coletividade; f) destruição de bem ambiental, comprometendo o equilíbrio do sistema e gerando conseqüências nefastas ao bem-estar, saúde ou a qualidade de vida da comunidade; g) divulgação de informações ofensivas à honra, à imagem ou a consideração de certas comunidades ou categorias de pessoas; h) discriminação em relação ao gênero, à idade, à orientação sexual, a nacionalidade, às pessoas portadoras de deficiência e de enfermidades, ou aos integrantes de determinada classe social, religião, etnia ou raça; i)

A jurisprudência ainda é muito tímida quanto ao tema. Os ministros que integram a Primeira Turma do STJ divergiram sobre o tema no julgamento do Recurso Especial nº598281/MG, julgado em 02/05/2006. Por maioria, foi desprovido o recurso, sob o fundamento de que o conceito de dano moral não se coaduna com a coletividade¹⁷⁰.

Recentemente, a possibilidade de indenização por danos morais coletivos foi asseverada por Luiz Fux no julgamento do REsp 821891-RS. Embora não tenha conhecido do recurso especial, o relator afirma que, caso haja provas de dano, a indeterminabilidade das vítimas e a indivisibilidade do objeto não ensejarão óbices à indenização¹⁷¹.

O entendimento tradicional da Corte Especial é de que a transindividualidade impede a caracterização do dano moral coletivo. É o que se confere, dentre outros, no voto de Teori Albino Zavascki no REsp 598.281/MG.¹⁷²

Em episódio mais recente, foi admitida a tutela de interesses individuais homogêneos em ação promovida por associação de moradores. Observe-se, todavia, que os efeitos da

dilapidação e utilização indevida do patrimônio público, além da prática de atos de improbidade administrativa que, pela dimensão, causam repercussão negativa na sociedade; j) deterioração do patrimônio cultural da comunidade; k) deficiências ou irregularidades injustificáveis na prestação de serviços públicos (transporte coletivo, limpeza urbana e comunicações) resultando transtornos à comunidade; l) exploração de crianças e adolescentes no trabalho; m) submissão de grupos de trabalhadores a condições degradantes, a serviço forçado, em condições análogas à de escravo, ou mediante regime de servidão por dívida; n) descumprimento de normas trabalhistas básicas de saúde; o) prática de fraudes contra grupos ou categorias de trabalhadores. (ROMANO, Rogério Tadeu, DANO MORAL COLETIVO – ASPECTOS PROCESSUAIS. Disponível em <http://www.jfrn.gov.br/doutrina/doutrina227.pdf>. Acesso em 1º de dez. de 2008).

¹⁷⁰ "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DANO MORAL COLETIVO. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DO DANO MORAL À NOÇÃO DE DOR, DE SOFRIMENTO PSÍQUICO, DE CARÁTER INDIVIDUAL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOÇÃO DE TRANSINDIVIDUALIDADE (INDETERMINABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO E INDIVISIBILIDADE DA OFENSA E DA REPARAÇÃO). RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO".

¹⁷¹ É o que se depreende do seguinte trecho: "ainda que ultrapassado o óbice erigido pelas Súmulas 282 e 356 do STF, melhor sorte não socorre ao recorrente, máxime porque a incompatibilidade entre o dano moral, qualificado pela noção de dor e sofrimento psíquico, e a transindividualidade, evidenciada pela indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa objeto de reparação, conduz à não indenizabilidade do dano moral coletivo, salvo comprovação de efetivo prejuízo dano." (STJ, REsp 821891/RS, Primeira Turma, Rel. Ministro Luiz Fux, julgamento em 08/04/2008).

¹⁷² "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DANO MORAL COLETIVO. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DO DANO MORAL À NOÇÃO DE DOR, DE SOFRIMENTO PSÍQUICO, DE CARÁTER INDIVIDUAL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOÇÃO DE TRANSINDIVIDUALIDADE (INDETERMINABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO E INDIVISIBILIDADE DA OFENSA E DA REPARAÇÃO). RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO." (REsp 598.281/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJ 01.06.2006)

decisão foram restritos aos associados.¹⁷³

Por outro lado, há notícias de julgados de Tribunais de Justiça decidindo pela possibilidade de indenização na hipótese. A respeito, confira-se a Apelação Cível nº 163.470 – 1/8, proferida pela 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, de relatoria do Des. Silvério Ribeiro. Nela, afirmou-se que o dano extrapatrimonial coletivo não encontra fundamento na dor, mas numa lesão de caráter não econômico, recaindo sobre bens de caráter cultural ou ecológico¹⁷⁴.

A tendência de reconhecimento do dano moral coletivo é observada no próprio legislador. Desde 1994, o artigo 1º, *caput*, da Lei de Ação Civil Pública, nº 7.347/85, cita os danos morais como tuteláveis¹⁷⁵. Esse entendimento foi repetido no artigo 3º, IV, do Projeto de Lei 5139/09¹⁷⁶, que inclui dentre os princípios do processo civil coletivo a “tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos materiais e morais, individuais e coletivos, bem como punição pelo enriquecimento ilícito”

O que se observa é que ainda há muitos óbices ao reconhecimento do dano moral sofrido pela coletividade, como aconteceu com o dano moral individual. Entretanto, a importância do instituto faz com que não possa mais ser negada a sua existência. Faltam, agora, situações em que a ocorrência seja inegável.

¹⁷³ AÇÃO COLETIVA. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. REQUISITOS TEMPORAL. DISPENSA. POSSIBILIDADE. DIREITO INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. INTERESSE DE AGIR. EXISTÊNCIA. 1 - É dispensável o requisito temporal da associação (pré-constituição há mais de um ano) quando presente o interesse social evidenciado pela dimensão do dano e pela relevância do bem jurídico a ser protegido. 2 - O §3º do art. 103 do CDC é norma de direito material, no sentido de que a indenização decorrente da violação de direitos difusos, destinada ao fundo especial previsto no art. 13 c/c o art. 16 da Lei nº 7.347/85 não impede eventual postulação ao ressarcimento individual (homogêneo) devido às vítimas e seus sucessores atingidos. Esse dispositivo não retira da associação o interesse (necessidade/utilidade) de ajuizar a ação coletiva própria, em face de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, buscando a proteção do meio ambiente e a prestação de assistência médico-hospitalar. 3 - Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp 706449- PR, Quarta Turma, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, julgamento em 26/05/2008)

¹⁷⁴ BITTAR FILHO. *Op. Cit.*

¹⁷⁵ A redação do *caput* do artigo 1º foi alterada pela Lei 8.884/94.

¹⁷⁶ Trata-se de projeto de lei que disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. (BRASIL. Projeto de Lei nº 5.139, DE 29 DE ABRIL DE 2009. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 19 nov. 2009.

4 - MEDIDAS JUDICIAIS CABÍVEIS PARA A TUTELA DE DANOS MORAIS COLETIVOS.

Como dito no primeiro capítulo, não basta o direito se não houver remédio para sua proteção, pois “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los.”¹⁷⁷ Antes de chegar às críticas sobre a legitimidade para a propositura de ações indenizatórias de dano moral coletivo, é imprescindível que se discorra quanto aos meios existentes hoje para essa tutela. São eles a ação civil pública, a ação popular e o mandado de segurança coletivo.

Importante lembrar a tramitação do Projeto de Lei nº 5.139/09, que altera a regulamentação da ação civil pública e pretende estender suas disposições aos demais processos coletivos.¹⁷⁸

4.1. Ação civil pública.

Quando se pensa na proteção de interesses coletivos em sentido amplo, o instrumento que vem à mente é a ação civil pública. O fundamento para tanto é o vasto rol de objetos tutelados, dentre os quais estão a defesa do consumidor e do meio ambiente.

Por ser a ação principal dentre as que visam a proteger interesses coletivos, será utilizada como paradigma para o estudo das demais ações coletivas.

4.1.1. Conceito e bens tutelados.

Trata-se de instrumento para a defesa de interesses difusos e coletivos, como previsto

¹⁷⁷ BOBBIO, *Op. Cit.* p.24.

¹⁷⁸ Art. 1º, §2º, do Projeto de Lei 5.139/09.

na Constituição da República em seu artigo 129, III¹⁷⁹. Seu diploma básico é a Lei 7437/85 e o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078/90. É inconteste a recepção da Lei 7.437/85 pela Constituição em 1988¹⁸⁰.

O rol de bens jurídicos tutelados, previsto no artigo 1^o¹⁸¹, é exemplificativo¹⁸². A partir da redação originária, outros incisos foram acrescentados. Hoje, abrange desde o meio ambiente à economia popular. Em síntese, essa ação serve para a proteção de interesses difusos e coletivos. Por força do Código de Defesa do Consumidor, passou também a guarda de interesses individuais homogêneos¹⁸³.

Há ainda alguma controvérsia doutrinária quanto aos interesses individuais homogêneos como causa de pedir. Isso porque o artigo 129, III, da Constituição da República não cita essa modalidade. Contudo, a jurisprudência majoritária entende pela inclusão dessa categoria, tendo em vista a determinação expressa do Código de Defesa do Consumidor.¹⁸⁴

Não podem ser objeto de ação civil pública as pretensões envolvendo tributos, contribuições previdenciárias, FGTS ou outras parcelas institucionais. A vedação foi incluída pela Medida Provisória 2180-35¹⁸⁵, está no parágrafo único do artigo 1^o, parágrafo único, da Lei 7.347/85.¹⁸⁶ A jurisprudência aplica o entendimento, inclusive para ações ajuizadas antes

¹⁷⁹ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

¹⁸⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris 2007, p. 902.

¹⁸¹ Art. 1^o Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994) I - ao meio-ambiente; II - ao consumidor; III - à ordem urbanística; (Incluído pela Lei nº 10.257, de 10.7.2001) (Vide Medida provisória nº 2.180-35, de 2001) IV - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; (Renumerado do Inciso III, pela Lei nº 10.257, de 10.7.2001) V - por infração da ordem econômica e da economia popular; (Redação dada pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001) VI - à ordem urbanística. (Redação dada pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

¹⁸² CARVALHO FILHO. *Op. Cit.* p. 903.

¹⁸³ A conceituação de cada uma dessas espécies de interesse foi feita no primeiro capítulo deste trabalho.

¹⁸⁴ CARVALHO FILHO, *Op. Cit.* p. 904.

¹⁸⁵ Em regra, uma medida provisória não poderia alterar lei. Essa alegação ensejaria a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1^o. Contudo, não houve declaração de inconstitucionalidade.

¹⁸⁶ Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

da edição da medida provisória.¹⁸⁷

Observe-se que a ação civil pública também não é meio adequado para a ingerência em políticas públicas a cargo da Administração. Isso porque a gestão dos interesses públicos não pode ser alvo de intervenção do Poder Judiciário.¹⁸⁸

Inicialmente, o artigo 3º da Lei 7.437/85 indicava que a ação civil pública serviria apenas para a tutela de “condenação em dinheiro” ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Isso foi alterado pelo Código de Defesa do Consumidor, quando dispôs sobre a ação civil pública como instrumento, por exemplo, para anulação de cláusulas contratuais¹⁸⁹. Recorde-se que as normas do Código de Defesa do Consumidor quanto a processos coletivos integram a lei 7.347/85, por causa do artigo 21, como já explicitado.

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei 8.625/93, também ampliou o cabimento das ações civis públicas. No artigo 25, IV, “b”, deste diploma legal ¹⁹⁰ está autorizada a ação civil pública objetivando invalidação de atos.¹⁹¹

É possível a ação cautelar, previsto no artigo 4º da lei 7.347/85¹⁹², e o “mandado liminar”, descrito no artigo 12 da mesma lei¹⁹³. A diferença entre as duas é que a primeira é

¹⁸⁷ É o que se vê, no Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo no Recurso Especial 531.985/SP, Segunda Turma, relatora Ministra Eliana Calmon, DJU 14/06/06: “O fato de a ação civil pública haver sido ajuizada antes da edição da MP 2.180-35/2001, que desautorizou o uso daquele instrumento para discutir matéria tributária, não altera esse quadro, visto que o posicionamento jurisprudencial acerca do tema foi estabelecido antes mesmo do advento da novel norma”. O mesmo entendimento foi seguido no Agravo Regimental no Recurso Especial 969087/ES, Segunda Turma, relator Ministro Castro Meira, DJe 09/02/2009 e no REsp 778936/SC, Primeira Turma, relator Ministro Luiz Fux, DJ 18/10/2007.

¹⁸⁸ CARVALHO FILHO. *Op. Cit.* p. 904.

¹⁸⁹ *Idem.*

¹⁹⁰ Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei: b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem;

¹⁹¹ CARVALHO FILHO. *Op. Cit.* p. 904.

¹⁹² Art. 4º Poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO). (Redação dada pela Lei nº 10.257, de 10.7.2001)

¹⁹³ Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo. § 1º A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato. § 2º A multa cominada

ação preparatória, caracterizada como ação cautelar específica, e a segunda é medida tomada incidentalmente, no curso do processo principal. Para a concessão de quaisquer delas, devem ser atendidos os requisitos do *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, necessários para qualquer medida de urgência.¹⁹⁴

4.1.2. Legitimidade ativa e passiva.

Quanto à legitimidade, está prevista no artigo 5º da Lei 7.347/85.¹⁹⁵ A redação originária do artigo já permitia ao Ministério Público, a União, Estados, Municípios, autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação.

Quando se trata de interesses difusos, o Ministério Público é sempre legitimado para sua defesa.¹⁹⁶ Isso ocorre em decorrência da transindividualidade. No que tange ao interesse coletivo, a legitimidade do *parquet* dependerá de prova do relevante interesse público ou social na questão, pela dimensão ou característica do dano¹⁹⁷. O mesmo acontece quando se trata de interesse individual homogêneo, sendo preciso que se prove a relevância.¹⁹⁸ É o que assevera o STJ.¹⁹⁹

No que concerne às associações, existem questionamentos importantes. O inciso III

liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento.

¹⁹⁴ CARVALHO FILHO. *Op. Cit.* p. 904.

¹⁹⁵ 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, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

¹⁹⁶ CAVALIERI FILHO. *Op. Cit.*,2008, p. 312.

¹⁹⁷ *Idem.*

¹⁹⁸ *Idem.*

¹⁹⁹ A exemplo: “Firmou-se no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o Ministério Público possui legitimidade ativa para promover a defesa dos direitos difusos ou coletivos dos consumidores, bem como de seus interesses ou direitos individuais homogêneos, inclusive quanto à prestação de serviços públicos, haja vista a presunção de relevância da questão para a coletividade” (in REsp 769326-RN, DJe 24/09/2009).

do artigo 5º da lei 7437 determina que a associação deve estar constituída há mais de um ano e ter, dentre seus objetivos institucionais, a proteção aos direitos difusos e coletivos que pretende proteger. A exemplo, confira-se o REsp 805.277-RS, de relatoria de Nancy Andriahi, julgado em 23/09/2008.²⁰⁰

Observe-se que o requisito temporal pode ser afastado em decorrência da dimensão ou característica do dano. Esses elementos evidenciarão interesse social naquele conflito, como previsto no artigo 5º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor²⁰¹, aplicável às ações civis públicas em geral por força do artigo 21 da Lei 7.437.²⁰²

A limitação dos efeitos da coisa julgada apenas aos associados e a necessidade de autorização de cada associado para propositura da ação são outros pontos curiosos dessa ação. Os dois temas já foram pacificados pelos Tribunais Superiores.

Quanto à restrição, já foi decidido que a coisa julgada na ação civil pública estende-se aos não associados envolvidos na mesma situação de fato ou de direito. Isso porque o Código de Defesa do Consumidor admite que as associações atuem, no processo coletivo, como substitutas processuais de todos aqueles que tenham, na esfera do direito material, interesse na solução do conflito apresentado na ação. Esse é o entendimento adotado recentemente pelo STJ no julgamento do REsp 805.277-RS (DJe 08/10/2008), citado

²⁰⁰ Em relação a este aresto, foi noticiado no Informativo do STJ nº 369, de 22 a 26 de setembro de 2008: “A Turma reiterou entendimento da Segunda Seção deste Superior Tribunal e afirmou que a ação civil pública é o instrumento adequado para a defesa dos interesses individuais homogêneos dos consumidores. Quanto à legitimidade, preenchidos os requisitos legais (art. 5º da Lei n. 7.347/1985 e art. 82, IV, do CDC), as associações de defesa dos consumidores podem propor ação civil pública ou ação coletiva na tutela dos interesses e direitos individuais homogêneos. Dispensam-se formalidades, tais como a prova de que os associados tenham conferido autorização expressa ou a evidência de que tenham aprovado o ajuizamento da ação em assembleia. Assim a União Nacional em Defesa de Consumidores, Consorciados e Usuários do Sistema Financeiro (Unicons) tem legitimidade para propor ação civil pública contra a Unimed - Porto Alegre, na qual pleiteia que sejam declaradas sem efeito a rescisão do contrato de assistência médica e a imposição de cobrança de adicional para internação hospitalar feitas unilateralmente pela recorrida ré, bem como que sejam declaradas nulas cláusulas contratuais e a condenação à reparação de danos”

²⁰¹ § 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.

²⁰² Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. (Incluído Lei nº 8.078, de 1990)

anteriormente,²⁰³ e, também, no REsp 651.037-PR (DJ 13/09/2004).²⁰⁴

Essa é uma razão para que não sejam necessárias listas dos associados ou prova da autorização prévia. Além de a coisa julgada não ser restrita a eles, aquela intenção pela proteção do direito coletivo está descrito dentre objetivos institucionais da associação. Sobre o tema, veja-se AgRg no REsp 506.692/RS, Primeira Turma, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ 16.11.2004; no mesmo sentido, vide REsp 427.298/DF ; Segunda Turma, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ 25/08/2003.

4.1.3. Coisa julgada.

A coisa julgada na ação civil pública possui natureza *erga omnes*. Entretanto, caso seja julgada improcedente por deficiência de provas, terá efeito apenas entre as partes, sem produzir a coisa julgada material.²⁰⁵ É o que determina o artigo 16 da Lei 7347.²⁰⁶ A ação popular foi a inspiração para tanto, como se verifica no artigo 18 da Lei 4.717/65.²⁰⁷

Contudo, o artigo 2º da Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, alterou a redação do artigo para que a coisa julgada tenha eficácia *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator. Essa redação permanece até hoje.

Observe-se que a finalidade dessa norma é unicamente restringir a eficácia da

²⁰³ Destaque-se parte da ementa do aresto “Independentemente de autorização especial ou da apresentação de relação nominal de associados, as associações civis, constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC, gozam de legitimidade ativa para a propositura de ação coletiva.”

²⁰⁴ Nesse julgado, destaca-se: “Para a comprovação da legitimidade ativa de credor-poupador que propõe ação de execução com lastro no título executivo judicial exarado na ação civil pública, despicienda se mostra a comprovação de vínculo com a associação proponente da ação ou a apresentação de relação nominal e de endereço dos associados.”

²⁰⁵ CARVALHO FILHO. *Op. Cit.* p. 904.

²⁰⁶ Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. (Redação dada pela Lei nº 9.494, de 10.9.1997)

²⁰⁷ A ação popular será analisada no próximo ponto deste capítulo. De antemão, dispõe o artigo 18 da lei 4717/65: Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível "erga omnes", exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

decisão proferida em ação civil pública, deixando-a adstrita à competência territorial do órgão prolator. Isso não se confunde com a legitimidade da associação para a ação civil pública.

Esse é um dos motivos pelo qual o pedido da ação civil pública não pode ter como pedido a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Caso o faça, a ação civil pública que chegar aos Tribunais Superiores usurparia papel destinado à ação direta de inconstitucionalidade, produzindo os mesmos efeitos. Daí porque a inconstitucionalidade tem que está restrita à causa de pedir.²⁰⁸

4.2. Ação popular.

Foi o primeiro instrumento criado para a tutela de interesses coletivos no país, em 1965 por meio da Lei 4.717/65. Hoje, perdeu força diante da ação civil pública. Esta tem objeto mais amplo, além de ser ajuizada, na maior parte das vezes, pelo Ministério Público.

Observe-se que a ação popular distingue-se da ação civil pública em decorrência de sua legitimação ativa e passiva, do objeto e do pedido.

4.2.1. Conceito e bens tutelados.

Trata-se de ação que objetiva “anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”. Isso está expresso no artigo 5º, LXXIII, da Constituição da República ²⁰⁹,

²⁰⁸ Confira-se o AgRg no REsp 1106972 / RS (DJe 06/08/2009) "é pacífico o entendimento nesta Corte Superior no sentido de que a inconstitucionalidade de determinada lei pode ser alegada em ação civil pública, desde que a título de causa de pedir - e não de pedido -, uma vez que, neste caso, o controle de constitucionalidade terá caráter incidental. Precedentes"

²⁰⁹ Artigo 5º, LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

o qual ampliou a aplicação da medida em relação às constituições anteriores.²¹⁰ Entretanto, ela não alcança a tutela de interesses difusos que não estejam expressos na Constituição como objeto seu. É o que ocorre com demandas de direito do consumidor²¹¹. A disciplina infraconstitucional dessa garantia constitucional é feita pela Lei 4.717/65.

O conceito de patrimônio público está expresso no artigo 1º, parágrafo único, da Lei 4.717/65.²¹² A doutrina diverge quanto à inclusão da moralidade administrativa nesse conceito. Enquanto há quem diga que o parágrafo único visa impedir que a ação inclua, por exemplo, a tutela da moralidade administrativa e do meio ambiente, com fundamento na interpretação literal do dispositivo. Por outro lado, segunda corrente doutrinária assevera que a Constituição da República inclui patrimônio público, moralidade administrativa e meio ambiente.²¹³

Observe-se que o objeto da ação popular é mais restrito que o da ação civil pública. Em conseqüência, o pedido será mais limitado.²¹⁴

É possível concessão de liminar. Embora a Lei 4.717/65 não contemplasse a hipótese originalmente, a Lei 6.515/77 inseriu o parágrafo 4º do artigo 5º, o qual prevê, expressamente, “a suspensão liminar do ato lesivo impugnado”.²¹⁵

É de se ressaltar que a liminar pode ter objeto mais amplo que a proteção do “patrimônio público”. Como sustenta José dos Santos Carvalho Filho,

[...] é de se entender que a medida *initio litis* seja concedida ainda que a pretensão se dirija à tutela dos demais bens jurídicos mencionados na vigente Constituição, bastando apenas que estejam presentes os pressupostos

²¹⁰ As constituições anteriores a 1988 destinavam à ação popular a proteção somente do patrimônio público. (CARVALHO FILHO. *Op. Cit.* p. 889).

²¹¹ DIDIER JR (organizador). *Op. Cit.* 2009, p. 275.

²¹² Artigo 1º, § 1º - Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico. (Redação dada pela Lei nº 6.513, de 1977)

²¹³ É o que aponta José dos Santos Filho. CARVALHO FILHO, *Op. Cit.* p. 889.

²¹⁴ MAZZILLI. *Op. Cit.* p. 147/148.

²¹⁵ Art. 5º § 4º Na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado. (Incluído pela Lei nº 6.513, de 1977).

necessários à concessão da medida. Essa é a interpretação que decorre do sentido lógico da providência cautelar em conjugação com a tutela jurisdicional hoje vigorante.²¹⁶

4.2.2. Legitimidade ativa e passiva.

Uma das características mais marcantes dessa ação é a legitimidade ativa conferida a qualquer cidadão, decorrente do artigo 5º, LXXIII, da Constituição da República. Para tanto, o autor deve provar sua cidadania por meio do título eleitoral ou com documento que a ele corresponda, conforme artigo 1º, §3º, da Lei 4.717/65.

Além disso, a legitimidade do cidadão é mantida em recurso, acrescida a do Ministério Público, conforme artigo 19, § 2º, da Lei 4.717/65²¹⁷.

Quanto à legitimidade passiva, será da pessoa jurídica que emanou o ato, dos servidores que contribuíram para a lesão e dos beneficiários diretos do ato lesivo, consoante artigo 6º da Lei 4.717/65.²¹⁸ Daí porque se diz que a legitimidade passiva será sempre múltipla.²¹⁹ Importante atentar para outra particularidade dessa ação. O artigo 6º, § 3º, da lei reguladora permite que a pessoa jurídica que tenha seu ato atacado deixe de responder ou atue ao lado do autor.²²⁰ Dessa forma, há inversão da posição da pessoa jurídica na ação. Ela passa de ré a autora, atendendo ao interesse público.

Por fim, critica-se o artigo 6º, §4º, da Lei 4.717/65²²¹. Ele impede que o Ministério

²¹⁶ CARVALHO FILHO, *Op. Cit.* p.892.

²¹⁷ Art. 19 § 2º - Das sentenças e decisões proferidas contra o autor da ação e suscetíveis de recurso, poderá recorrer qualquer cidadão e também o Ministério Público. (Redação dada pela Lei nº 6.014, de 1973)

²¹⁸ Art. 6º -A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

²¹⁹ CARVALHO FILHO. *Op. Cit.* p. 890.

²²⁰ Art. 6º, § 3º - a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente“.

²²¹ Art. 6º - A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo. § 4º O Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a

Público defenda o ato atacado. Contudo, o *Parquet* tem liberdade de opinião, o que é excepcionado apenas quando atua como representante da parte ou substituto processual de pessoa determinada.²²²

4.2.3. Coisa julgada.

A sentença da ação popular está regulada no artigo 11 da Lei 4.717/65. Esse dispositivo permite que se decrete a nulidade do ato e, na mesma decisão, os réus sejam condenados a pagar perdas e danos.²²³ Dessa forma, se procedente, a decisão assume caráter constitutivo e declaratório, simultaneamente.²²⁴ Por outro lado, se improcedente, haverá apenas a declaração não há ato lesivo. Por isso, a sentença será declaratória apenas.²²⁵

Como na ação civil pública²²⁶, a sentença terá, em regra, efeito *erga omnes*, por força do artigo 19 § 2º ²²⁷. O artigo excepciona essa regra nos casos de sentença de improcedência por falta de provas, permitindo que se ajuíze nova ação com fundamento em suporte probatório renovado.

4.3. Mandado de segurança coletivo.

Embora o mandado de segurança individual exista desde 1934, o mandado de segurança coletivo foi mais uma das novidades da Constituição de 1988. Em âmbito

responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores.

²²² MAZZILLI. *Op. Cit.* p. 98/99.

²²³ Art. 11. A sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa.

²²⁴ CARVALHO FILHO. *Op. Cit.* p. 892.

²²⁵ *Idem.*

²²⁶ Sobre o tema, veja o item 1.3 deste capítulo.

²²⁷ Art. 19 § 2º Das sentenças e decisões proferidas contra o autor da ação e suscetíveis de recurso, poderá recorrer qualquer cidadão e também o Ministério Público. (Redação dada pela Lei nº 6.014, de 1973)

infralegal, não havia lei específica sobre o tema. Isso foi suprido pela Lei 12.016/09, nova regulamentação do mandado de segurança, abarcando as duas espécies.

Para fins didáticos, deve ser apontado que o mandado de segurança coletivo diferencia-se da ação civil pública quanto à legitimação ativa, objeto e pedido.²²⁸

4.3.1. Conceito e bens tutelados.

Como nas ações anteriores, a Constituição da República é o fundamento do mandado de segurança. No artigo 5º, LXIX, está o mandado de segurança individual e, no inciso LXX, o mandado de segurança coletivo.

O objeto da ação está no texto constitucional: "proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*."²²⁹ Completa-se, no mesmo inciso, que o responsável "pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público".

Importante atentar para a recente alteração legislativa sobre o tema. As Leis 1.533/51 e 4.348/64 foram integralmente revogadas pela Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009 e com vigência a partir da publicação, consoante seu artigo 29. Em verdade, não houve modificação radical, contudo foram introduzidas novidades, cujos efeitos só se saberão nos próximos anos.

Como diploma básico regulador, a Lei 12.016/09 repete a norma constitucional em seu artigo 1º. A única inovação é da possibilidade expressa de ser preventivo, quando aponta o "justo receio" da lesão e destaca que a autoridade coatora pode ser de qualquer categoria ou função.²³⁰

²²⁸ MAZZILLI. *Op. Cit.* p. 148.

²²⁹ É o que está expresso no artigo 5, LXIX, da Constituição da República.

²³⁰ Art. 1º - Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

O direito líquido e certo de que se fala é aquele provado de plano, isso é, o autor da ação deve exhibir os documentos que amparam seu direito quando ajuíza a ação²³¹, por ser condição da ação.²³² Questiona-se a natureza desse “requisito” e quais os efeitos do descumprimento.

Há quem afirme, em defesa de tese sustentada por Carlos Maximiliano²³³, que, o direito líquido e certo é aquele evidente, “insuscetível de controvérsia”²³⁴. Por isso, não caberia mandado de segurança se a questão fosse complexa.

Hoje o posicionamento adotado pela jurisprudência e pela doutrina majoritária é de que o direito líquido e certo está relacionado a fato que pode ser demonstrado por prova documental, que deve instruir a petição.²³⁵ Para os defensores dessa tese, a complexidade é indiferente. Daí a expressão de Hely Lopes Meirelles de que o direito líquido e certo é “o que se comprova de plano, sem instrução probatória”.²³⁶

Última corrente, defendida por Sergio Ferraz²³⁷, confere ao direito líquido e certo dupla finalidade: condição da ação e fim da ação. Significa que a base fática deve ser provada de plano, mas a análise de sua existência leva à concessão ou denegação da segurança, com decisão de mérito. Essa tese leva à inaplicabilidade da Súmula 304 do Supremo Tribunal Federal.²³⁸

Entretanto, como a doutrina majoritária e jurisprudência²³⁹ caracterizam a liquidez e certeza como condição específica para o regular exercício da ação, a falta de prova pré-

²³¹ CARVALHO FILHO. *Op. Cit.* p. 880.

²³² FERRAZ, Sergio. *Mandado de Segurança*. 4 ed, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 25/26

²³³ MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira de 1946*, v. 3, 5 ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1954, p. 147, *apud* FERRAZ, *Op. Cit.* p. 26. Posição defendida, também, por De Plácido e Silva (SILVA, De Plácido e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v.2, 2 ed, Curitiba:Gauíra, 1948, p. 113, *apud* FERRAZ, *Op. Cit.* p. 26.

²³⁴ FERRAZ, *Op. Cit.* p. 26.

²³⁵ FERRAZ, *Op. Cit.* p. 29/30.

²³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes, *Mandado de Segurança*, 28 ed, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 36 e ss, *apud* FERRAZ, *Op. Cit.* p. 31.

²³⁷ FERRAZ, *Op. Cit.* p. 33/36.

²³⁸ Decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria.

²³⁹ A exemplo da supracitada Súmula 304 do Supremo Tribunal Federal.

constituída ocasiona a extinção sem resolução do mérito.

Isso não impede a emenda a inicial, com incidência do artigo 284 do CPC, como assegura a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.²⁴⁰ Cabe, inclusive, a juntada de documentos para a correção de erro material.²⁴¹

Uma das inovações na Lei 12.016/09 foi a disciplina específica do mandado de segurança coletivo. Dentre essas disposições está o artigo 21, parágrafo único. Nele, são definidos como objeto dessa espécie de mandado de segurança os interesses coletivos e individuais homogêneos, definidos como no Código de Defesa do Consumidor, artigo 81, parágrafo único, II e III, respectivamente.²⁴²

Observe-se que os direitos difusos foram excluídos desse rol. É certo que o legislador, nesse ponto, contrariou a jurisprudência e a doutrina²⁴³. Tentando esclarecer o que se pretendeu, Cássio Scarpinella Bueno associa a medida à legitimidade e à pertinência temática.

[...] não há como deixar de notar que o dispositivo em questão deixa transparecer o desejo da Lei n. 12.016/2009 de correlacionar aqueles 'direitos' com aspectos da legitimidade que o *caput*, do art. 21 reconhece, sobrepondo, assim, o objeto do mandado de segurança coletivo à sua legitimidade. Que pode haver relação entre este e aquele elemento da demanda é irrecusável. Esta relação é responsável, até mesmo, para se cunhar a acertada expressão 'pertinência temática' [...]²⁴⁴

²⁴⁰ Sobre o assunto, confira-se o acórdão no REsp 639214-PR, DJe 28/11/2008, no qual o Relator, Ministro Mauro Campbell Marques afirma que "A petição inicial de mandado de segurança é passível de emenda nos termos do art. 284 do CPC, medida que valoriza os princípios da celeridade e da economia processual, razão pela qual o magistrado deve abrir prazo para que a parte promova a juntada dos documentos comprobatórios da certeza e liquidez do direito alegado, sendo que, somente após o descumprimento da diligência, poderá indeferir a inicial. Precedentes." Ainda: AgRg no RMS 22669-PE (DJe 12/08/2008) e REsp 705248-SC (DJ 18/10/2007).

²⁴¹ Esse é o tema, especificamente, do REsp 783797-SP (DJe 03/09/2008).

²⁴² Art. 21 Parágrafo único - Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser: I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica; II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

²⁴³ LOPES, Mauro Luís Rocha. *Comentários à nova Lei do Mandado de Segurança: Lei nº 12.016/2009*. Niterói: Impetus, 2009, p. 158

²⁴⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. *A Nova lei do Mandado de Segurança: Comentários sistemáticos à Lei nº 12.016, de 7-8-2009*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 129.

Contudo, o autor defende que os interesses difusos ainda podem ser defendidos em mandado de segurança coletivo.²⁴⁵ O dispositivo limita as hipóteses de cabimento definidas pela Constituição da República²⁴⁶.

Há dois legitimados para a propositura dessa ação: partidos políticos e entidades de classe. Quanto ao partido político, sua atuação não está restrita aos interesses de seus associados. Muitas vezes, ela atinge indivíduos indeterminados ou indetermináveis, extrapolando suas diretrizes institucionais.²⁴⁷ Isso também ocorre com as entidades de classe.

Acrescentem-se outras restrições impostas pela nova lei, como se verifica a seguir.²⁴⁸

O artigo 1º § 2º veda que o mandado de segurança seja impetrado contra atos de gestão comercial praticados

economia mista e de concessionárias de serviço público.²⁴⁹ Esse já era o entendimento encontrado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça²⁵⁰ e em parte de doutrina²⁵¹.

O fundamento para tanto é a distinção entre os atos de gestão e os atos de autoridade. Nesses, há típica atividade pública, pela delegação de exercício a terceiro. Há autores, como Sergio Ferraz,²⁵² que defendem a adequação do mandado de segurança para impugnar ato “praticado no campo normativo do direito público”²⁵³. Frequentemente, há confusão entre eles, uma vez que é comum relacionar o ato à natureza jurídica da entidade a qual o agente

²⁴⁵ *Idem.*

²⁴⁶ Art. 5º, LXX, “a”, da Constituição da República.

²⁴⁷ BUENO. *Op. Cit.* p 130/131.

²⁴⁸ Cássio Scarpinella Bueno sustenta a inconstitucionalidade de dispositivos legais, como o analisado. Ele assevera que a restrição do direito e garantia constitucional depende de interpretação restritiva dessas normas. (*in* BUENO, *Op. Cit.* p. 18)

²⁴⁹ Art. 1º, § 2º - Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

²⁵⁰ É o que se verifica no julgamento do REsp 278052/PR, de relatoria do Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 15/04/2002. Destaca-se “Não se trata de ato de autoridade, mas, sim, de ato de gestão, praticado no interesse exclusivo da sociedade de economia mista, atuando como empregador, em nada se identificando com as específicas funções delegadas pelo Poder Público, tal qual resulta da letra do artigo 21, inciso XII, alínea “b”, da Constituição da República, o ato de Gerente de Departamento de Recursos Humanos de Companhia Energética, em que se faculta a seus empregados que recebem benefício de aposentadoria por tempo de serviço a opção pela manutenção do vínculo empregatício, mediante a suspensão do pagamento do benefício junto ao INSS, ou, ainda, a preservação do recebimento do benefício, mediante a extinção do contrato de trabalho.”

²⁵¹ Veja-se FERRAZ, Sergio. *Op. Cit.*, p. 142/143.

²⁵² FERRAZ. *Op. Cit.* p 142.

²⁵³ *Idem.*

coator pertence.²⁵⁴

O *writ* também não pode ser manejado contra ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo. É o que determina o artigo 5º, I, da Lei 12.016/09²⁵⁵. Essa determinação não é novidade: estava presente na Lei 1.553/51, artigo 5º, I.²⁵⁶ Falta eficácia ao ato impugnado se não há prejuízo e o recurso administrativo tem efeito suspensivo.²⁵⁷

Uma das inovações da nova lei de mandado de segurança está no inciso II do artigo 5º²⁵⁸. Nele, determina-se que não pode ser concedido mandado de segurança que ataque decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo.

A princípio, a norma passa a aceitar a impetração de mandado de segurança para atacar decisão judicial. Isso era vedado pela Súmula 267 do Supremo Tribunal Federal. A única exceção era o caso de não haver recurso apto a impugnar a decisão, como determinava o artigo 5º, II, da Lei 1.553/51.²⁵⁹

O dispositivo da lei anterior fez surgir quatro correntes de interpretação. Uma sustentava a perfeita aplicação do dispositivo, com sua interpretação literal.²⁶⁰

A segunda tese apontava que o *writ* seria cabível contra decisão judicial que somente comportasse recurso sem efeito suspensivo e, com isso, provocasse dano irreparável.²⁶¹ Um desdobramento da segunda corrente passou a admitir o remédio contra a coisa julgada quando não era exigida a interposição de recurso sem efeito suspensivo como pressuposto necessário

²⁵⁴ É crítica feita por Sergio Ferraz à jurisprudência. FERRAZ. . *Op. Cit.* p 142/143.

²⁵⁵ Art. 5º - Não se concederá mandado de segurança quando se tratar: I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;

²⁵⁶ Art. 5º - Não se dará mandado de segurança quando se tratar: I - de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução.

²⁵⁷ BUENO. *Op. Cit.* p. 18.

²⁵⁸ Art. 5º - Não se concederá mandado de segurança quando se tratar: II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;

²⁵⁹ Art. 5º - Não se dará mandado de segurança quando se tratar: II - de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correção.

²⁶⁰ É a posição de Seabra Fagundes (FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 5.ed., Belo Horizonte: Forense, 1979 p. 266/267, *apud* FERRAZ, *Op. Cit.* p.177).

²⁶¹ Dentre outros, o Ministro Carlos Mário Velloso do Supremo Tribunal Federal (*in* FERRAZ, *Op. Cit.* p.178) e Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*, 28 ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 47 e 123, *apud* FERRAZ, *Op. Cit.* p.178).

do mandado de segurança.²⁶²

A terceira posição defendia que deveria ocorrer, simultaneamente, a interposição do recurso cabível, para evitar a preclusão, e a impetração do mandado de segurança, apenas para a concessão de efeito suspensivo ao recurso e evitar, assim, o dano. No recurso, estaria descrita a ilegalidade ou abuso que seria objeto do mandado de segurança.²⁶³

Os mesmos defensores dessa posição apontam que a necessidade de interposição do recurso seria afastada em caso de terceiro impetrar o remédio contra ato judicial. Esse entendimento foi firmado na Súmula 202 do Superior Tribunal de Justiça.²⁶⁴

Já, para a quarta posição, poderia ser impetrado mandado de segurança sem a interposição de recurso. Para eles, seria suficiente a ilegalidade ou abuso de direito.²⁶⁵

Diante da grande quantidade de mandado de segurança contra atos judiciais, o Código de Processo Civil foi reformado. O agravo de instrumento sofreu modificações, dentre as quais, a possibilidade de o relator conceder efeito suspensivo ao recurso.²⁶⁶ Por isso, essas posições haviam sido deixadas de lado.

Com a edição da Lei 12.016/09, retorna-se à discussão quanto às três últimas correntes, possibilitando o mandado de segurança. O fundamento é a possibilidade prejuízo imediato, em face da impossibilidade de o recurso cabível fornecer a tutela pronta e eficaz do direito do recorrente.²⁶⁷

Importante destacar que, em julgamento de 1973, foi admitido o cabimento do mandado de segurança contra ato judicial pelo Supremo Tribunal Federal²⁶⁸, ultrapassando a

²⁶² Posição de Kazuo Watanabe (WATANABE, Kazuo. *Controle Jurisdicional e Mandado de Segurança contra Ato Judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, *apud* FERRAZ, *Op. Cit.* p. 178.

²⁶³ Sergio Ferraz aponta a Súmula 202 do STJ como exemplo dessa corrente (FERRAZ, *Op. Cit.* p. 178/179).

²⁶⁴ “A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona a interposição de recurso.”

²⁶⁵ Dentre os que defendem essa tese, está Sergio Ferraz. (FERRAZ, *Op. Cit.* p. 179 e 183).

²⁶⁶ Alterações trazidas pela Lei 9.139/95, alterando o artigo 558 do CPC.

²⁶⁷ BUENO. *Op. Cit.* p. 20.

²⁶⁸ Mauro Luís Rocha Lopes (LOPES, *Op. Cit.* p. 31) aponta como precedente de superação da Súmula 267 o RE 76909-RS, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque, publicado no DJU de 17/05/1974. Esta é a ementa: “Ação de segurança formulada para impugnar ato judicial. É admissível no caso em que do ato impugnado advenha dano irreparável cabalmente demonstrado. 2. Votos

própria súmula²⁶⁹, editada em 1963. Contudo, em regra, é aplicado o enunciado.²⁷⁰

Destaque-se que, quanto às decisões judiciais para as quais não haja recurso, é mantido o cabimento do *writ*, sem incidir a Súmula 267 do Supremo Tribunal Federal²⁷¹ ou a vedação do artigo 5º, II, da Lei 12.016/09. Um caso que ilustra isso é o mandado de segurança contra decisão interlocutória em ações movidas no juizado especial estadual²⁷², o que é admitido pelo Superior Tribunal de Justiça.²⁷³ No Supremo Tribunal Federal, foi estabelecido o entendimento contrário em recurso extraordinário escolhido como de repercussão geral.²⁷⁴

O inciso III do artigo 5º da Lei 12.016/09 impede a concessão desse remédio constitucional se ele objetiva atacar decisão transitada em julgado.²⁷⁵ Esse entendimento já havia se consolidado na jurisprudência, com a edição da Súmula 268 pelo Supremo Tribunal Federal.²⁷⁶ Esse inciso tem a mesma preocupação do inciso II, impedir o prejuízo que pode ser causado pelos meios tradicionais de impugnação da decisão.²⁷⁷

vencidos. 3. Recurso extraordinário conhecido mas não provido.”

²⁶⁹ “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.”

²⁷⁰ Um exemplo é o MS 26768 AgR-DF, também do Tribunal Pleno, relatado pelo Ministro Cezar Peluso, com publicação no DJe de 16/05/2008: “Mandado de segurança. Ato judicial. Decisão do Presidente do STF. Inadmissibilidade. Pedido não conhecido. Aplicação, ademais, da súmula 267. Precedentes. Ausência de razões novas. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente da Corte.”

²⁷¹ LOPES, *Op. Cit.* p. 33.

²⁷² *Idem.*

²⁷³ É o que se verifica no enunciado 376 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: “Compete a turma recursal processar e julgar o mandado de segurança contra ato de juizado especial.”. Observe-se, contudo, que esse tribunal aceita apenas que o tribunal de Justiça controle da constitucionalidade da decisão, vedado o controle do mérito (BUENO. *Op. Cit.* p. 21-nota de rodapé).

²⁷⁴ O entendimento foi consolidado no julgamento do RE 576847-BA, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Eros Grau, publicado no DJe de 07/08/2009, com a seguinte ementa: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSO CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. DECISÃO LIMINAR NOS JUIZADOS ESPECIAIS. LEI N. 9.099/95. ART. 5º, LV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. 1. Não cabe mandado de segurança das decisões interlocutórias exaradas em processos submetidos ao rito da Lei n. 9.099/95. 2. A Lei n. 9.099/95 está voltada à promoção de celeridade no processamento e julgamento de causas cíveis de complexidade menor. Daí ter consagrado a regra da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, inarredável. 3. Não cabe, nos casos por ela abrangidos, aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, sob a forma do agravo de instrumento, ou o uso do instituto do mandado de segurança. 4. Não há afronta ao princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV da CB), vez que decisões interlocutórias podem ser impugnadas quando da interposição de recurso inominado. Recurso extraordinário a que se nega provimento”. (BUENO. *Op. Cit.* p. 21-nota de rodapé).

²⁷⁵ Art. 5º - Não se concederá mandado de segurança quando se tratar: III - de decisão judicial transitada em julgado.

²⁷⁶ “Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado.”

²⁷⁷ BUENO, *Op. Cit.* p. 20/21.

Está consolidada a jurisprudência quanto a não ser cabível o mandado de segurança contra lei em tese. É o que determina a Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal. A nova lei não tratou do tema.

Um avanço da nova regulamentação é a retirada da vedação do inciso III do artigo 5º da Lei 1.553/51. Nele, impedia-se o mandado de segurança fosse utilizado como instrumento para rever o mérito do ato disciplinar.²⁷⁸ Observe-se que a jurisprudência já realizava o controle da legalidade do ato, com análise da razoabilidade e proporcionalidade da sanção.²⁷⁹

Foi vedada, também, a liminar que aborde questões sobre compensação de créditos tributários, entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.²⁸⁰ Esse já era o entendimento ao artigo 1º, §5º, da Lei 8.437/92, que adotava Súmula 212 do Superior Tribunal de Justiça.²⁸¹ Também, nesse sentido, observa-se o artigo 170-A do Código Tributário Nacional, com redação pela Lei

²⁷⁸ Art. 5º - Não se dará mandado de segurança quando se tratar: III - de ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial.

²⁷⁹ Esse posicionamento fica claro no julgamento do RMS 24901-DF, da Primeira Turma, de relatoria do Ministro Carlos Brito, publicada no DJ de 11/02/2005: “ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO POR ATO DE IMPROBIDADE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PENA MENOS SEVERA. O órgão do Ministério Público, que oficiou na instância de origem como custos legis (art. 10 da Lei nº 1.533/51), tem legitimidade para recorrer da decisão proferida em mandado de segurança. Embora o Judiciário não possa substituir-se à Administração na punição do servidor, pode determinar a esta, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, a aplicação de pena menos severa, compatível com a falta cometida e a previsão legal. Este, porém, não é o caso dos autos, em que a autoridade competente, baseada no relatório do processo disciplinar, concluiu pela prática de ato de improbidade e, em consequência, aplicou ao seu autor a pena de demissão, na forma dos artigos 132, inciso IV, da Lei nº 8.112/90, e 11, inciso VI, da Lei nº 8.429/92. Conclusão diversa demandaria exame e reavaliação de todas as provas integrantes do feito administrativo, procedimento inoportuno na via estreita do writ, conforme assentou o acórdão recorrido. Recurso ordinário a que se nega provimento.” O Superior Tribunal de Justiça corrobora a tese, como se vê no julgamento do MS 13742-DF, da Primeira Seção, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, publicado no DJe de 21/09/2009: “Com efeito, conforme orientação consolidada nesta Corte, afasta-se da apreciação do Poder Judiciário o controle do mérito dos atos administrativos — conveniência e oportunidade —, excepcionada apenas a hipótese de ato praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial, ou ainda quando contrariar o princípio da razoabilidade, o que, a toda evidência, não ocorre na hipótese dos autos.”

²⁸⁰ Art. 7º, §2º - Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

²⁸¹ A redação originária do enunciado era a seguinte: “A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória”. Na sessão de 11/05/2005, a Primeira Seção deliberou pela alteração da redação, que passou a “a compensação de créditos tributários não pode ser deferida por medida liminar.”

Complementar 104/01.²⁸²

A matéria já era vedada no artigo 5º da Lei 4.348/64²⁸³ e no artigo 1º, §4º, da Lei 5.021/66²⁸⁴, expressamente revogados pelo artigo 29 da Lei 12.016/09. Houve revogação tácita²⁸⁵ do artigo 1º da Lei 2.770/56 e da Lei 2.410/55.

A ação deve ser ajuizada no prazo decadencial de 120 dias a partir da ciência do ato, como expresso no artigo 23 da Lei 12.016/09, correspondente ao artigo 18 da Lei 1.553. Parte da doutrina questionava a constitucionalidade do prazo, sob o fundamento de que violaria o livre acesso à Justiça a fixação de prazo para ajuizamento estabelecido por lei ordinária.²⁸⁶ A matéria foi recentemente pacificada na jurisprudência com a edição da Súmula 632 pelo Supremo Tribunal Federal, que assegura ser "constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança."

4.3.2. Legitimidade ativa.

A Lei 12.016/09 destaca a aplicação das normas do Código de Processo Civil, como indicam os artigos 6º, §5º²⁸⁷, 7º, §§1º²⁸⁸ e 5º²⁸⁹ e 24²⁹⁰. O último artigo determina a aplicação

²⁸² Art. 170-A - É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.

²⁸³ Art. 5º Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens.

Parágrafo único. Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença.

²⁸⁴ Art. 1º, §4º - Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.

²⁸⁵ É o que afirma BUENO, *Op. Cit.* p.44.

²⁸⁶ FERRAZ, *Op. Cit.* p. 222/223.

²⁸⁷ §5º - Denega-se o mandado de segurança nos casos previstos pelo art. 267 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

²⁸⁸ §1º - Da decisão do juiz de primeiro grau que conceder ou denegar a liminar caberá agravo de instrumento, observado o disposto na Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

²⁸⁹ §5º - As vedações relacionadas com a concessão de liminares previstas neste artigo se estendem à tutela antecipada a que se referem os arts. 273 e 461 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

²⁹⁰ Art. 24 - Aplicam-se ao mandado de segurança os arts. 46 a 49 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

dos artigos 46 a 49 do Código de Processo Civil²⁹¹, que versam sobre o litisconsórcio. Isso corresponde ao artigo 19 da lei revogada.²⁹²

Observe-se que o artigo 10, §2º, veda a inclusão de litisconsorte ativo, após o despacho da petição inicial.²⁹³ Isso corrobora o disposto no artigo 1º, §3º, que afirma: “quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança”.²⁹⁴

Confira-se, ainda, o artigo 3º da Lei 12.016/09²⁹⁵, o qual permite que terceiro impetre mandado de segurança com fundamento em direito alheio. Trata-se de espécie de substituição processual que repete o comando do artigo 3º da Lei 1.553/51.²⁹⁶

Quanto ao mandado de segurança coletivo, a própria Constituição determinou quem seriam os legitimados. Conforme artigo 5º, LXX, são partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente

²⁹¹ Seção I -Do Litisconsórcio

Art. 46 - Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando: I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide; II - os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito; III - entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir; IV - ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito. Parágrafo único. O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. O pedido de limitação interrompe o prazo para resposta, que recomeça da intimação da decisão. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

Art. 47 - Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo. Parágrafo único. O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo.

Art. 48 - Salvo disposição em contrário, os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos; os atos e as omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os outros.

Art. 49 - Cada litisconsorte tem o direito de promover o andamento do processo e todos devem ser intimados dos respectivos atos.

²⁹² Art. 19 - Aplicam-se ao processo do mandado de segurança os artigos do Código de Processo Civil que regulam o litisconsórcio. (Redação dada pela Lei nº 6.071, de 1974).

²⁹³ Art. 10, § 2º - O ingresso de litisconsorte ativo não será admitido após o despacho da petição inicial.

²⁹⁴ Correspondente ao artigo 1º, §2º, da Lei 1553/51, com a mesma redação.

²⁹⁵ Art. 3º - O titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, no prazo de 30 (trinta) dias, quando notificado judicialmente. Parágrafo único. O exercício do direito previsto no caput deste artigo submete-se ao prazo fixado no art. 23 desta Lei, contado da notificação. Art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extingue-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

²⁹⁶ Em correspondência com o artigo 3º da lei 1553, que tinha a seguinte redação: Art. 3º - O titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro, poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, em prazo razoável, apesar de para isso notificado judicialmente.

constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

O artigo 21 da Lei 12.016/09,²⁹⁷ que regulamenta a legitimidade as disposições sobre a legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo não inova a ordem jurídica.²⁹⁸ O ponto mais importante está no objeto do *writ* impetrado por essas entidades.

Quanto aos partidos políticos, a determinação já estava prevista na Lei Orgânica dos Partidos Políticos, no artigo 1º. Nele, está prevista a finalidade dos partidos políticos, que é assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal.²⁹⁹

No que concerne às organizações sindicais, essas disposições coaduna-se com o artigo 8º, III, também da Constituição, o qual determina que “os sindicatos devem realizar a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”.

O assunto é alvo de alguns enunciados da súmula do Supremo Tribunal Federal. O enunciado nº 629 reconhece que “a impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes”. Outro que se destaca é o enunciado nº 630³⁰⁰. Nele, é reconhecida a legitimidade da entidade de classe para o mandado de segurança, mesmo quando não exista unanimidade sobre o assunto dentro da categoria.

Deve haver cuidado para não confundir com a hipótese do artigo 5º, XXI, da

²⁹⁷ Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

²⁹⁸ BUENO. *Op. Cit.* p. 123.

²⁹⁹ Art. 1º O partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal.

³⁰⁰ “A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria.”

Constituição.³⁰¹ Diferente do mandado de segurança coletivo, nela a entidade representa seus associados e, assim, age em nome deles. Por esse motivo, é necessária a autorização expressa. Já no mandado de segurança coletivo, não é preciso autorização prévia e a entidade age em nome próprio e interesse alheio.³⁰²

4.3.3. Coisa julgada.

A coisa julgada é dividida em coisa julgada formal e material. Essa decorre de sentença em que há análise do mérito, nos termos do artigo 269 do Código de Processo Civil. São as hipóteses de acolhimento ou rejeição do pedido, reconhecimento da procedência do pedido, transação, reconhecimento de decadência ou a prescrição ou renúncia.

A primeira, proveniente de sentença terminativa, extingue o feito sem resolução do mérito, com fundamento no artigo 267 do Código de Processo Civil.³⁰³ Quando isso ocorre, é possível o ajuizamento de outra ação. Foi o que fizeram os artigos 6º, §6º³⁰⁴ e 19³⁰⁵ da nova lei. Eles permitem que se impetre novo *writ* dentro do prazo decadencial ou que seja impetrada a ação ordinária.

³⁰¹ XI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

³⁰² FERRAZ. *Op. Cit.* p. 73.

³⁰³ Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

I - quando o juiz indeferir a petição inicial;

II - quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;

III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V - quando o juiz acolher a alegação de preempção, litispendência ou de coisa julgada;

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

VII - pela convenção de arbitragem;

VIII - quando o autor desistir da ação;

IX - quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal;

X - quando ocorrer confusão entre autor e réu;

XI - nos demais casos prescritos neste Código.

³⁰⁴ Art. 6º, *caput* - O pedido de mandado de segurança poderá ser renovado dentro do prazo decadencial, se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito.

³⁰⁵ Art. 19. A sentença ou o acórdão que denegar mandado de segurança, sem decidir o mérito, não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais.

Nesse ponto, não há novidade. A disciplina repete o que já estava firmado nos artigos 15 e 16 da Lei 1.553/51.³⁰⁶

Há disposições expressas quanto à coisa julgada no mandado de segurança coletivo. O artigo 22 da Lei 12.016/09 determina que “a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante”. Isso se coaduna com o disposto nos incisos I e II do artigo 21³⁰⁷, já debatidos quando discutida a pertinência temática.

³⁰⁶ Art. 15 - A decisão do mandado de segurança não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais.

Art. 16 - O pedido de mandado de segurança poderá ser renovado se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito.

³⁰⁷ Art. 21 - Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:
I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;
II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

5- LEGITIMIDADE ATIVA NAS AÇÕES DE DANO MORAL COLETIVO.

É importante recordar o conceito de legitimidade. Ela é “condição da ação que se precisa investigar no elemento subjetivo da demanda: os sujeitos”.³⁰⁸

Na tutela individual, a legitimidade é do titular do direito. Essa é a chamada legitimidade ordinária. Essa regra não pode ser adotada quanto à tutela coletiva, sob pena de torná-la inviável. Essa diferença torna a legitimidade um dos pontos mais controvertidos no que tange à tutela coletiva. Contudo, até a forma de legitimidade na tutela coletiva é controvertida.

A doutrina majoritária assegura que, na tutela coletiva, a legitimidade é extraordinária, pois o direito subjetivo é defendido por terceiro, em nome próprio, apesar de esse terceiro não ser titular do direito material. Ele atua, portanto, como substituto processual.³⁰⁹ Nesse sentido, Barbosa Moreira³¹⁰ defende que há substituição processual, independente da autorização legal, uma vez que o sistema brasileiro não prevê a necessidade de norma expressa para que a substituição ocorra. Ela decorre da compreensão do ordenamento.

Já Kazuo Watanabe³¹¹ e Ada Pellegrini Grinover³¹², com base no artigo 6º do CPC, afirmam que ocorre legitimação ordinária das entidades de defesa de direitos supraindividuais, quando atuam dentro de seus objetivos institucionais. Senão, haveria substituição processual.

³⁰⁸ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, V.1, 3 ed., Salvador: Jus Podium, 2007, p.165.

³⁰⁹ DIDIER Jr., *Op. Cit.* 2008, p.208/211.

³¹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos*, in: *Temas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1977, p.111, *apud.* DIDIER Jr., *Op. Cit.* 2008, p 208/209.

³¹¹ WATANABE, *Tutela Jurisdicional dos Interesses difusos: a legitimação para agir*, in: GRINOVER, Ada Pellegrini (coordenadora). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 90 e ss., *apud.* DIDIER Jr., *Op. Cit.* 2008, p 209.

³¹² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Mandado de Segurança Coletivo: Legitimação e objeto*. Revista de Processo, São Paulo, v. 15, nº 57, jan/mar, 1990 p. 101, *apud.* DIDIER Jr., *Op. Cit.* 2008, p 209.

Terceira corrente, capitaneada por Nelson Nery Júnior³¹³, assevera haver “legitimação autônoma para a condução do processo”, afastando a legitimidade do direito material. Uma das críticas mais severas a essa corrente é que afasta a relação entre o direito material e o processo, que é a regra no ordenamento jurídico brasileiro.³¹⁴

Em verdade, o ordenamento brasileiro aplica três métodos de legitimação no processo coletivo.³¹⁵ A primeira é a legitimação particular, como prevista na Lei de Ação Popular, Lei 4.717/65.³¹⁶

A segunda técnica é de legitimação de pessoas jurídicas de direito privado. Como exemplo, citam-se os sindicatos e associações, cuja autorização existe no mandado de segurança coletivo.³¹⁷

A última confere aos órgãos do Poder Público a legitimação. É o caso da ação civil pública.³¹⁸

Como aponta Fredie Didier Jr., “o CDC, no artigo 81, parágrafo único e incisos, ao estabelecer os titulares dos direitos coletivos *lato sensu*, excluiu-os da legitimação *ad causam* e expressamente determinou os entes legitimados no art. 82”.³¹⁹ Isso fundamenta a tese de substituição processual autônoma, exclusiva, concorrente e disjuntiva³²⁰, uma vez que passa a tutela processual a entes que considera mais capacitados.³²¹

Essas técnicas não são necessárias nos países que baseiam a legitimidade na adequada representação. Neles, a parte representa a classe, como se todos estivessem em

³¹³ NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa, *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, 7 ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 1.885, *apud*. DIDIER Jr., *Op. Cit.* 2008, p 210.

³¹⁴ Recorde-se que a regra, na tutela individual, é a correlação entre o autor e o titular do direito subjetivo, o que leva à semelhança entre a as partes na relação de direito material e na relação processual.

³¹⁵ Sobre o assunto, confira-se DIDIER, *Op. Cit.* 2008, p. 217.

³¹⁶ Isso foi objeto do quarto capítulo, ponto 4.2.2.

³¹⁷ Outro tema debatido, dessa vez, no ponto 4.3.2, do capítulo quatro.

³¹⁸ Confira-se o capítulo quarto, 4.1.2.

³¹⁹ DIDIER JR, *Op. Cit.* 2008, p. 211.

³²⁰ A legitimação autônoma permite que o legitimado realize todos os atos processuais necessários independente de autorização do titular do direito. A exclusiva ocorre quando somente o legitimado extraordinário pode ser a parte principal do processo. Embora autônoma, a legitimação é concorrente entre os legitimados, uma vez que mais de um pode ajuizar a mesma ação. Por fim, é disjuntiva, porque a vontade de um legitimado é exercida independente dos demais.(DIDIER JR, *Op. Cit.* 2008, p. 226)

³²¹ DIDIER JR., *Op. Cit.* 2008, p. 213 e 225.

juízo. Como a sentença atinge todos os integrantes, independente do resultado, pode ser exercido o direito de se retirar da categoria, por meio do chamado *right to opt out*.³²²

O sistema da representatividade adequada permite, também, que indivíduo membro da classe, entidades privadas relacionadas ao direito em litígio ou órgãos públicos sejam legitimados ativos nas ações coletivas.

A legitimidade apresenta muitas falhas ainda a serem supridas. Daí porque está sendo alvo de reformas, como se vê a seguir.

5.1. Inovações do Projeto de Lei 5.139/09.

Recentemente, os anteprojetos de lei referentes a um Código de Processo Coletivo foram retirados de votação.³²³ Entendeu-se que leis menores fariam a reforma de forma mais célere.

Há parcial prejuízo na eleição dessa via. Não raro o legislador muda um instituto e deixa de dar o mesmo tratamento a outras normas similares. Conduta assim obriga o Poder Judiciário a preencher lacunas através de decisões, o que pode levar anos. Daí porque não é mais célere, além de gerar instabilidade jurídica e incoerências.

Por outro lado, isso pressupõe preocupação com o assunto, diante de todas as modificações na sociedade. Isso é enfatizado na exposição de motivos do Projeto de Lei 5.139/09, que pretende ser a nova regulamentação da lei de Ação Civil Pública.³²⁴

³²² DIDIER JR., *Op. Cit.* 2008, p. 216.

³²³ Havia dois anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos, um formulado pela pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Universidade Estácio de Sá e outro pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual; e um Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, formulado por Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Anibal Quiroga León, Antonio Gidi, Enrique M. Flacon, José Luiz Vázquez Sotelo, Kazuo Watanabe, Sergio Artavia, Ramiro Bejarano Guzmán e Roberto Berizonce.

³²⁴ Está expresso na exposição de motivos: “2. O anteprojeto também objetiva ser uma adequação às significativas e profundas transformações econômicas, políticas, tecnológicas e culturais em âmbito global, significativamente aceleradas nesta virada do século XX, para o fim de prever a proteção de direitos que dizem respeito à cidadania, não consubstanciados pela atual Lei da Ação Civil Pública, de 1985.

Nesse sentido, o Projeto pretende introduzir várias inovações.³²⁵ Algumas já foram, inclusive, mencionadas.³²⁶ Nesse capítulo, o foco é dado à legitimidade ativa.

Sobre ela, há pontos que têm de ser comentados. O primeiro é a ampliação dos legitimados para a propositura da ação.³²⁷ Foram incluídas a Ordem dos Advogados do Brasil e suas seções e subseções³²⁸ e os partidos políticos.³²⁹

³²⁵ 325 Estas são as novidades destacadas pela exposição: "a) estabelecimento de princípios e institutos próprios indicando ser uma disciplina processual autônoma;b) ampliação dos direitos coletivos tuteláveis pela Ação Civil Pública; c) aumento do rol de legitimados, englobando a Defensoria Pública, a Ordem dos Advogados do Brasil e os Partidos Políticos, que passam a atuar na defesa dos direitos coletivos; d) participação de todos os interessados, inclusive da sociedade civil, para decidir sobre a destinação dos valores originários das ações coletivas, especialmente em se tratando de violação aos direitos difusos, possibilitando resultado mais efetivo para populações ou locais atingidos por danos coletivos; e) criação de dois cadastros nacionais, um para acompanhamento de inquéritos civis e compromissos de ajustamento de conduta, sob a responsabilidade do Conselho Nacional do Ministério Público, e outro relacionado com Ações Cíveis Públicas ajuizadas, sob o controle do Conselho Nacional de Justiça; f) modificação da regra de competência para reparação de dano coletivo que atinja a várias partes do país, possibilitando o ajuizamento da Ação Civil Pública em qualquer juízo da capital dos Estados ou do Distrito Federal; g) tratamento diferenciado dos institutos de conexão, continência e litispendência, visando a assegurar de maneira mais ampla a reunião de processos e a evitar a proliferação de demandas e a divergência entre julgamentos; h) disciplina do ônus da prova, voltada à produção de quem estiver mais próximo dos fatos e capacidade de produzi-las, objetivando maior efetividade; i) em termos de coisa julgada foi seguida a posição do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ela ser ampla, independentemente da competência territorial do órgão julgador; j) aperfeiçoamento do Sistema de Execução das Tutelas Coletivas, inclusive com o incentivo aos meios alternativos de solução de controvérsias coletivas, em juízo ou extrajudicialmente, mediante acompanhamento do Ministério Público e do Poder Judiciário; k) proposição de aperfeiçoamento da execução coletiva; e l) consolidação do sistema jurídico coletivo, mediante revogação de dispositivos de várias leis dispersas, tais como o Código do Consumidor (Lei 8.078/90), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), a Lei da Pessoa Portadora de Deficiências (Lei 7.853/89), a Lei Protetiva dos Investidores do Mercado de Valores Imobiliários (Lei 7.913/89) e a Lei de Prevenção e Repressão às Infrações contra a Ordem Econômica - Antitruste (Lei 8.884/94)."

³²⁶ Confirmam-se sobre princípios da tutela coletiva o segundo capítulo, ponto um, e, sobre extensão da nova lei, o quarto capítulo.

³²⁷ Art. 6º - São legitimados concorrentemente para propor a ação coletiva: I - o Ministério Público;II - a Defensoria Pública;III - a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista, bem como seus órgãos despersonalizados que tenham como finalidades institucionais a defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos;IV - a Ordem dos Advogados do Brasil, inclusive as suas seções e subseções;V - as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas à defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos ligados à categoria;VI - os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, a ser verificado quando do ajuizamento da ação; e VII - as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, para a defesa de interesses ou direitos relacionados com seus fins institucionais, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros.§ 1o O juiz poderá dispensar o requisito da pré-constituição de um ano das associações civis e das fundações de direito privado quando haja manifesto interesse social evidenciado pelas características do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.§2º - O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da ordem jurídica. §3º - Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os legitimados, inclusive entre os ramos do Ministério Público e da Defensoria Pública. §4º - As pessoas jurídicas de direito público, cujos atos sejam objeto de impugnação, poderão abster-se de contestar o pedido, ou atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

³²⁸ Artigo 6º, IV, do Projeto.

³²⁹ Artigo 6º, VI, do Projeto.

Observa-se que, cada vez mais, os legitimados para as ações coletivas estão mais parecidos com os órgãos e entidades legitimadas para o ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade³³⁰. Nesse sentido, a legitimidade da Ordem dos Advogados do Brasil se coaduna com suas finalidades institucionais, previstas no artigo 44 da Lei 8.906/94³³¹, e com a Constituição da República.

Diferente da Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos precisam demonstrar que possuem representação no Poder Legislativo do local, referente ao âmbito da demanda, como determina o inciso VI do artigo 6º do Projeto. Essa disposição remete, de plano, à coisa julgada na Ação Civil Pública,³³² em que a decisão terá eficácia até onde a jurisdição do prolator da decisão alcançar.

Além disso, os incisos II e IV do artigo 5º da Lei 7.347/85 foram fundidos no inciso III do artigo 6º³³³. Nele, foi acrescida a legitimidade para que órgãos despersonalizados que tenham como finalidade institucional a tutela de interesses coletivos tenham legitimidade ativa *ad causam*.

A vontade do legislador é, provavelmente, permitir que órgãos como o PROCON manejem a Ação Civil Pública com autonomia. Quanto a esse órgão, a jurisprudência do

³³⁰ Os legitimados para ações de constitucionalidade pela via concentrada estão no artigo 103 da Constituição da República: Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

³³¹ Art. 44 - A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade: I - defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas; II - promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

³³² Sobre o tema, confira-se o item 4.1.3.

³³³ III - a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista, bem como seus órgãos despersonalizados que tenham como finalidades institucionais a defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos;

Superior Tribunal de Justiça já reconhece sua legitimidade ativa, com fundamento nos artigos 81 e 82 do Código de Defesa do Consumidor.³³⁴

As demais disposições do artigo 6º do Projeto de Lei 5.139/09 são bem similares às do artigo 5º da Lei 7.347/85.³³⁵

A segunda modificação relevante é a possibilidade de qualquer legitimado coletivo figurar como assistente litisconsorcial, se provar seu interesse e não prejudicar o bom andamento processual.³³⁶ Embora a Lei 7.347/85 seja omissa a esse respeito, essa possibilidade já era admitida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.³³⁷

Inconteste que a disciplina ganhará mais força e que a tutela dos interesses coletivos será realizada com maior eficácia. Contudo, ainda há lacunas, especialmente quanto à matéria tributária.

³³⁴ Confira-se o acórdão no REsp 788006-PB, da Primeira Turma, relator Ministro Francisco Falcão, publicado no DJ de 25/05/2006: “[...]IV - De acordo com os arts. 81 e 82 do CDC, os PROCONs possuem legitimidade ativa ad causam para a defesa dos interesses dos consumidores. Precedente: REsp nº 200.827/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 09/12/02. V - No entanto, pela interpretação dos referidos artigos do Código Consumerista e do art. 5º, inciso XXXII, da CF/88, bem como de acordo com a doutrina pátria, ainda que tenham capacidade postulatória ativa, os PROCONs não podem figurar no pólo passivo das lides, eis que desprovidos de personalidade jurídica própria, mormente não extensível à legitimação passiva a regra prevista na Lei nº 8.078/90.”

³³⁵ A matéria foi analisada no quarto capítulo, ponto 4.1.

³³⁶ Art. 7º - É vedada a intervenção de terceiros nas ações coletivas, ressalvada a possibilidade de qualquer legitimado coletivo habilitar-se como assistente litisconsorcial em qualquer dos pólos da demanda.

§ 1º - A apreciação do pedido de assistência far-se-á em autos apartados, sem suspensão do feito, salvo quando implicar deslocamento de competência, recebendo o interveniente o processo no estado em que se encontra.

§ 2º - O juiz rejeitará liminarmente o pedido de habilitação como assistente do membro do grupo, na ação em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, quando o interessado não demonstrar, de plano, razões de fato ou de direito que assegurem utilidade à tutela coletiva e justifiquem a sua intervenção, podendo o juiz limitar o número de assistentes, quando este comprometer o bom andamento e a duração razoável do processo.

³³⁷ “DIREITO PROCESSUAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA MOVIDA CONTRA OCUPANTE DE ÁREA LOCALIZADA EM RESERVA INDÍGENA. ACORDO DAS PARTES, PELO QUAL O RÉU DESOCUPOU O IMÓVEL MEDIANTE INDENIZAÇÃO DAS BENFEITORIAS. DECISÃO QUE JULGOU PREJUDICADA A AÇÃO POR PERDA DE OBJETO. AGRAVO REGIMENTAL DO ESTADO DE RORAIMA, ASSISTENTE LITISCONSORCIAL, QUE PEDE O PROSSEGUIMENTO DO FEITO. ALEGAÇÃO DE QUE SE TRATA DE TERRA DEVOLUTA, PERTENCENTE AO ESTADO. 1. Nos termos do art. 53 do CPC, a assistência não obsta a que a parte principal desista da ação ou transija sobre direitos controvertidos, caso em que -- terminado o processo -- cessa a intervenção do assistente. 2. Ainda que se entenda aplicável tal dispositivo apenas aos casos de assistência simples, o fato é que a perícia constante dos autos atesta que a área em litígio não está compreendida "nas terras devolutas do Estado de Roraima". 3. De todo modo, o agravante figura como parte, defendendo os mesmos direitos, em vários outros processos que tratam da demarcação da mesma reserva indígena. 4. Agravo regimental desprovido.” (Pet 3755 AgR-RR, Tribunal Pleno, relator Ministro Carlos Britto, publicação no DJe de 11/04/2008).

5.2. Críticas ao modelo de legitimidade ativa em ações de dano moral coletivo.

A contemporaneidade do Projeto de Lei 5.139/09 não é suficiente para tratar do melhor legitimado para a tutela de interesses coletivos: o próprio lesado.

Durante a exposição, afirmou-se que nas ações coletivas, a regra da legitimidade prevista no artigo 6º do Código de Processo Civil é afastada, para dar lugar à legitimação por substituição processual.³³⁸ Isso porque a aplicação do dispositivo inviabilizaria a tutela coletiva, diante da impossibilidade de aceitação de cada interessado.

Por outro lado, a legitimação coletiva definida por lei não atende à tutela. O caso mais notório disso é referente a tributos. As ações coletivas não possuem tributário como objeto ou há comando impedindo a análise, tal há na ação civil pública e no mandado de segurança coletivo. Não há solução. Outro caso sem resposta é a hipótese de direito individual homogêneo no qual os legitimados não consigam demonstrar a pertinência temática.³³⁹

No dano moral coletivo, a situação é agravada. A ocorrência do dano moral é verificada pela narrativa do fato. Se a partir daquele acontecimento houve ofensa, o dano coletivo é devido. Se o alvo da agressão foi um interesse coletivo em sentido amplo, deverá ser indenizado. Mas como uma instituição sem relação com o local onde ocorreu o dano ambiental, pode pleitear dano moral em nome dos habitantes? Não pode, por não ter nenhuma espécie de vínculo ao local.

O distanciamento entre o interesse e o legitimado prejudica muito a proteção de um direito da coletividade. Ele impede seu reconhecimento no caso concreto e dificulta ainda mais a verificação do evento que ensejou o dano à dignidade.

Diante dessas falhas da lei, crescem teses pela aproximação ao sistema da

³³⁸ Essa possibilidade vem da parte final do artigo 6.º do Código de Processo Civil, que permite exceções quando autorizadas por lei.

³³⁹ Isso seria resolvido com a aprovação do Projeto de Lei 5.319/09, no qual se presume a relevância do interesse coletivo amplo.

representação adequada, com o controle judicial sobre os legitimados.³⁴⁰ Sem abandonar totalmente os critérios já estabelecidos, a verificação da legitimidade ativa seria feita em duas etapas. A primeira seria conferir a autorização legal para substituir os titulares do direito e, a segunda, a análise da legitimidade no caso concreto,³⁴¹ com a adequada representação.

Observe-se que a necessidade de comprovação de representatividade adequada já existe no Direito Brasileiro. Ela é feita por uma de suas modalidades, que é a “pertinência temática”, já comentada durante o trabalho.

O que se sustenta estava sendo proposto no anteprojeto de Código para Ibero-América.³⁴² A legitimidade seria conferida ao cidadão, para defesa de interesses difusos do membro do grupo ou classe

Para tanto, é necessário provar a pertinência temática entre interesses do legitimado e o objeto da ação, e sua experiência processual e condição financeira.³⁴³

³⁴⁰ É o que aponta DIDIER Jr., *Op.Cit.* 2008, p. 232.

³⁴¹ DIDIER Jr., *Op.Cit.* 2008, p. 231.

³⁴² Art. 3º - A ação somente poderá ser conduzida na forma coletiva se:

I – houver questões comuns de fato ou de direito, a permitir o julgamento uniforme da lide coletiva;
II – o legitimado coletivo e o advogado do grupo puderem representar adequadamente os direitos do grupo e de seus membros; (Vide art. 18,I)

III – a ação coletiva não for uma técnica manifestamente inferior a outras técnicas de tutela viáveis na prática.

3.1 Na análise da adequação da representação, o juiz analisará em relação ao representante e ao advogado, entre outros fatores:

3.1.1 a competência, honestidade, capacidade, prestígio e experiência;
3.1.2 o histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses do grupo;
3.1.3 a conduta e participação no processo coletivo e em outros processos anteriores;
3.1.4 a capacidade financeira para prosseguir na ação coletiva;
3.1.5 o tempo de instituição e o grau de representatividade perante o grupo.

Artigo 18 - A coisa julgada coletiva vinculará o grupo e seus membros independentemente do resultado da demanda, exceto se a improcedência for causada por:

I – representação inadequada dos direitos e interesses do grupo e de seus membros; [...]"

³⁴³ Assim está disposto no Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América:

Art.2º - Na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar dados como:

I – a adequada representatividade do legitimado;

II – a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas.

§1º - Para a tutela de interesses ou direitos individuais homogêneos, além dos requisitos indicados nos incisos I e II deste artigo, é também necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto.

§2º - na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar dados como:

A – a credibilidade, capacidade prestígio e experiência do legitimado;

B – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe;

C – sua conduta em outros processos coletivos;

D – sua capacidade financeira para a condução do processo coletivo;

A possibilidade de o indivíduo ajuizar ação coletiva e o controle judicial da legitimidade estavam, também, no anteprojeto feito pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual³⁴⁴: Nela, também, há condições a serem preenchidas antes do reconhecimento da legitimidade.

É certo que o indivíduo pode ingressar no processo coletivo após a propositura, como litisconsorte e que pode promover a liquidação e execução de sua parcela, no caso de

E – a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;

F – o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

³⁴⁴ Art. 20. Legitimação. São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa:

I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como:

a – a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado;

b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos;

c – sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado;

II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos coletivos, e individuais homogêneos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, nos termos do inciso I deste artigo;

III – o Ministério Público, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, bem como dos individuais homogêneos de interesse social;

IV – a Defensoria Pública, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, quando a coletividade ou os membros do grupo, categoria ou classe forem necessitados do ponto de vista organizacional, e dos individuais homogêneos, quando os membros do grupo, categoria ou classe forem, ao menos em parte, hiposuficientes;

V – as pessoas jurídicas de direito público interno, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e, quando relacionados com suas funções, dos coletivos e individuais homogêneos;

VI – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, bem como os órgãos do Poder Legislativo, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos indicados neste Código;

VII – as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas as primeiras à defesa dos interesses e direitos ligados à categoria;

VIII – os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais;

IX – as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses ou direitos indicados neste Código, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros.

§ 1º Na defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, qualquer legitimado deverá demonstrar a existência do interesse social e, quando se tratar de direitos coletivos e individuais homogêneos, a coincidência entre os interesses do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;

§ 2º No caso dos incisos I e II deste artigo, o juiz poderá voltar a analisar a existência do requisito da representatividade adequada em qualquer tempo e grau de jurisdição, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo seguinte.

§ 3º Em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada (incisos I e II deste artigo), o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados, a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação.

§ 4º Em relação às associações civis e às fundações de direito privado, o juiz poderá dispensar o requisito da pré-constituição, quando haja manifesto interesse social evidenciado pelas características do dano, pela relevância do bem jurídico a ser protegido ou pelo reconhecimento de representatividade adequada (inciso I deste artigo).

interesses individuais homogêneos.³⁴⁵ Contudo, a participação é bastante restrita, pois só pode ser litisconsorte aquele que tem legitimidade para agir. Não é essa a hipótese. Há modalidade de intervenção de terceiros, pois o indivíduo não pode agir autonomamente sequer para fazer prosseguir o processo em caso de desídia.³⁴⁶

Impende lembrar que os efeitos da coisa julgada na adoção da representatividade adequada serão coletivos. É o que se entende da lição de Fredie Didier Jr:

Por hora, cabe salientar que os efeitos da coisa julgada, apesar de representarem nexos relacionais com a legitimidade, não são elementos caracterizadores desta, não fazem parte de seu conceito. Em ações coletivas, portanto, o legislador nacional optou pela substituição processual, instituto já conhecido no ordenamento jurídico. O que é evidente, porém, não é a legitimação extraordinária coletiva, mas, sim, o processo coletivo.³⁴⁷

Na hipótese de dano moral coletivo, importa destacar que, proposta a ação e julgada procedente, é imperioso o controle da destinação dada à indenização. Sua aplicação deve ter, também, pertinência com a coletividade prejudicada. Assim, deverá ir para o fundo especial, como as demais. Isso impediria que uma pessoa enriquecesse com o falso intuito de auxiliar seus pares.

Essa preocupação parece estar presente nos acórdãos que reconhecem a possibilidade de dano moral coletivo, mas afastam sua aplicabilidade com base na transindividualidade.³⁴⁸,

Dessa maneira, conclui-se que é perfeitamente possível que uma pessoa, isoladamente, ajuíze ação pleiteando danos à dignidade da coletividade, mesmo que indeterminada, desde que sua atuação tenha pertinência temática com aquele grupo, a exemplo das *class actions*.

³⁴⁵ MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral coletivo nas relações de consumo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 380, 22 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5462>>. Acesso em 10/12/2008.

³⁴⁶ *Idem.*

³⁴⁷ DIDIER JR.. *Op. Cit.* 2008, p. 214.

³⁴⁸ Sobre o tema, veja-se o último ponto do segundo capítulo.

CONCLUSÃO

A importância do processo coletivo está na primeira pauta do dia, como pode ser verificado com o 2º Pacto Republicano. Esse pacote de medidas objetiva reformas na legislação. Dentre elas, está o compromisso pela Justiça mais acessível, ágil e efetiva.

Nesse mesmo sentido, a comissão para a reforma do Código de Processo Civil sinalizou a existência de trabalhos sobre a tutela coletiva. É o que se verifica em declaração do presidente da comissão, Ministro Luiz Fux, sobre a possibilidade de coletivização da prestação da Justiça. Ele asseverou a pretensão de adotar a legitimação coletiva como regra. Isso porque o Código de Processo Civil, por ser de 1973, dá ênfase às demandas individuais, enquanto, hoje, é necessário acelerar o andamento dos processos. Um dos instrumentos para tanto são demandas coletivas.

No que tange ao conceito do dano moral, cabe lembrar que uma das principais premissas do atual Estado de Direito é a questão acerca da possibilidade de modificação ou mesmo redução dos direitos fundamentais, dentre os quais está o dano moral. Não se pode mais negar sua natureza, visto que consagrada no artigo 5º da Constituição da República. Além disso, a doutrina, admite novos direitos da personalidade, mais amplos e pertencentes à uma das vertentes da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, as situações do dia-a dia tornaram-se mais complexas e a aplicação da simples norma que prevê indenização no caso de dano passou a não ser suficiente para acautelar os pleitos em que era necessária. Por isso, o próximo passo é a aceitação do dano moral coletivo. Sua existência já não é mais rechaçada, contudo o instituto sofre diversos óbices à aplicação, como a transindividualidade do direito e a indeterminabilidade de seus ofendidos.

Para chegar a esse ponto, foram apresentados os conceitos e características do dano

moral e a evolução histórica do instituto. Diante disso, não se pode questionar a existência de danos morais coletivos, caracterizado na agressão a bens jurídicos como o meio ambiente.

É inegável, também, que essa nova interpretação representa um grande passo para a evolução do dano moral, que, no início do século, não era sequer reconhecido autonomamente. Atualmente, o alto grau de complexidade e de difusão impede que se admita qualquer suspeita de retrocesso, exatamente o que ocorre para doutrina constitucional que protege com maior amplitude os direitos expressos na Carta Magna. Esse é um fundamento para a consolidação do dano moral coletivo no Direito pátrio.

Os critérios de verificação do dano moral coletivo são os mesmos do dano moral individual. A partir da narrativa, o magistrado analisa se aquele fato traz alguma conseqüência à honra do ofendido.

Essa é a razão pela qual o dano moral coletivo não pode ficar restrito à legitimidade definida em lei. Não há condições para que uma instituição sem vínculos com a coletividade atingida defender um direito baseado na dignidade do grupo atingido. A narrativa que se apresenta não consegue imprimir a real dimensão da lesão, mesmo que o legitimado tenha a melhor das intenções.

Em decorrência desse distanciamento existente entre o interesse e o legitimado, obsta-se o reconhecimento do direito em análise, dificultando a verificação do evento que ensejou o dano à dignidade. Com isso, o direito material é prejudicado.

A concepção individualista não tem mais espaço. Daí porque a análise do dano moral coletivo e da legitimidade ativa não pode ser considerada isoladamente, uma vez que mostra um dos reflexos mais claros da evolução social. São avanços que, no princípio do século, não eram sequer vislumbrados. Não era possível prever que, em período historicamente tão curto, as normas tradicionais fossem precisar de tantas modificações e interpretações.

Ademais, há hipóteses, por exemplo, em que o legitimado para ajuizar a ação não consegue provar a pertinência temática. Em outros casos, o bem jurídico que se pretende tutelar não pode ser objeto das ações coletivas tradicionais. O formalismo gerado pela legitimidade *ope legis* impede o acesso à justiça substancial.

Para solucionar a problemática, propõe-se a discussão sobre o sistema de representação adequada, com controle judicial legitimidade ativa, ao menos quanto aos danos morais coletivos. A idéia foi objeto de alguns dos anteprojetos anteriores ao Projeto de Lei 5.139/09, os quais foram retirados de pauta. Além disso, o ordenamento jurídico brasileiro possui nuances do sistema norte-americano. É o se vê na pertinência temática exigida nas ações coletivas.

Novo tratamento ao assunto, permitindo que um indivíduo ajuíze ação de danos morais em nome da coletividade permitirá maior eficácia do instituto. Enquanto não se renova o modelo de legitimidade coletiva, ficam prejudicados os pedidos de indenização por dano moral coletivo, em verdadeiro óbice ao acesso à Justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6183>>. Acesso em 01 dez. 2008.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Projeto de Lei nº 5.139, DE 29 DE ABRIL DE 2009. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 19 nov. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Coordenadoria de Editoria e Imprensa. *STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais*. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679>. Acesso em 13 set. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Coordenadoria de Editoria e Imprensa. *Esclarecimento sobre tabela de precedentes de dano moral*. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93783>. Acesso em 18 set. 2009.

BUENO, Cássio Scarpinella. *A Nova lei do Mandado de Segurança: Comentários sistemáticos à Lei nº 12.016, de 7-8-2009*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007 p. 902.

CAVALIERI FILHO, Sergio, Sergio. *Programas de Responsabilidade Civil*. 3ed., Rio de Janeiro: Malheiros, 2003.

_____. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.

DIDIER JR, Fredie (Org.). *Ações Constitucionais*. 4 ed., Salvador: Jus Podivm, 2009.

_____ e ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*, vol. 4, 3 ed., Salvador: Jus Podium, 2008.

_____. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*, vol. 1, 3 ed., Salvador: Jus Podium, 2007, p.165.

FARIAS, Cristiano Chaves de. e ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FERRAZ, Sergio. *Mandado de Segurança*. 4ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto, *Responsabilidade Civil*. 8 ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

HOLANDA, Marcelo Cunha. *O controle judicial da adequação do autor coletivo nos quatro anteprojetos brasileiros do Código de Processo Civil Coletivo e no Projeto de Lei 5139/2009*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6557>. Acesso em 01/12/2009.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 10. ed., São Paulo: Método, 2006.

LOPES, Mauro Luís Rocha. *Comentários à nova Lei do Mandado de Segurança: Lei nº 12.016/2009*. Niterói: Impetus, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. Vol. 2. 6 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral coletivo nas relações de consumo*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5462>>. Acesso em 10/12/2008.

_____. *Dano Moral: Problemática: do cabimento à fixação do quantum*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros. *Indenização por Dano Moral: Evolução da Jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/Discursos/0001089/Indeniza%C3%A7%C3%A3o%20por%20Dano%20Moral%20-%20Evolu%C3%A7%C3%A3o%20da%20Jurisprud%C3%Aancia.doc>>. Acesso em 08 set. 2009.

MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional: Teoria do Estado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos a Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA, Fernando M.H. e CORREIA, Atalá. A Fixação do Dano Moral e a Pena. *Revista Forense*, nº 365, pp. 367 a 380. São Paulo, 2003.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma Teoria dos Princípios: O Princípio Constitucional da Razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 26. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

REIS, Clayton. *Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ROMANO, Rogério Tadeu, *Dano Moral Coletivo – Aspectos Processuais*. Disponível em: <<http://www.jfrn.gov.br/doutrina/doutrina227.pdf>>. Acesso em 1º de dez. de 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na*

Constituição Federal de 1988, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Américo Luis Martins da Silva. *O Dano Moral e a Sua Reparação Civil*. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6 ed., rev., atual., amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 5 ed., São Paulo: Atlas, 2005.