

CURSO DE DIREITO

Júlia Della Nina Reichel

**A IMPORTÂNCIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA TUTELA DOS DIREITOS DO
CONSUMIDOR**

Santa Cruz do Sul

2018

Júlia Della Nina Reichel

**A IMPORTÂNCIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA TUTELA DOS DIREITOS DO
CONSUMIDOR**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de
Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Veridiana Maria Rehbein

Santa Cruz do Sul
2018

Aos meus pais, meu irmão, minha família e amigos.

RESUMO

O presente trabalho monográfico pretende analisar a importância das ações coletivas na proteção dos direitos dos consumidores violados repetidamente nas relações de consumo padronizadas. Nesse contexto, a problemática a ser enfrentada consiste em estudar se os reiterados danos contra o consumidor não seriam melhores inibidos quando atacados pela ação civil pública. Para dar conta dessa tarefa, utiliza-se o método dedutivo, fazendo uma análise geral da Ação Civil Pública no enfrentamento dos reiterados danos causados pelas grandes empresas. O método dos procedimentos será bibliográfico. Muito embora a observação do objeto de análise proposta é uma observação jurídica, em alguns momentos será necessário recorrer-se a diferentes enfoques como histórico, político, filosófico, dentre outros, para auxiliar na busca de sentido de algumas expressões, sem, contudo, perder o enfoque jurídico. No tocante às técnicas de pesquisa, elas estarão resumidas à pesquisa bibliográfica em diversas fontes. Essas, por sua vez, serão aproveitadas através de metodologia de procedimento de leitura, exame de jurisprudência e fichamentos. Por fim, pode-se inicialmente, afirmar que a ação civil pública é um excelente caminho para se chegar a grandes resultados perante a defesa dos consumidores, tendo em vista as relações massificadas.

Palavras-chave: Ação Civil Pública. Ação Coletiva. Consumidor. Princípios. Relação massificada.

ABSTRACT

The present monographic work intends to analyze the importance of the collective actions in the protection of the rights of the consumers repeatedly violated in the standard consumer relations. In this context, the problem to be faced is to study whether repeated damages against the consumer would not be better inhibited when attacked by the public civil action. In order to deal with this task, the deductive method is used, making a general analysis of Public Civil Action in the face of repeated damages caused by large companies. The method of the procedures will be bibliographic. Although the observation of the proposed object of analysis is a legal observation, in some moments it will be necessary to resort to different approaches such as historical, political, philosophical, among others, to help in the search for meaning of some expressions, without, however, losing the legal approach. With regard to research techniques, they will be summarized in bibliographical research from several sources. These, in turn, will be utilized through methodology of reading procedure, examination of case law and records. Finally, it can be stated initially that public civil action is an excellent way to achieve great results in the face of consumer protection, in view of mass relations.

Keywords: Public Civil Action. Consumer. Collective action. Mass ratio. Principles.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	..6
2	DO DIREITO DO CONSUMIDOR: UM CONJUNTO DE NORMAS DE PROTEÇÃO.....	..8
2.1	Princípios basilares das Relações de Consumo.....	..9
2.2	Quem é Consumidor.....	13
2.3	Quem é fornecedor.....	16
2.4	Sociedade de consumo em massa.....	19
3	AÇÕES COLETIVAS.....	22
3.1	Legitimidade ativa na defesa coletiva do consumidor.....	24
3.1.1	Interesses e direitos dos consumidores.....	28
3.2	Ações coletivas no CDC e na Lei da Ação Civil Pública.....	30
4	A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A EFETIVA PROTEÇÃO DOS INTERESSES COLETIVOS: CASOS DE GRANDE REPERCUSSÃO.....	34
4.1	O caso do McDonald's, Bob's e Burger King.....	34
4.2	O caso das cervejarias: publicidade de bebidas alcoólicas.....	38
4.3	O caso dos planos econômicos.....	40
4.4	A análise dos casos estudados.....	46
5	CONCLUSÃO.....	48
	REFERÊNCIAS.....	51

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o tema da importância da ação civil pública na tutela dos direitos do consumidor. A pesquisa vai analisar a legislação, os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, sobre a utilização da Ação Civil Pública na proteção do direito dos consumidores. Tendo como objetivo estudar aspectos gerais do direito do consumidor, identificando os sujeitos e objetos que fazem parte dessa relação. Bem como, analisar o funcionamento das ações coletivas.

Todos esses aspectos serão analisados com método de abordagem dedutivo, partindo-se de uma visão geral da Ação Civil Pública no enfrentamento dos reiterados danos causados pelas grandes empresas.

Inicialmente trataremos da conceituação de direito do consumidor e sobre tudo que busca tratar essa matéria. Um direito privado no sentido de tutelar sobre relações de natureza privada, mas, o caráter é de ordem pública e visa atender o interesse social, conforme o STJ já demonstrou em sua decisão: “as normas de proteção e defesa do consumidor têm índole de ordem pública e interesse social” (BRASIL, 2010).

O Direito do Consumidor é regido por princípios os quais são de suma importância para interpretar, compreender e aplicar as normas do ordenamento jurídico, tais princípios que estão dispostos no código, o que não significa que todos os princípios estão lá descritos, existem outros que estão implícitos.

Ainda, descreveremos os agentes participantes dessas relações de consumo, como quem é consumidor, e as teorias de quem se enquadra como consumidor por equiparação como a maximalista e a teoria finalista mitigada, essa que é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. E quem é fornecedor, trazendo as características que fazem com que a pessoa se enquadre como esse agente.

Será abordado também, a sociedade de consumo em massa, que com o passar do tempo tornou as relações dos agentes supracitados banalizadas e, que é caracterizada pelo crescimento tecnológico, que veio direto com o desenvolvimento industrial.

Posteriormente, o tema do presente trabalho começa a aflorar, tratando sobre como funcionam as ações coletivas e sobre quais direitos/ interesses ela pode ter como base. Será feito uma breve análise do efeito da sentença proferida em uma Ação Civil Pública. Ainda, no segundo capítulo a legitimidade ativa para defender os

consumidores em coletividade é analisada com base nas legislações vigentes e a diferença entre o Código de Defesa do Consumidor e da Lei de Ação Civil Pública.

E para finalizar são analisados casos de grande repercussão, onde a melhor maneira de garantir os interesses coletivos foi a proposição de Ações Civis Públicas.

2 DO DIREITO DO CONSUMIDOR: UM CONJUNTO DE NORMAS DE PROTEÇÃO

O Código de Defesa do Consumidor é assunto expresso em determinações constitucionais, ou seja, um sujeito específico titular de um direito subjetivo constitucional, conforme descreve Bruno Miragem (2018, s.p.)

[...] o CDC, como é sabido, surge de expressa determinação constitucional (artigo 48 do ADCT). E tanto na consagração do direito do consumidor como direito fundamental (artigo 5º, XXXII), no seu estabelecimento como princípio da ordem econômica (artigo 170, V), quanto na previsão expressa da competência legislativa da União para legislar sobre responsabilidade por danos causados (artigo 24, VIII), resta identificado como sujeito específico, titular de um direito subjetivo constitucional.

E continua Bruno Miragem (2018) as relações constituídas pelo Código de Defesa do Consumidor, constitui uma tática legislativa os sujeitos para os quais determinará proteção.

O direito do consumidor é, segundo Marques (2012, p. 22), uma disciplina “transversal entre direito privado e o direito público, que visa proteger um sujeito de direitos, o consumidor, em todas as relações jurídicas frente ao fornecedor, um profissional, empresário ou comerciante”.

Trata-se de um direito privado no sentido de tutelar sobre relações de natureza privada, mas, o caráter é de ordem pública e visa atender o interesse social, conforme o STJ já demonstrou em sua decisão: “as normas de proteção e defesa do consumidor têm índole de ordem pública e interesse social” (BRASIL, 2010, <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>).

Portanto tal direito, versa sobre matéria indisponível e inafastável, tendo em vista que resguarda valores básicos e fundamentais do Estado Social, por isso a impossibilidade de o consumidor abrir mão.

Todas as novidades trazidas pelo Código do Consumidor, foram revolucionárias, alterando assim, toda a forma que devesse analisar as relações obrigacionais, assim vem ao encontro o entendimento do doutrinador Cavalieri Filho (2011, p. 31) “o Código do Consumidor tornou-se uma espécie de lente pela qual passamos a ler todo o direito obrigacional, contratos e institutos que geram relações de consumo”.

2.1 Princípios basilares das Relações de Consumo

No artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, está descrito todos os princípios basilares de toda e qualquer relação de consumo, ainda, no mesmo dispositivo legal são estabelecidos padrões que darão o rumo para os atos do Estado, sendo eles na esfera do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário, assim, impondo o atento do Poder Público para esses princípios, sendo assim, como Gisele de Lurdes Friso (2007, p. 36) define o artigo quarto.

Conforme dispositivo do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990, <<http://www.planalto.gov.br>>):

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.

Dentre esses princípios, irei destacar alguns deles, os quais são: a) Princípio da vulnerabilidade do consumidor; b) princípio da exigência da proteção estatal; c) princípio do incentivo a qualidade; c) princípio dos meios alternativos para a solução de conflitos; d) princípio da boa-fé.

Para Bruno Miragem (2012, p. 99) “sem os princípios contidos no código do consumidor, não seria possível a interpretação, compreensão e aplicação do mesmo, na sua forma mais completa”.

O doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello (1998, apud SÉRGIO CAVALIERI FILHO, 2011, p. 34): diz que os princípios têm uma importância estrutural de tal forma que se trata de um alicerce do sistema:

[...] princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere tónica e lhe dá diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Cavaliere Filho (2011, p. 34), em seguida traz outra função importante dos princípios: “condicionar a atividade do intérprete. Funcionam como grandes nortes, diretrizes magnas do sistema jurídico, fio condutor do intérprete, lente de exame de toda e qualquer questão submetida ao julgador”.

Regido por diversos princípios, o tema objeto desse trabalho, tem um como seu principal o da vulnerabilidade, conforme descreve Bruno Miragem (2012, p. 99), a “existência do direito do consumidor justifica-se pelo reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor. É essa vulnerabilidade que determina ao direito que se ocupe da proteção do consumidor”.

Cláudia Lima Marques (2017, s.p., grifo original) fala da vulnerabilidade como um princípio básico do Código de Defesa do Consumidor, trazendo o entendimento do STJ quanto a esse assunto:

[...] trata-se do princípio básico do Código de Defesa do Consumidor, ou como afirmou o STJ: “O ponto de partida do CDC é a afirmação do Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo, o que não quer dizer compactuar com exageros que, sem utilidade real, obstem o progresso tecnológico, a circulação dos bens de consumo e a própria lucratividade dos negócios” (REsp. 586.316/MG).

Vulnerabilidade essa, que é reconhecida em sede de legislação e aplicada frequentemente, conforme decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (BRASIL, 1990 <<http://www.tjrs.jus.br>>, grifos originais e grifos nossos), colacionada a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. ÁGUA. RELAÇÃO DE CONSUMO. SUSPENSÃO NO ABASTECIMENTO DE ÁGUA POR FALTA DE PAGAMENTO. POSSIBILIDADE. COBRANÇA REGULAR E DÉBITO ATUAL. PARCELAMENTO. IMPOSIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. A concessionária e o usuário dos serviços de água adequam-se aos conceitos de "Fornecedor" e "Consumidor" estampados nos arts. 2º e 3º do CDC, restando, assim, configurada a relação de consumo. A inversão do ônus da prova se opera automaticamente (ope legis), tornando-se desnecessária, para tanto, a análise da vulnerabilidade do consumidor, presumida na relação de consumo. Faz-se possível a suspensão do fornecimento de água por cobrança regular da dívida atual e não paga. Ofende o princípio da autonomia da vontade a imposição unilateral do pagamento parcelado, quando assim não restou ajustado entre as partes ou, ainda que aceito pela concessionária, resta inadimplido pela usuária. **APELAÇÃO DESPROVIDA.** (Apelação Cível Nº 70076941723, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 18/04/2018).

O segundo princípio destacado será o da exigência da proteção estatal, o qual é imposto ao estado quando a Constituição Federal reconhece tal direito como sendo um fundamental. Devendo o mesmo defender seus cidadãos de possíveis infrações por parte dos fornecedores. Assim, também descreve Miragem (2012, p. 115):

[...] o princípio da intervenção do Estado de apresenta, por outro lado, pela função determinada as Instituições Públicas, como Ministério Público e órgãos Administrativos de defesa dos interesses dos consumidores, de atuar na proteção, implementação e efetividade dos direitos deste sujeito vulnerável, caracterizando-se como efeito do dever fundamental do Estado, estabelecido na Constituição Federal.

Outro princípio importante é o descrito no inciso V do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, onde fica definido que o Estado deve estimular a criação, por meio das empresas fornecedoras, de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produto ou serviços. Ainda, acrescenta Gisele de Lourdes Friso (2007, p. 41) “a própria legislação consumerista, por si só, impões, de certa forma, a criação desses meios”.

O legislador, sempre muito preocupado com a efetiva proteção do consumidor, no inciso VI do artigo supracitado define que cabe, também, ao Estado, coibir práticas, diretas ou indiretas que cheguem a lesar o mercado consumerista como um todo (BRASIL, 1990, <<http://www2.planalto.gov.br/>>): “coibição e repressão eficiente de todos os abusos praticados no mercado de consumo”.

Por fim, o princípio da boa-fé, o qual, conforme Bruno Miragem (2012, p. 109) “constitui-se em um dos princípios basilares do direito do consumidor, assim como no direito privado geral”.

Referindo-se a esse princípio, temos a boa-fé objetiva e a subjetiva, essa não é considerada um princípio e sim um estado psicológico onde reconhece a pessoa e constitui requisitos básicos para um suporte fático presente nas normas jurídicas, pensando na produção de efeitos jurídicos. Versa sobre a ausência de conhecimento ou a simples falta de intenção de prejudicar outra pessoa, dizendo assim que a pessoa “agiu de boa-fé”. Já a boa-fé objetiva sim trata-se de um princípio, assim descreve Miragem (2018, s.p.).

A boa fé objetiva para Karl Larenz (1958 apud MIRAGEM, 2012, p. 110), o “princípio da boa-fé significa que cada um deve guardar fidelidade com a palavra dada e não frustrar a confiança ou abusar dela, já que está forma a base indispensável de todas as relações humanas”.

Ainda, Clóvis do Couto e Silva (apud MIRAGEM, 2018, s.p) versa sobre a aplicação do princípio da boa-fé:

[...] a aplicação do princípio da boa-fé tem uma função harmonizadora, conciliando o rigorismo lógico-dedutivo do século XIX, com as exigências éticas dos tempos atuais. São três, basicamente, as funções do princípio da boa-fé objetiva: a) fonte autônoma de deveres jurídicos; b) limite ao exercício de direitos subjetivos; e c) critério de interpretação e integração dos negócios jurídicos.

Sobre a forma de incidência da boa-fé, ensina Miragem (2018) que tal princípio multiplica deveres das partes, acabando por não mais ser necessário apenas a observação dos deveres principais, os que dizem respeito a obrigação principal, mas sim os deveres em anexo também, ou seja, deve-se observar a satisfação dos interesses globais de ambas as partes, são exemplos desses deveres anexos o cuidado com a segurança, cooperação ou até mesmo de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio do outro.

E para finalizar sobre o princípio da boa-fé objetiva, explana Miragem (2018) que é notável a eficácia deste em várias situações que o CDC limita o exercício da liberdade negocial e a utilização de alguns direitos pelas partes de uma relação de consumo, sendo essa eficácia amplamente reconhecida pela doutrina e jurisprudência.

2.2 Quem é Consumidor

Com a criação do Código de Defesa do Consumidor, finalmente tivemos a personalização de quem é consumidor, o que se deu por meio do texto do artigo 2º: “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (BRASIL, 1990, <<http://www2.planalto.gov.br/>>).

No entanto, junto com tal extraordinária contribuição, a Lei 8.078/90 não demonstrou a diferença entre pessoas físicas e jurídicas, mas a doutrina trouxe tal embate a tona, desta forma, importante destacar os pensamentos de Friso (2007, p. 30-31):

[...] o artigo não diferencia pessoa física e jurídica, sendo certo que ambas podem ser consideradas consumidoras. Em relação à pessoa jurídica, podemos dizer que, em regra, quando esta adquire um produto ou serviço que não esteja diretamente ligada à cadeia de produção de sua atividade principal ou produto final, podemos dizer que ela será consumidora. Entretanto, caso essa mesma pessoa jurídica adquira um produto ou um serviço que seja diretamente ligado à cadeia de produção de sua atividade principal ou produto final, não será considerada consumidor.

Sendo assim, existem duas correntes sobre o assunto. A maximalista considera que qualquer ato de consumo se enquadra em relação de consumo, bem define Andrighi (2010, p. 6):

[...] considera que a aquisição ou uso de bem ou serviço na condição de destinatário final fático caracteriza a relação de consumo, por força do elemento objetivo, qual seja, o ato de consumo. Não influi na definição de consumidor o uso privado ou econômico-profissional do bem.

Do outro lado temos a teoria finalista, a qual já delimita o conceito de consumidor à simplesmente que é o destinatário final daquele objeto de consumo. Quem tem uma definição sábia sobre o assunto é Marques (2012, p. 23):

[...] para os finalistas, pioneiros do consumerismo, a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores. Esta tutela só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no art. 4º, inciso I. Logo, convém delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não necessita, quem é o consumidor e quem não é. Propõem, então, que se interprete a expressão destinatário final do Art. 2º de maneira restrita, como requerem os princípios básicos do CDC, expostos nos Arts. 4º e 6º. Destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica não basta ser destinatário fático do produto, tira-lo da cadeia de produção, leva-lo para o escritório ou residência, é necessário ser destinatário econômico do bem, não

adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção.

Não restam dúvidas de que a pessoa humana (pessoa física), que adquire produtos, utiliza serviços como telefonia, jardinagem, fornecimento de água é considerada consumidora. A discussão gira em torno das pessoas jurídicas, onde a aquisição dos produtos está diretamente vinculada à atividade principal, ou não, da sua empresa, conforme apresentado por Benjamin e Marques (2009).

Mas, a realidade é que o que deve ser examinado prioritariamente não é se a aquisição do produto está fora da atividade principal e sim se, no caso concreto há a vulnerabilidade (fática, técnica, jurídica e informacional). Pois, a proteção é em razão da vulnerabilidade do agente perante atividades desenvolvidas no mercado e também solucionar polemicas de aplicação do CDC sobre determinados casos, este é o entendimento de Benjamin e Marques (2009).

Em concordância ao entendimento dos autores supracitados, vem as decisões reiteradas do Superior Tribunal de Justiça mitigando a teoria finalista, ou seja, suaviza a aplicação do finalismo puro, aceitando assim que seja aplicado às pessoas jurídicas o Código de Defesa do Consumidor, conforme jurisprudências colacionadas a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECURSO INTERPOSTO NA ÉGIDE NO NCP. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AÇÃO PROPOSTA POR CONSUMIDOR CONTRA EMPRESA. TEORIA FINALISTA. MITIGAÇÃO. APLICABILIDADE DO CDC. POSSIBILIDADE. VULNERABILIDADE VERIFICADA. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.

1. Aplicabilidade do NCP a este recurso ante os termos no Enunciado Administrativo nº 3 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

2. Esta Corte firmou posicionamento no sentido de que a teoria finalista deve ser mitigada nos casos em que a pessoa física ou jurídica, embora não tecnicamente destinatária final do produto ou serviço, apresenta-se em estado de vulnerabilidade ou de submissão da prática abusiva, autorizando a aplicação das normas prevista no CDC.

3. No caso dos autos, porque reconhecida a vulnerabilidade da autora na relação jurídica estabelecida entre as partes, é competente o Juízo Suscitado para processar e julgar a ação.

4. Agravo interno não provido. (AgInt no CC 146868 / ES AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA 2016/0138635-0, Segunda Seção, STJ, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, julgado em 22/03/2017) (BRASIL, 2017, <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>, grifos originais e grifos próprios).

Ainda, em outro julgado:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. HARMONIA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE.

1. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial.
2. O acórdão recorrido encontra-se em consonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que é possível a aplicação mitigada da teoria finalista na relação entre pessoas jurídicas, para autorizar a incidência do CDC. Precedentes.
3. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível.
4. Agravo interno no agravo em recurso especial não provido. (Aglnt no AREsp 1072663 / MA AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2017/0062885-5, Terceira Turma, STJ, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI (1118), julgamento em 05/12/2017) (BRASIL, 2017, <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>, grifos originais e grifos próprios).

Além dos consumidores “comuns”, descritos no caput do artigo segundo do Código de Defesa do Consumidor, temos os consumidores por equiparação, os quais são mencionados no parágrafo único do artigo 2º, 17 e no 29 do mesmo código.

Conforme Garcia (2017, p. 27, grifo original) “no *caput* do referido artigo é denominada pela doutrina de “consumidor *stricto sensu*” ou “*standard*”, em contraposição aos consumidores equiparados definidos no parágrafo único do artigo 2º e artigos 17 e 29”.

Ou seja, são pessoas que não se enquadram no parâmetro de consumidor descrito no artigo. 2º, mas que recebem a proteção como se estivesse enquadrado. São essas as hipóteses: a do parágrafo único do artigo. 2º, que ampara as ações coletivas que se tratam de interesses difusos e coletivos. “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo” (BRASIL, 1990, <<http://www2.planalto.gov.br/>>).

A regra supracitada corrobora a forma de defender os interesses difusos de maneira que podemos aplicar nas ações coletivas, assim entende FRISO (2007, p. 35):

[...] essa regra legitima ações coletivas para a defesa de interesses difusos e coletivos, nos termos do artigo 81 a 107 do Código de Defesa do Consumidor. As definições de interesses coletivos e interesses difusos estão, respectivamente, no artigo 81, incisos I e II do CDC.

Desta forma, segue o entendimento de Garcia (2017, p. 36) “é necessário, portanto, que a coletividade de pessoas tenha participado de alguma forma, da relação de consumo”.

Então continua Garcia (2017, p. 36, grifo original), exemplificando os quando podemos tratar de um consumidor por equiparação:

[...] assim, as pessoas de uma casa que sofreram danos decorrentes da utilização de algum produto contaminado comprado por apenas um deles, embora não possam ser caracterizadas como consumidores *stricto sensu*, equiparam-se a consumidor, beneficiando-se das normas protetivas do CDC. Desse modo, o CDC equipara a coletividade lesada ao consumidor *stricto sensu*, viabilizando a tutela dos interesses difusos e coletivos, cujos direitos podem ser defendidos pelos órgãos legitimados para tal função (art. 82).

Já o artigo 17, igualam-se ao consumidor, todas as vítimas de um evento, sendo que “este artigo equipara a consumidores, em relação à responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, todas as vítimas do evento com danos, ainda que não tenham qualquer relação de consumo com o fornecedor” (FRISO, 2007, p. 90).

“O legislador estendeu a proteção concedida ao destinatário final de produtos e serviços (consumidor *stricto sensu*) para terceiros (vítimas), estranhos à relação jurídica, mas que sofreram prejuízo em decorrência do acidente de consumo” (GARCIA, 2017, p. 195, grifo original).

E por último, o CDC em seu Art. 29 equipara a consumidor “todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele prevista” (BRASIL, 1990, <<http://www2.planalto.gov.br/>>), ou seja:

[...] temos, portanto, um conceito muito mais abrangente de consumidor em relação aos artigos vistos anteriormente. Entretanto, tal conceito apenas será aplicável às práticas comerciais da oferta e da publicidade abusivas, da cobrança de dívidas e dos bancos de dados e cadastros de consumidores, pois a lei foi expressa neste sentido (FRISO, 2007, p. 140).

Como visto o conceito de consumidor é bem mais amplo do que percebido em primeira análise. Abrangendo, de certa forma, a totalidade dos indivíduos de uma nação e merecendo, portanto, proteção especial do estado.

2.3 Quem é fornecedor

O Código de Defesa do Consumidor foi específico ao determinar quem é fornecedor, não deixando nenhuma possibilidade em aberto, conforme a doutrina corrobora “a definição legal de fornecedor foi elaborada para abranger a atividade de todos os agentes econômicos que introduzem produtos ou prestam serviços no

mercado de consumo” (SANTANA, 2009, p. 77), como podemos observar na previsão no Art. 3º do referido Código:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (BRASIL, 1990, <<http://www2.planalto.gov.br/>>).

Miragem (2018) define que os conceitos de fornecedor e consumidor tem uma importante relação de dependência, tendo em vista que só há relação de consumo quando há a presença dos dois sujeitos. E continua “neste sentido, se por consumidor tem-se aquele que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, como fornecedor observa-se quem oferece os produtos e serviços no mercado de consumo” (MIRAGEM, 2018, s.p.).

A doutrinadora Cláudia Lima Marques (2016) constata que é ampla a definição de fornecedor trazida pelo artigo terceiro do Código de Defesa do Consumidor. Ela descreve que o critério que caracteriza é o de desenvolver uma atividade tipicamente profissional, como comércio de produtos e importação, e com habitualidade. Utilizando essas características, ficam excluídas da aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor, todo e qualquer contrato firmado entre consumidores não profissionais, tornando assim numa relação meramente civil, ou seja, aplica-se o Código Civil de 2002. Ainda, corrobora que correta essa posição, pois, ao criar direitos aos consumidores, igualmente cria deveres aos fornecedores.

Benjamin (2017, s.n.) define como ampla e certa, a exclusão de contratos firmados entre pessoas físicas, não profissionais que proveem de uma relação puramente civil, a definição de fornecedor trazida pelo artigo supracitado.

A definição do art. 3.º é ampla. Quanto ao fornecimento de produtos, o critério caracterizador é desenvolver *atividades* tipicamente *profissionais*, como a comercialização, a produção, a importação, indicando também a necessidade de uma certa habitualidade, como a transformação, a distribuição de produtos. Estas características vão excluir da aplicação das normas do CDC todos os contratos firmados entre dois consumidores, não profissionais, que são relações puramente civis, às quais se aplica o CC/2002. A exclusão parece-me correta, pois o CDC, ao criar direitos para os consumidores, cria deveres, e amplos, para os fornecedores (BENJAMIN, 2017, s.n., grifos originais).

Existem três espécies de fornecedor, o real, o fornecedor aparente e o fornecedor presumido, conforme detalha Rocha (1992, apud SANTANA, 2009, p. 76-76):

[...] classificação do fornecedor levando-se em conta o dever de indenizar pelo dano provocado ao consumidor: a) fornecedor real, considerado como o realizador do produto, o responsável pela fabricação ou procuração do bem econômico; b) fornecedor aparente, entendido aquele que não participou da fabricação ou produção do bem econômico, mas apõe no bem acabado o seu nome, marca ou outro sinal distintivo; c) o fornecedor presumido é o importador ou comerciante que introduz produtos no mercado de consumo sem atentar para a regra representada pela imperativa identificação acerca do produtor, fabricante, importador ou construtor.

Como citado anteriormente a legislação vigente no país é bem ampla, e deixa claro que com a remuneração pela atividade ou fornecimento de serviços, considera-se um fornecedor, não havendo nenhuma necessidade de uma efetiva atuação no mercado de trabalho, conforme destaca o doutrinador Bessa (2009, p. 89):

[...] importante destacar que o CDC não exige, para configuração do fornecedor, a atuação no mercado com o objetivo de lucro: basta, quanto a este aspecto, que a atividade seja remunerada. Não importa o destino dessa remuneração, se ela será ou não distribuída entre os sócios da pessoa jurídica.

Assim sendo, identifica-se que a legislação é bastante criteriosa com relação ao fornecedor, não só pela sua supremacia econômica, mas também pelas inúmeros nuances da sua atividade.

Ainda, os parágrafos do artigo terceiro especificam as definições do que é produto e serviço, para que não haja dúvidas, conforme dispositivo legal:

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (BRASIL, 1990, <<http://www2.planalto.gov.br/>>).

Merece destaque os ensinamentos de Benjamin (2017, s.n., grifo original) sobre os parágrafos do referido artigo transcrito:

[...] **remuneração e gratuidade:** Como a oferta e o *marketing* de atividades de consumo “gratuitas” estão a aumentar no mercado de consumo brasileiro (transporte de passageiros idosos gratuito, viagens-prêmio, coquetéis gratuitos, lavagens de carro como brinde etc.), importante frisar que o art. 3.º, § 2.º, do CDC refere-se à remuneração dos serviços e não a sua gratuidade.

“Remuneração” (direta ou indireta) significa um ganho direto ou indireto para o fornecedor. “Gratuidade” significa que o consumidor não “paga”, logo, não sofre um *minus* em seu patrimônio. “Oneroso” é o serviço que onera o patrimônio do consumidor. O serviço de consumo (por exemplo, transporte) é que deve ser “remunerado”; não se exige que o consumidor (por exemplo, o idoso destinatário final do transporte – art. 230, § 2.º, da CF/1988) o tenha remunerado diretamente, isto é, que para ele seja “oneroso” o serviço; também não importa se o serviço (o transporte) é gratuito para o consumidor, pois nunca será “desinteressado” ou de “mera cortesia” se prestado no mercado de consumo pelos fornecedores que são remunerados (indiretamente) por este serviço.

O entendimento colacionado acima, tem sido confirmado pelas decisões nos tribunais brasileiros, onde é confirmada a ideia de remuneração indireta em sentido de serem serviços “gratuitos”, mas são submetidos às regras do Código de Defesa do Consumidor.

2.4 Sociedade de consumo em massa

A sociedade de consumo em massa é uma característica do crescimento tecnológico no mundo, que deriva basicamente da Revolução industrial, ou seja, juntamente com o desenvolvimento industrial de cadeias produtivas e econômicas. Com início nos grandes centros urbanos, como Inglaterra, Europa e Estados Unidos, há o aumento do consumo e não demora muito para ser notado que tal escala de produção barateia custos, então, se torna necessário criar necessidades para vender toda a matéria produzida, assim relata Almeida (1993 apud CRUZ, 2008, p. 36, grifos originais):

[...] é fato inegável que as relações de consumo evoluíram enormemente nos últimos tempos. Das operações de simples troca de mercadorias e das incipientes operações mercantis chegou-se progressivamente às sofisticadas operações de compra e venda, arrendamento, leasing, importação etc., envolvendo grandes volumes e milhões de dólares. De há muito as relações de consumo deixaram de ser pessoais e diretas, transformando-se, principalmente nos grandes centros urbanos, em operações impessoais e indiretas, em que não se dá importância ao fato de não se ver ou conhecer o fornecedor. Surgiram os grandes estabelecimentos comerciais e industriais, os hipermercados e, mais recentemente, os *shopping centers*. Com a mecanização da agricultura a população rural migrou para a periferia das grandes cidades, causando o inchaço populacional, a conturbação e a deterioração dos serviços públicos essenciais. Os bens de consumo passaram a ser produzidos em série, para um número cada vez maior de consumidores. Os serviços se ampliaram em grande medida. O comércio experimentou extraordinário desenvolvimento, intensificando a utilização da publicidade como meio de divulgação dos produtos e atração de novos consumidores e usuários. A produção em massa e o consumo em massa geraram a sociedade de massa, sofisticada e complexa.

Anteriormente ao Código de Defesa do Consumidor tínhamos o Código Comercial, no entanto as relações se afastaram das enquadradas nesse e assim foi surgindo a necessidade da criação de uma legislação que se condissesse as novas relações, as, hoje chamadas de relações massificadas, conforme os ensinamentos de Nunes (2000 apud CRUZ, 2008, p. 37):

[...] no começo do século XX, instaura-se definitivamente um modelo de produção, que terá seu auge nos dias atuais. Tal modelo é o da massificação: fabricação de produtos e oferta de serviços em série, de forma padronizada e uniforme, no intuito de diminuição do custo da produção, atingimento de maiores parcelas de população com aumento de oferta etc. Esse sistema de produção pressupõe a homogeneização dos produtos e serviços e a standardização das relações jurídicas que são necessárias para a transação desses bens.

Agora, o consumidor não procura a oferta e sim o fornecedor gera ofertas para criação de necessidade de consumo, define assim Cruz (2008, p. 37) o

[...] consumidor não compra o que quer, porém o que quer dentro daquilo que o mercado (fornecedor) determina, no seu exclusivo interesse (maior lucro), ser passível de aquisição; perde, em virtude disso, o controle da função de consumir.

Muitos dispositivos tentam reduzir os efeitos desse novo modelo de consumo imposto pelo avanço tecnológico do século XX, entre os institutos a serem protegidos está o da dignidade da pessoa humana, que é tolhido quando o consumidor tem sua integridade psicofísica abalada, perde sua privacidade, é cobrado abusivamente, não adquire produtos de qualidade, entre outras ofensas descritas por Bessa (2009, p. 39, grifos originais):

[...] realmente, o mercado de consumo em face de sua conformação massificada enseja em diversos aspectos, ofenda a dignidade da pessoa humana, seja pelos inúmeros acidentes de consumo (com ofensa à integridade psicofísica do consumidor), pelas (perdas de privacidade), pela cobrança abusiva de débito, seja pelos desrespeito constante a um padrão mínimo de qualidade no atendimento (filas com mais de um a hora de duração, atendimento pelo sistema da *call center*, com demora e desinformação, dificuldades e abusos no exercício de direitos que implicam cancelamento – denúncia – dos contratos de longa duração etc), seja pela criação de fators que levam ao flagelo do superindivíduo.

Ou seja, com o consumo em massa, pode-se dizer que a qualidade da prestação do serviço, ou do fornecimento de produtos caiu abruptamente. Nessa nova

era de produção, os bens não são mais criados para suprir as necessidades dos consumidores, eles são criados para reinventar novas necessidades.

No mesmo sentido, podemos pegar também o entendimento de Monteiro (1994, p. 235), o qual corrobora os pensamentos já mencionados anteriormente:

[...] o capitalismo contemporâneo tem como lógica a elevação ad infinitum da densidade tecnológica das mercadorias, de modo que cada novo produto corresponde a um ponto subsequente de uma escala linear de desenvolvimento tecnológico, sem que a isso corresponda uma elevação concomitante do seu valor de uso. Este é substituído por mecanismos psicossociais de valorização: os produtos não resolvem qualquer problema intrínseco da existência humana, mas hierarquizam e/ou segmentam os consumidores em classes e/ou faixas etárias

Assim, fica clarividente que o capitalismo faz com que um produto seja lançado, já existindo uma tecnologia mais avançada, para posterior lançamento, ou seja, como referiu o autor supracitado, as mercadorias são lançadas no mercado em uma escala linear de desenvolvimento tecnológico, para fazer com que o consumidor, não possua a tecnologia de ponta e tenha a necessidade de uma necessidade próxima de consumir.

Importante destacar, a Resolução da ONU n° 39/248 de 16 de abril de 1985 que após dois anos de negociação com o Conselho Econômico e Social da própria ONU, foi adotada por consenso, a qual dispõe sobre o conceito de consumo sustentável e aprovou diretrizes para a proteção do consumidor, e ainda mais importantes frisar que a legislação consumerista do nosso país segue amplamente tal importância, conforme Hector Valverde Santana

3 AÇÕES COLETIVAS

Para iniciar este capítulo é importante definirmos o que é ação e o quais são os seus requisitos. Sendo para Maria Cristina de Brito Lima, Juíza de Direito do TJ/RS, ação, um direito subjetivo, o qual mediante algumas condições ou requisitos da ação, o autor pode solicitar do Estado uma atividade jurisdicional:

[...] ação é direito subjetivo porque, mediante determinadas condições, as chamadas *condições da ação*, o autor tem o poder de exigir do Estado o exercício de determinada atividade, a atividade jurisdicional; é um direito autônomo, porque é um direito diverso do direito subjetivo material que o autor pretende ver reconhecido em juízo; é um outro direito, com outra essência. Donde se concluir que o conteúdo do direito de ação é a providência jurisdicional através da qual o juiz compõe a lide ou provê a relação jurídica de direito material que lhe é submetida pelos particulares. O direito de ação é o direito a esta providência jurisdicional (LIMA, 2002, <<http://www.emerj.tjrj.jus.br>>, grifos originais).

Ou seja, o direito de ação é o direito do particular de tomar uma providência jurisdicional quando tem um direito tolhido.

Inicialmente, o processo civil era basicamente uma forma de resolver conflitos individualizados e concretizados, e deixava em aberto formas de resolver os problemas que ficaram em um plano abstrato, no entanto, com o passar dos anos e desenvolvimento da sociedade esse plano inicial foi sendo alterado, conforme descreve Zavascki (2017, s.n)

[...] diversas modificações legislativas supervenientes, ocorridas principalmente a partir de 1985, alteraram de modo substancial não apenas o Código de Processo de 1973, mas o próprio sistema processual nele consagrado. Novos instrumentos processuais foram criados e importantes reformas foram aprovadas, a tal ponto que, a partir de então, o processo civil já não se limita à prestação da tutela jurisdicional nas modalidades clássicas ao início referidas nem se restringe a solucionar conflitos de interesses individualizados e concretizados. O sistema processual é, atualmente, mais rico e mais sofisticado. Basta, para essa constatação, ter presente, ainda que em forma sintética e panorâmica, os principais tópicos das reformas, a seguir enunciados.

Tais modificações no cenário processual ocorreram em duas fases distintas, a primeira foi caracterizada pela introdução, que eram desconhecidos do nosso direito positivo, iniciando o caminho para ações coletivas, a segunda foi a tutela de direitos e interesses transindividuais e por último, tutelas com amplo alcance, a própria ordem

jurídica abstratamente considerada, assim declara Zawascki (2017, s.p.). O Autor ainda traz alguns marcos de suma importância para a primeira fase:

[...] são marcos importantes da primeira etapa as diversas leis regulamentadoras das chamadas “ações civis públicas”, a começar pela Lei 7.347, de 24.07.1985 (que disciplinou “a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico” e aos direitos e interesses difusos e coletivos de um modo geral). Seguiram-na outras, provendo sobre a tutela de interesses transindividuais de pessoas portadoras de deficiências (Lei 7.853, de 24.10.1989), de crianças e adolescentes (Lei 8.069, de 13.07.1990), de consumidores (Lei 8.078, de 11.09.1990), da probidade na administração pública (Lei 8.429, de 02.06.1992), da ordem econômica (Lei 8.884, de 11.06.1994) e dos interesses das pessoas idosas (Lei 10.741, de 01.10.2003) (ZAWASCKI, 2017, s.p., grifos originais).

Ou seja, essa primeira fase tutelou sobre os direitos e interesses dos grupos os quais são indeterminados, tendo em vista que pertencentes a grupos ou classes de pessoas. O Ministério Público, as entidades e ou as pessoas jurídicas de direito privado, com cunho de defesa e proteção, tem legitimidade ativa.

Outra característica citada por Zawaski (2017, s.p., grifos originais) é o efeito *erga omnes* das sentenças proferidas:

[...] regime da coisa julgada das sentenças nelas proferidas, que têm eficácia *erga omnes*, salvo quando nelas for proferido juízo de improcedência por falta de provas, hipótese em que qualquer dos legitimados ativos poderá renovar a ação, à base de novos elementos probatórios.

Já a segunda leva de reformas, teve início pelo ano de 1994, mas diferente da primeira não introduziu nenhum mecanismo novo, mas sim, aperfeiçoou e ampliou os mecanismos que estavam na legislação pátria, mas de maneira a adaptá-la aos novos termos, mesmo sendo apenas adaptações tais mudanças foram de grande impacto, como por exemplo: “títulos executivos extrajudiciais, que passaram a comportar também obrigações de prestação pessoal (fazer e não fazer) e de entregar coisa, antes só previstas em título executivo judicial” deste modo descreve Zawaski (2017, s.p.)

Em seus ensinamentos, Mancuso (2016, s.p., grifos originais) trata da repercussão das novas exigências sociais na classificação das ações:

[...] as novas exigências sociais, a par dos novos parâmetros nomogenéticos, repercutem na classificação das ações, sustentando Teori Albino Zawascki

que hoje a tutela jurisdicional pode classificar-se "em três grandes grupos: 1.º) mecanismos para *tutela de direitos subjetivos individuais*, subdivididos entre (a) os destinados a tutelá-los individualmente pelo seu próprio titular (disciplinados, basicamente, no Código de Processo) e (b) os destinados a tutelar coletivamente os direitos individuais, em regime de substituição processual (as ações civis coletivas e o mandado de segurança coletivo); 2.º) mecanismos para *tutela de direitos transindividuais*, isto é, pertencentes a grupos ou classes de pessoas indeterminadas (ação popular e os diversos procedimentos de ação civil pública); 3.º) instrumentos para *tutela da própria ordem jurídica*, representados pelos vários mecanismos de controle de constitucionalidade dos preceitos normativos e das omissões legislativas. É de se observar que, à medida que se passa de um para outro desses grupos de instrumentos, menos se acentua a vinculação do processo a pessoas, e mais se dá ênfase à solução dos conflitos em sua dimensão coletiva, pondo em xeque conceitos e institutos processuais clássicos".

Resumidamente, o gênero ações coletivas e suas espécies, é o tipo de ação que envolve um grupo de pessoas ou até a sociedade como um todo. Isso ocorre, porque, a sentença proferida nessa não afetará somente quem figura em seu pólo ativo e sim todos os indivíduos que de alguma forma foram atingidos pela situação e que pretendem ajuizar ação por tal motivo. Esse é o conceito de ações coletivas apresentado pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC (2011).

3.1 Legitimidade ativa na defesa coletiva do consumidor

As chamadas condições, ou requisitos da ação são: legitimidade, interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido. Segundo Arruda Alvim (1975 apud THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 136) “são categorias lógico-jurídicas, existentes na doutrina, muitas vezes na lei (como é claramente o caso do direito vigente), mediante as quais se admite que alguém chegue à obtenção da sentença final”.

Dentro do requisito interesse, temos de distinguir interesse público, ou seja, que o titular é o estado e interesse privado, onde quem é o titular é o indivíduo, no entanto, importante salientar que tal diferenciação não deve ser sedimentada, pois há uma categoria intermediária, a qual não constitui nem interesse público e nem privado, conforme corrobora a Juíza do TJ/RS Maria Cristina de Brito Lima:

[...] entretanto, é importante não criar uma ideia de classes distintas e intocáveis de interesses.

A uma, porque o *interesse público*, pode alcançar *interesses indisponíveis do indivíduo ou da coletividade*, interesses sociais e até alguns interesses difusos.

A duas, porque há uma categoria intermediária de interesses, que não constituem nem interesse público, nem tipicamente privado.

O *interesse público*, pode ser conceituado como o interesse geral da coletividade ou o interesse da coletividade como um todo (LIMA, 2002, <<http://www.emerj.tjrj.jus.br>>, grifos originais).

O Código de Defesa do Consumidor inovou com relação aos outros países no sentido de que possui uma grande preocupação com os interesses do consumidor em um aspecto integral, e não só individual, assim afirma Bessa (2012, p. 456):

[...] uma das diferenças do Código de Defesa do Consumidor (Lei. 8.078/1990) em relação às leis de outros países, editadas principalmente nos anos 70 e 80, é justamente a preocupação de tutelar os interesses do consumidor de modo integral e nos mais variados aspectos (proteção contratual, vícios dos produtos e serviços, responsabilidade civil por acidentes de consumo, bancos de dados e cadastros de consumo, publicidade e tv).

O Código de Defesa do Consumidor, não só se preocupou com a proteção integral do consumidor, mas como também teve uma atenção especial de tutelar a proteção da coletividade.

Em regra, ações coletivas são gênero do qual a ação civil pública é espécie. Mas há quem denomine de forma diferente, conforme Marcos Araújo Cavalcanti, procurador do Distrito Federal (CAVALCANTI, 2016, <<http://www.bvr.com.br>>, grifos originais)

[...] a expressão "ação coletiva" constitui-se em gênero que abrange todas as demandas que tenham por objeto a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Para essa corrente, são espécies de ações coletivas: a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo, a ação popular, a ação de improbidade administrativa, o mandado de injunção coletivo, a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental etc. Compartilham dessa posição o professor Sérgio Shimura e Pedro Lenza;

Ainda, com relação aos demais países, os idealizadores da ação civil pública brasileira foram extremamente competentes, conseguindo trazer experiências e normações estrangeiras para engrandecer a legislação pátria, corrobora com o assunto Mancuso (2016, s.p., grifos originais)

[...] na verdade, o grande mérito dos idealizadores da ação civil pública brasileira foi o de terem conseguido extrair, das normações e experiências estrangeiras, as diretrizes que naqueles países viabilizaram a implantação de uma jurisdição de tipo coletivo, mas, ao mesmo tempo, procedendo à triagem entre as várias técnicas ali praticadas, de modo a recepcionar entre nós aquelas que se revelavam compatíveis com nossa realidade jurídico-política, de um país de dimensão continental, com uma jurisdição estruturalmente *unitária*, mas espalhada pelas justiças (comuns) federal e

estadual, sendo que aquela primeira consente, ainda, os ramos *especiais* - trabalhista, militar e eleitoral. No topo da pirâmide judiciária brasileira encontram-se, na linha do direito comum, o STJ e o STF, ao passo que na linha dos direitos especiais, situam-se, naquela ordem, o TST, o STM e o TSE.

Cabe aqui, falar, novamente, sobre legitimidade, seja ativa ou passiva, condição do processo para que se chegue a uma decisão de mérito. Em nosso ordenamento temos dois tipos de legitimidade, ordinária e extraordinária, conforme os ensinamentos de Humberto Theodoro Junior (2008, p. 137, grifos originais):

[...] pode a legitimidade ser tanto **ordinária** como **extraordinária**, legitimados **originários** são os sujeitos da lide, os titulares dos interesses conflitantes. São estes, o autor, quando se apresenta como o possível titular do direito material que quer fazer atuar em juízo, e o réu, quando se coloca na posição de ser a pessoa indicada, em sendo procedente a ação, a suportar os efeitos oriundos da sentença. A legitimidade **extraordinária** ocorre quando a lei autoriza, em conjunturas excepcionais, a demanda pela parte, em nome próprio na defesa de direito alheio. Dá-se a esse tipo extraordinário de legitimidade a denominação de **substituição processual**.

O Processo Civil brasileiro não admite o exercício de um direito por terceiro, ou seja, trata-se de ilegitimidade ativa, mas, apresenta alguns casos excepcionais de substituição processual, os quais devem estar prescritos em lei, conforme transcorre Humberto Theodoro Junior (2008, p. 138):

[...] de qualquer maneira, não se tolera, no direito processual civil, o exercício do direito de ação entre pessoas que não sejam os sujeitos da lide ou da relação jurídica material litigiosa, a não ser nos excepcionais casos de substituição processual que somente ocorrem nas situações especificamente enumeradas em lei (Código de Processo Civil, art. 6º).

No entanto essa não é a maneira exata que a premissa do interesse de agir é aplicada nas ações coletivas, conforme os ensinamentos de Mancuso (2016, [s.n.], grifos originais):

[...] o objeto tutelado é metaindividual, como se dá na ação civil pública da Lei 7.347/85. E isso porque, simplesmente, aí não se vai encontrar o "titular", o "dono" do interesse objetivado, dada a inviabilidade de sua "partição" ou "fracionamento" (a chamada "indivisibilidade do objeto"), e, de outro lado, por conta da impossibilidade de sua atribuição a certos "titulares" (a chamada "indeterminação dos sujeitos"). Basta pensar, v.g., nos consumidores (efetivos e virtuais) de certo produto (Lei 7.347/85, art. 1.º, II; CDC, art. 2.º): quantos são? quais são?

Ou seja, se torna um empasse aplicar o processo individual no processo coletivo, pois, há de se pensar em como falar em legitimidade ativa ao tratar de tutela

de direitos transindividuais, conforme entendimento de Marinoni e Arenhart (2003, apud MANCUSO, 2016, [s.n.], grifos originais):

[...] como observam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, "não se pode conceber o processo coletivo sob a perspectiva da ação individual, nem se pode aplicar indiscriminadamente as noções do processo individual para a tutela coletiva. De fato, não há razão para tratar da legitimidade para a tutela dos direitos transindividuais (ou mesmo dos direitos individuais homogêneos) a partir de seu correspondente no processo civil individual. Quando se pensa em 'direito alheio', raciocina-se a partir de uma visão individualista que não norteia a aplicação da tutela coletiva. Não só a partir da premissa de que apenas o titular do direito material está autorizado a ir a juízo, mas principalmente a partir da ideia de que somente há direitos individuais. A noção de direitos transindividuais, como é óbvio, rompe com a noção de que o direito ou é próprio ou é alheio. Se o direito é da comunidade ou da coletividade, não é possível falar em direito alheio, não sendo mais satisfatória, por simples consequência lógica, a clássica dicotomia que classifica a legitimidade em ordinária e extraordinária".

Para poder propor ação em nome dos consumidores atingidos por alguma irregularidade/infração, a legislação da legitimidade ativa a alguns órgãos, como: o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e as demais entidades descritas no Art. 82, incisos I, II, III e IV do Código de Defesa do Consumido:

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

I - o Ministério Público;

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

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

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear (BRASIL, 1990, <<http://www2.planalto.gov.br/>>).

Entidades as quais algumas se repetem e já outras são complementadas pela Lei da Ação Civil Pública em seu artigo 5º, incisos e alíneas, que também trata de quem tem a legitimidade para atuar como parte Autora das ações coletivas, as quais são:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

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

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

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

livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (BRASIL, 1985, <<http://www2.planalto.gov.br/>>).

É de se notar que a redação dos dispositivos das duas leis se aproxima muito, ou seja, eles têm um caráter integrativo, para que todas as pessoas e entes legitimados no ordenamento jurídico tenham capacidade para propositura de uma ação civil pública.

3.1.1 Interesses e direitos dos consumidores

Embora a legitimidade e o interesse sejam conceitos imaginados para o processo civil individual, também são exigidos nas ações coletivas, o qual é ligado a necessidade e a utilidade, os quais tem uma forma diferente de ser abordada, tendo em vista que, quem figurará no polo ativo da ação não será o titular do direito, conforme Bessa (2012, p. 39):

[...] o interesse processual, nesta visão, está vinculado ao binômio necessidade-utilidade, ou seja, a parte deve possuir necessidade de exercer o direito de ação para alcançar o resultado pretendido e praticamente útil. De outro lado, em relação à legitimidade, o autor da ação deve ser, em tese, o titular do direito ou da situação jurídica descrita na inicial (art. 6º. Do CPC). Todavia, em razão de características próprias do processo civil coletivo, a análise dessas duas condições (legitimidade e interesse) da ação ganha abordagem diferenciada, vez que o legitimado para ajuizamento da ação coletiva não é titular do direito coletivo (lato sensu), como ocorre, em regra, nas demandas individuais.

A Lei 8.078/1990 em seu Art. 81 estabelece quais interesses ou direitos necessariamente devem ser objeto da ação civil pública ou ação coletiva, os quais são: Os interesses/direitos difusos, interesses/direitos coletivos e os interesses/direitos individuais homogêneos:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum (BRASIL, 1990, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>).

O inciso primeiro do referido artigo traz os interesses difusos, que nada mais é do que quando um direito é tolhido e não há como precisar as pessoas atingidas por este ato, assim entende Bessa (2012, p. 41) “na conceituação legal de direitos difusos, optou-se pelo critério da indeterminação dos titulares e da ausência entre eles de relação jurídica base (aspecto subjetivo) e pela indivisibilidade do bem jurídico”.

Leonardo Roscoe Bessa (2012), ilustra perfeitamente os direitos difusos, ao tratar de exemplos como publicidade enganosa ou abusiva, comercialização de produtos de alto grau de nocividade ou periculosidade e prévia comunicação ao consumidor da abertura de cadastros, fichas e semelhantes:

[...] como exemplos de tutela judicial de interesses difusos, citem-se a ação coletiva que objetiva a interrupção de veiculação de publicidade enganosa ou abusiva (art. 37 do CDC), a vedação de comercialização de produto com alto grau de nocividade ou periculosidade (art. 100 do CDC) e, ainda, o pedido para que determinado arquivo a prévia comunicação ao consumidor, como determina o § 2º do Art. 43 do CDC (BESSA, 2012, p. 40).

Outra categoria é a de direitos coletivos, a diferenciação entre coletivos e difusos é que, neste o grupo de pessoas atingidas é determinado, ou seja, torna-se impossível a divisão dessa categoria de pessoas, conforme Gisele Lourdes Friso (2007, p. 284):

[...] da mesma forma, os interesses coletivos são transindividuais, (...). Entretanto, diferenciam-se dos interesses difusos por ser possível a determinação de seus titulares, pois o norma fala em interesses indivisíveis de determinado grupo, categoria ou classe de pessoas.

E por último, o inciso III do Art. 81, que trata dos interesses individuais homogêneos, ele se distingue dos demais pois busca atingir o direito de forma individual, conforme melhor define Gisele de Lourdes Friso (2007, p. 12):

[...] os interesses individuais homogêneos são considerados como espécie de interesse coletivo, porém, distinguem-se dos demais acima pelo fato de que cada um dos titulares tem um interesse específico, mensurável para cada um dos indivíduos. Não se trata de litisconsórcio, mas de interesses individuais buscados por uma mesma entidade em favor de seus titulares, o que cada um dos titulares, na medida de seus interesses individuais.

O Código de Defesa do Consumidor é um marco no avanço e inovação nas ações coletivas, tanto na legislação brasileira como mundial. Trouxe uma nova forma de vislumbrar o direito coletivo, mesmo que usando o processo civil individual.

3.2 Ações coletivas no CDC e na Lei da Ação Civil Pública

São muitos os valores protegidos através das denominadas ações coletivas, desde segurança, qualidade e quantidade divulgadas nas embalagens, veracidade publicitária, cláusulas abusivas, entre tantas outras. Os temas mais complexos e amplos que afetam os mais variados setores do cotidiano dos consumidores. Tendo estes no Ministério Público um garantidor da proteção da ordem jurídica.

Entre as funções institucionais do Ministério Público elencadas na Constituição Federal em seu Art. 129, inciso III encontra-se a proteção dos interesses difusos e coletivos, entre outros.

Conforme texto da Lei nº 7.347/85 Art. 1º, incisos II, IV e V, têm direito o amparo legal o consumidor e ainda, qualquer que seja o direito de interesse difuso ou coletivo, inclusive os dos indivíduos contra o poder econômico.

O Artigo 16 da Lei das Ações Cíveis Públicas trata da coisa julgada, dando a ela o efeito *erga omnes*, com algumas exceções, conforme artigo:

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 (BRASIL, 1985, <<http://www2.planalto.gov.br/>>).

Tendo em vista que a Ação Civil Pública trata da judicialização de direitos e interesses com vasta expansão na sociedade civil, ora em casos que abrangem a coletividade inteira, como é o caso dos direitos difusos, e ora em segmentos mais restritos como o caso dos direitos coletivos em sentido estrito, sendo assim o artigo anteriormente citado busca harmonia com todos os espectros de conflitos metaindividuais, assim pensa Mancuso (2016, s.p.).

Continua Mancuso (2016, s.p., grifos originais) sobre as sentenças de mérito:

[...] somente as sentenças de mérito são aptas a produzir coisa julgada material, ficando assim recobertas pela *auctoritas rei iudicatae*; as demais, que apenas extinguem a relação processual (o continente) apenas produzem

uma imutabilidade introjetada e contida *dentro* do processo onde foram proferidas (estabilidade endoprocessual), e por isso mesmo não impedem que a lide seja reproposta.

Cavaliere Filho (2011, p. 383-384, grifos originais) exemplifica o efeito da coisa julgada *erga omnes* nas ações coletivas:

[...] tempos atrás, um Juiz de Porto Alegre, Rio Grande do Sul, prolatou uma sentença proibindo fumar a bordo de aeronaves. Que efeitos produziu essa sentença? A quantos atingiu e em que áreas? Este caso bem dimensiona a coisa julgada nas ações coletivas em defesa dos interesses ou direitos difusos.

Em regra, como se vê, é da coisa julgada *erga omnes* em razão da própria natureza desses interesses: *indivisíveis e transindividuais*. Não seria razoável, no exemplo lembrado no início, que a proibição de fumar em aeronave ficasse restrita apenas a uma determinada região quando as aeronaves circulam por todo país e exterior, e todos os passageiros ficariam expostos aos males do cigarro.

Cavaliere Filho (2011, p. 384, grifos originais) também discorre quanto ao efeito ultra partes do direito coletivo, quando a coisa julgada não se restringe a um indivíduo e sim, se entende a toda a coletividade, pois ligados por uma circunstância de fato:

[...] o inciso II do Art. 103 do CDC, contém a regra da coisa julgada no caso de *direitos coletivos* propriamente dito, cujo o objetivo é também indivisível. Será “ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas”.

Como se vê, a coisa julgada aqui é ultra partes e não erga omnes como no regime anterior. No caso de interesses difusos, a coisa julgada se estende a todos da coletividade, sem exceção, porque estão ligados por circunstâncias de fato. Em se tratando de interesses coletivos cujos titulares estão ligados por uma relação jurídica-base, os efeitos da sentença estão limitados aos membros do grupo, categoria ou classe.

Quanto ao aproveitamento da coisa julgada das ações coletivas nas ações individuais, Grinover (2004 apud CAVALIERI FILHO, 2011, p. 386, grifos originais) aponta como atendimentos do princípio da economia processual:

[...] inspirado no princípio de economia processual e nos critérios da coisa julgada *secundum eventum litis*, expressamente autoriza o transporte, *inutilibus*, da coisa julgada resultante de sentença proferida na ação civil pública, para as ações individuais de indenização por danos pessoalmente sofridos.

As sentenças, ao contrário das ações individuais, nas ações coletivas acabam por se tornar imutáveis e indiscutíveis e serão transportadas “*in utilibus*” para as ações individuais.

O Artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor consiste em autorizar a judicialização individual das ações sobre relações supraindividuais, unindo o que estava pulverizado, sendo assim, mais fácil uma solução uniforme, além de conter um poder político a demanda e ir para o rumo de uma decisão mais justa. Assim entende Marques (2016).

Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva (BRASIL, 1990, grifos originais e grifos próprios).

No entanto o cidadão possui a opção de manter o seu processo individualizado. Sendo assim possível a convivência de ações coletivas para defesa de direitos supraindividuais e ações puramente individuais, ambas relativas a um mesmo fato social.

Em se tratando de decisão, com efeito, *erga omnes* nos casos em que as ações sejam julgadas improcedentes, cabe nova ação individual, havendo novas provas. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça restringe que sob mesmo fundamento, outro legitimado entre com a ação, conforme ensinamentos de Marques (2016, grifos originais):

[...] no caso das ações versando sobre interesses ou direitos individuais homogêneos, o efeito *erga omnes* da coisa julgada não se produz jamais quando a decisão final for de improcedência, sendo que os interessados que não tenham sido litisconsortes na ação coletiva encerrada poderão demandar novamente, através de ação individual. Restringe a jurisprudência atual do STJ, nesta hipótese, o ingresso de nova ação coletiva por outro legitimado, sob o mesmo fundamento (REsp 1302596/SP – rel. p/ Acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 2.^a Seção, j. 09.12.2015, DJe 01.02.2016).

Já, quando tratamos de efeito *ultra partes* nas ações coletivas, somente podemos pensar nas ações que versam sobre os interesses e direitos coletivos, não importando aí a procedência ou improcedência da ação, a menos que o motivo de insucesso do caso tenha se dado por insuficiência de provas, desta forma, surgindo novas provas, pode qualquer membro do grupo, categoria ou classe adentrar com nova ação com os mesmos fundamentos.

Este efeito *ultra partes* tem a conotação de produzir efeito apenas em relação ao grupo atingido. Conforme Marques (2016).

Em análise ao Código de Defesa do Consumidor, notamos que o gênero ação coletiva fará coisa julgada *erga omnes*, diferentemente, de quando tratamos da espécie de ação coletiva, que então faz coisa julgada *intra partes*. Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor define que todas as ações coletivas terão efeito *erga omnes*, não importando o órgão prolator, visando de todas as maneiras alcançar a todos os consumidores lesados. Um exemplo muito usado é de quando uma determinada empresa acaba por lesar dois Estados da Federação, a sentença, obrigatoriamente atenderá aos dois Estados, independentemente do órgão que prolatou tal decisão.

Tendo em vista que a Lei da Ação Civil Pública não prevê o efeito *erga omnes* para as relações aos interesses individuais homogêneos, deve ser seguido, então o Código de Defesa do Consumidor.

Já, quando tratamos de interesses difusos e coletivos que envolvam a relação de consumo, nos deparamos com duas orientações, ou seja, há um conflito aparente de normas entre Código de Defesa do Consumidor e Lei da Ação Civil Pública. Sendo assim, a norma prevalente, será a do Código de Defesa do Consumidor, já que trata-se de lei específica (CARVALHO, <<http://www.buscalegis.ufsc.br>>).

4 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A EFETIVA PROTEÇÃO DOS INTERESSES COLETIVOS: CASOS DE GRANDE REPERCUSSÃO

O presente capítulo, trará os casos concretos de ações civis públicas, com todos os procedimentos, embasamento e cautela que deve ser tomado antes de ajuizar tais ações.

Essas ações envolveram os direitos difusos contidos no artigo 81, inciso I do Código de Defesa do Consumidor já tratado nesse trabalho ao falar sobre os interesses e direitos do consumidor.

Ou seja, os casos a seguir, tratam de interesses/direitos de extrema dispersão social, onde pertencem a todos os consumidores e ao mesmo tempo a nenhum em particular, podendo tal grupo ser menos amplo, ou mais amplo, conforme Cláudia Lima Marques (2016).

4.1 O caso do McDonald's, Bob's e Burger King

O primeiro caso a ser trazido para o presente trabalho é uma disputa que teve início em 2008 contra as empresas alimentícias Bob's Indústria e Comércio Ltda. e Burger King do Brasil Assessoria a Restaurantes Ltda., conhecido respectivamente como Bob's e Burger King. O instituto Alana, por meio do Projeto Criança e Consumo, denunciaram por meio de uma Representação ao Ministério Público Federal as estratégias abusivas e ilegais das denunciadas, onde, com a intenção de vender o seu produto principal, lanches "*fast food*", subordinam a aquisição de brinquedos, sempre de personagens conhecidos, conforme (CRIANÇA CONSUMO, 2008).

O Burger King encaminhou manifestação em resposta a representação, onde requereu o arquivamento do caso, tendo em vista, já ter firmado Termo de Ajuste de Conduta com o Ministério Público Federal da Bahia, onde se comprometeu a vender separadamente os brinquedos dos lanches, conforme (CRIANÇA CONSUMO, 2008).

Já em 2009 o Ministério Público Federal direcionou recomendações às empresas já citadas, e também, por se tratar de produto similar ao Mc Donald's, a recomendação sugeria a suspensão das promoções infantis, no entanto, somente a Agência Nacional de Vigilância Sanitária se manifestou favoravelmente, sendo que todas as recomendadas se apresentaram contrárias à sugestão (CRIANÇA CONSUMO, 2008).

Juntamente com a recomendação o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR, foi solicitado a se manifestar sobre a forma de publicidade massiva das empresas, órgão o qual, recomendou ao Bob's e Burger King que alterasse a sua forma de anunciar. Ainda em 2009 o Projeto Criança e Consumo enviou ao Ministério Público Federal a Resolução nº 408/2008 do Conselho Nacional da Saúde, o qual estabelece normas para a promoção de uma alimentação saudável e à prevenção de doenças decorrentes de maus hábitos alimentares (CRIANÇA CONSUMO, 2008).

No ano de 2009 o Procurador da República Márcio Schusterschitz da Silva Araújo por meio do Ministério Público Federal de São Paulo propôs Ação Civil Pública contra as empresas Venbo Comércio de Alimentos LTDA, popularmente conhecida como Bob's, também contra Arcos Dourados Comércio de Alimentos LTDA, ou McDonalds e ainda, contra Burger King do Brasil Assessoria a Restaurantes LTDA, ou somente, Burger King. O objetivo desta era de que houvesse o reconhecimento da ilicitude de uma prática comercial utilizada pelas três empresas supracitadas, a venda de brinquedos em conjunto com regular frequência de promoções em lanches voltados ao público infantil (CRIANÇA CONSUMO, 2008).

Tal estratégia de estímulo ao consumo de produtos voltados para as crianças é de conhecimentos de todos. Os nomes dados às essas promoções são, McLanche Feliz, Lanche BKids e Trikids e funciona da forma que, ao comprar um lanche da promoção você ganha um dos brinquedos, ou outro objeto de apelo infantil, colecionável (CRIANÇA CONSUMO, 2008).

Ainda, o Procurador Federal destaca que os produtos os quais compõem as promoções, são alimentos “fast food”, onde o cardápio contém comidas altamente calóricas, sendo que alguns deles correspondem à, em média, 40% das calorias diárias que uma criança deve consumir, considerando uma criança de 8 (oito) anos (CRIANÇA CONSUMO, 2008).

Também, antes de esmiuçar mais cada ponto traz Schusterschitz em sua argumentação, a forma como tais empresas acabam por promover os seus cardápios não saudáveis, fidelizando crianças ao seu estabelecimento e assim, promovendo a epidemia da obesidade:

[...] assim, como será melhor desenvolvido nos pontos abaixo, o brinquedo como imã de marketing promove a venda de alimentos não saudáveis, de redes caracterizadas por cardápios não saudáveis, importando na fidelização

da clientela infantil para esse tipo de produto e em desconsideração das condições particulares da criança como pessoa em desenvolvimento e da obesidade como epidemia (CRIANÇA CONSUMO, 2008 <<http://criancaeconsumo.org.br>>).

Além disso, fundamenta que a responsabilidade dos pais sobre o filho, não extingue a cautela que as empresas devem tomar ao criar uma campanha de produtos para o público infantil. Como descrito no dispositivo legal 39, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:
[...]
IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços (BRASIL, 1990, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Ou seja, não importando a responsabilidade dos pais sobre a criança, a legislação consumeirista veda qualquer prevailecimento que possa haver tendo em vista a idade da pessoa. Tudo, conforme Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal (CRIANÇA CONSUMO, 2008).

Na Ação proposta, foi solicitada a antecipação de tutela tendo em vista a lesão ao consumidor, criança e à segurança alimentar, pois não sendo concedida a prática abusiva se materia o que atingiria mais crianças que estão adentrando no mercado de consumo e repetiria com as crianças já consumidoras. No entanto, tal tutela foi indeferida (CRIANÇA CONSUMO, 2008).

Em sede de defesa o Mc Donald's alegou preliminarmente: I – Falta de interesse de agir do MPF, justificado pelo fato da existência de um Termo de Ajuste de Conduta, onde o MPF reconhece a venda de tais brinquedos nas lojas; II – litisconsórcio passivo necessário de todos os agentes econômicos; III – Impossibilidade jurídica do pedido. Já no mérito: I - a venda do brinquedo não está vinculada a obesidade; II - que a publicidade veiculada pela rede não induz o consumo de alimentos de baixo teor nutritivo; III – que os brinquedos não são vendidos conjuntamente com os alimentos; IV – que os alimentos fornecidos em seus restaurantes não são determinantes para o quadro de obesidade ou desagregação familiar; V – que não há periculosidade inerente aos seus produtos; e VI – que a responsabilidade pela alimentação das crianças e adolescentes compete à família; VII

– que o provimento pretendido viola o princípio da livre concorrência (CRIANÇA CONSUMO, 2008).

O Burger King contestou alegando preliminarmente: I – Ilegitimidade pasiva da ré; II – Falta de interesse de agir; III – Impossibilidade jurídica do pedido. Já no mérito: I – que a comercialização não configura prática abusiva; II – a inexistência de violação do ECA; III – a inexistência de ilicitude na prática comercial do Burguer King pela venda de brinquedos em seus restaurantes; IV – que há violação ao princípio constitucional da isonomia; V – que inexistente abusividade na prática publicitária do sistema de franquia do Burguer King; e VI – que a contenção publicitária dirigida ao público infantil não pode ser dirigida as redes de restaurantes eleitas pelo autor (CRIANÇA CONSUMO, 2008).

Já o Bob's em sua defesa alega em sede preliminar: I - Falta de interesse de agir do MPF, justificado pelo fato da existência de um Termo de Ajuste de Conduta; II – Conexão ou continência com ação ajuizadas na Justiça Estadual. No mérito trouxe as seguintes arguições: I – que os produtos comercializados não estão sujeitos a restrições legais ou administrativas, o mesmo em relação a publicidade; II – que há indevida intervenção na ordem econômica e usurpação das competências dos Poderes Legislativos e Executivo; III – que o brinde oferecido não é fator determinante para a compra de lanches; IV - que os pais são os únicos responsáveis pela escolha da alimentação de seus filhos; V – que há violação do princípio da isonomia; e VI – que eventual sentença condenatória terá efeitos apenas para as lojas próprias, excluindo-se as franquias (CRIANÇA CONSUMO, 2008).

Em 2013, sob as alegações de mesmo que as crianças tenham uma limitação quanto ao discernimento de suas escolhas e sejam vulneráveis a uma publicidade massante das empresas rés, elas estão sob a guarda de seus responsáveis e ainda, tendo em vista os Termos de Ajuste de Conduta apresentados pelas rés, os quais as mesmas se comprometeram a vender o brinquedo separadamente do lanche, julga Improcedente a ação, conforme parte da decisão colacionada a seguir:

[...] não merece guarida, portanto, a tese defendida pelo autor de que os responsáveis pelas crianças e adolescentes, diante da publicidade realizada pelas empresas rés, seriam incapazes de exercerem o controle do hábito alimentar dos seus tutelados, que acabam por impor, aos seus responsáveis, os seus desejos de consumirem alimentos altamente calóricos e prejudiciais à saúde, em virtude da alegada "transferência do prazer do brinquedo para a mastigação automática do alimento". Muito embora a criança possua limitação no discernimento de suas escolhas e possa ser mais frágil à publicidade

exercida pelas empresas em geral, em especial, ao oferecimento de brinquedos, há de se ter em conta que a criança e o adolescente estão sob os cuidados diretos dos seus responsáveis, sendo fora da razão pressupor que estes seriam igualmente vulneráveis, ainda que em menor proporção, à prática comercial da empresa, a ponto de estarem incapazes de negarem aos seus filhos os alimentos comercializados pelas rés ou, ainda, de controlarem o consumo de produtos alimentícios altamente calóricos pelas crianças e adolescentes sob a sua responsabilidade. Por tudo isso, não deve prevalecer o entendimento do autor de ilicitude da prática comercial das empresas rés, sob o fundamento de que existe reprovação por parte da Ordem Jurídica, especialmente com relação à legislação de proteção da criança, de tutela do consumidor, de prevenção de doenças e de vigilância sanitária no Brasil. Diante do exposto, rejeito o pedido do autor e JULGO IMPROCEDENTE A AÇÃO, nos termos do artigo 269, inciso I do Código de Processo Civil (Disponibilização D.Eletrônico de despacho em 28/11/2013 ,pag 188/229) (CRIANÇA CONSUMO, 2008, <<http://criancaconsumo.org.br>>).

Insatisfeito com o resultado do processo o Ministério Público Federal interpôs recursos de apelação, onde ainda aguarda julgamento (CRIANÇA CONSUMO, 2008, <<http://criancaconsumo.org.br>>).

4.2 O caso das cervejarias: publicidade de bebidas alcoólicas

Outro caso com importante repercussão é o do Ministério Público Federal contra as fabricantes de cerveja e chopp SCHINCARIOL, KAISER E AMBEV, as quais juntas tem por volta do controle de 90% do comércio desse seguimento.

Em 2008, por meio da Procuradoria da República do Município de São José dos Campos, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública contras as empresas supracitadas, com os seguintes fundamentos de fatos: I – Bebidas alcoólicas, no caso cervejas e chopp, causam inúmeros e graves prejuízos a saúde individual e coletiva; II – Embora livre a produção e comercialização, as bebidas alcoólicas tem restrições quanto a sua publicidade; III – Como já citado anteriormente, as 3 empresas rés, tem o domínio de 90 (noventa) % da venda de bebidas alcoólicas e investem maciçamente em publicidade, sendo que em 2007 o valor gasto em propagandas foi em torno de 1 bilhão de reais; IV – Essa forma incessante de fazer publicidade, gera não só a fidelização do consumidor, como também um aumento global e precocidade de consumo de bebidas alcoólicas; V – Assim, o grande investimento em publicidade acarreta em dano inerente ao produto alcoólico, gerando assim o dever de indenizar na mesma proporção.

Ainda, arguiu que o dano causado atinge a todo o território nacional, tendo em vista os acidentes de trânsito, mortes, violência, entre outros. Também o interesse do

Sistema Único de Saúde, do Instituto Nacional da Seguridade Social e a Secretaria Nacional Anti-Drogas, órgão da União.

Na Ação proposta pelo Ministério Público Federal, foi relacionado o uso de bebidas alcoólicas à problemas a saúde, acidentes de trânsito, homicídios e criminalidade, doenças incapacitantes, saúde pública, problemas psiquiátricos e consumo excessivo entre jovens. E tudo isso seria um resultado de uma publicidade massante que incrementa o risco.

E por fim, apontam uma pesquisa realizado pela Universidade Federal de São Paulo – UNIFESP, onde ficou apontado que crianças entre 12 e 13 anos, tem grande influência da publicidade sobre os hábitos dos adolescentes com relação a bebidas alcoólicas.

Como forma de indenizar o Ministério Público Federal requer o total de R\$ 2.764.433.637,53 (dois bilhões, setecentos e sessenta e quatro milhões, quatrocentos e trinta e três mil, seiscentos e trinta e sete reais e cinquenta e três centavos) calculando os danos causados ao Fundo Nacional Antidrogas, à União, em face do Sistema Único de Saúde e ao Instituto Nacional de Seguridade Social. Valor dividido proporcionalmente pelo investimento em publicidade e dano causado à essas entidades citadas. Tudo isso conforme Ação Civil Pública (CRIANÇA CONSUMO, 2009, <<http://criancaconsumo.org.br/>>).

O processo foi distribuído na 1ª Vara da Justiça Federal de São José dos Campos, no entanto, por se tratar de Ação Civil Pública que trata de um dano de âmbito nacional, a competência, segundo o Superior Tribunal de Justiça, para julgar é da capital do estado ou do Distrito Federal. Sendo assim, o processo foi redistribuído na 4ª Vara Federal Cível de São Paulo.

A Ação foi julgada improcedente, com base em um decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, onde esses negaram a proposta da Procuradoria Geral da República, a qual aplicaria para as bebidas alcoólicas do tipo cerveja e chopp, a mesma norma aplicada às bebidas de alto teor alcoólico, onde há restrição do horário de exibição de propagandas.

Posterior a tal decisão, apresentou o Ministério Público Federal um recurso requerendo que a referida sentença fosse considerada nula, perante tamanha falta de fundamentação, ofendendo o Código de Processo Civil, pois nesse considera-se uma decisão não fundamentada, quando: I – Não enfrentato todos os argumentos; e II – Usar precedente, decisão ou súmula, sem demonstrar que o caso se ajuste.

Em 2016, junto ao recurso do Ministério Público Federal, o Instituto Alana, acompanhado de demais organizações da sociedade, como assistentes do processo em curso, protocolizaram recurso de apelação, da mesma maneira pedindo pela declaração de nulidade da decisão.

Ambos os recursos estão aguardando julgamento (CRIANÇA CONSUMO, 2009, <<http://criancaeconsumo.org.br/>>).

4.3 O caso dos planos econômicos

O presente caso trata de uma longa batalha de quase trinta anos e tem como um dos personagens principais o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. Tal Instituto moveu a primeira ação em maio de 1990, questionando questões do plano Verão para quatro associados. Sendo após ajuizadas muitas outras ações tanto individuais como coletivas, então considerando todos os planos, conforme informações fornecidas pelo site deste instituto (IDEC, 2011, <<https://idec.org.br/>>).

O volume de processos ajuizados pelo Instituto Brasileiro de Direito do Consumidor gerou uma jurisprudência consolidada nos tribunais brasileiros, o que foi extremamente favorável e determinante para que houvesse o reconhecimento da legitimidade de tal para proposição de Ações Cíveis Públicas. Essas têm o objetivo de ajudar todo e qualquer consumidor prejudicado, independentemente de ele ser filiado ou não ao Instituto (IDEC, 2011, <<https://idec.org.br/>>).

As referidas Ações Cíveis Públicas versam sobre os planos econômicos Bresser (1987), Verão (1989), Collor I (1990) e Collor II (1991), eles foram criados com a intenção de conter a hiperinflação. O governo implantou esses planos que alteravam o cálculo de correção monetária dos saldos de poupança. Porém, os bancos não aguardaram a entrada em vigor destes, ou seja, fez com que os poupadores acabassem por perder a correção da inflação no nesse período, conforme Alvarenga (2017).

Segundo informações do site do jornal G1 da globo o pacote de 15 de março de 1990, ou seja, o plano Collor I é o caso mais complexo, pois ordenou o bloqueio e envio ao Banco Central as quantias superiores a 50 mil cruzados novos quando depositados em contas poupanças.

O plano Bresser de 15 de junho de 1987, o qual foi implementado pelo então ministro da Fazenda Luiz Carlos Bresser Pereira, este congelou preços, aluguéis e

salários e estabeleceu que o critério de atualização monetária dos valores em poupanças seria a Letra do Banco Central, conforme Alvarenga (2017).

Ainda, informa o mesmo site jornalístico que os saldos depositados na caderneta de poupança tiveram a correção de 18,02% ante variação de 26,06% do Índice de Preço ao Consumidor o que segundo o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor gerou uma diferença de 8% entre os indexadores, no entanto o que é alegado no processo é que tal norma, de maneira alguma poderia atingir imediatamente os poupadores dos quais os depósitos faziam aniversário até 15 de julho. Dessa maneira, quem tinha poupança em junho de 1987 com aniversário na primeira quinzena do mês teve prejuízo.

Já o plano verão que ocorreu em 15 de janeiro de 1989, foi a terceira das tentativas do governador José Sarney de diminuir a inflação, ele congelou os preços e salário e também alterou a moeda para o Cruzado Novo. A nova regra para as poupanças era da substituição da correção que antes era feita pelo Índice de Preço ao Consumidor e então passaria a ser feita pelas Letras Financeiras do Tesouro, conforme reportagem no G1 (ALVARENGA, 2017).

O que ocorreu de errado com esse plano foi que: os bancos, deixaram de creditar a diferença entre os títulos de 20 % em cadernetas com aniversário de primeiro a quinze de janeiro, aplicando a correção de 22,35% ante variação de 42,72% do Índice de Preço ao Consumidor, quem saiu perdendo foi o poupador cujo sua poupança fizesse aniversário entre primeiro e quinze de janeiro de 1989 e mantiveram tal valor até remuneração do próximo mês (ALVARENGA, 2017).

Em 16 de março de 1990 o então presidente Fernando Collor, um dia após sua posse, trocou o cruzado novo pelo cruzeiro e fez o confisco da poupança, bloqueando saldos acima de 50 mil cruzados novos por 18 meses, sendo tais valores remunerados pelo Bônus do Tesouro Nacional Fiscal e os inferiores atualizados pelo Índice de Preço ao Consumidor, conforme reportagem do G1 (ALVARENGA, 2017).

O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor diz que os bancos aplicaram o Bônus do Tesouro Nacional Fiscal em ambos os montantes, não estando previsto na lei até junho de 1990. Estes alegaram que houveram perdas em 3 tipos de poupança, as com aniversário em 16 à 30, as com valores menores de 50 mil cruzados novos tendo aniversário nos quinze últimos dias de abril de 1990 e os valores menores que 50 mil em abril e maio de 1990 (ALVARENGA, 2017).

O caso do plano Collor II de 31 de janeiro de 1991 congelou preços e salários, criou a Taxa de Referência de Juros e aumentou tarifas públicas, ainda acabou com o Bônus do tesouro Nacional Fiscal, estabelecendo a Taxa Referencial Diária como corretor da poupança, conforme site do G1 (ALVARENGA, 2017).

O Instituto Brasileiro de Direito do Consumidor não adentrou com nenhuma ação questionando o plano Collor II, por entender que nada tenha sido aplicado errado, mas o que se questiona é que o rendimento teria sido de 14,11% menor, tendo na ocasião o indexador do Bônus do Tesouro Nacional Fiscal o rendimento de 21,87% e a Taxa Referencial Diária pagando 7,76%, os poupadores com aniversário da poupança entre 1º e 31 de janeiro de 1991, tudo conforme reportagem do jornal G1.

O direito ao ressarcimento dos prejuízos causados pelos planos foi reconhecido, no entanto a batalha está longe de chega ao fim, pois as ações estão sofrendo ameaças de todos os lados, em um canto os bancos tentam acabar com o proceso no Supremo Tribunal Federal e por outro o Superior Tribunal de Justiça restringe os prazos para o ajuizamento e execução de ações, conforme informações constantes no site do Instituto Brasileiro de Direito do Consumidor (IDEC, 2011).

Em março de 2009, apesar de os tribunais já terem reconhecido o direito dos poupadores, a Confederação Nacional do Sistema Financeiro ingressou com uma ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, requerendo o reconhecimento por parte do Supremo Tribunal Federal que a legislação que criou os planos econômicos seja reconhecida como constitucional, extinguindo, assim, com toda e qualquer ação judicial com intenção de que os bancos devolvam as quantias não pagas aos poupadores (IDEC, 2011).

Ainda em 2009 o Instituto Nacional do Direito do Consumidor pediu para participar como *amicus curiae* de tal processo ajuizado pelos bancos e nele trabalhou para impedir a concessão das liminares pedidas pelos bancos. Nessa Ação apresentou estudos jurídicos e econômicos, tratando este de apresentar as decisões pacíficas nos tribunais em favor dos consumidores, com relação ao plano Bresser e Verão; já esse sobre a completa capacidade dos bancos de pagar as diferenças pleiteadas sem que houvesse o comprometimento da sua liquidez. Junto a isso apresentou abaixo-assinado com mais de 12 mil assinaturas contra a ação. Na entrega desses documentos, em audiência, o Instituto teve apoio de entidade como Sindicato dos Bancários, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor e Ministério Público. Houveram mais tentativas, por parte dos bancos de conseguir a liminar, porém

infrutíferas, conforme informações prestadas em < <https://idec.org.br>> Conforme informações da assessoria do Superior Tribunal de Justiça, 37.677 processos individuais de execução estão suspenso ainda em segunda instância, pois os ministros entenderam que tal matéria já havia sido julgada em decisão anterior. Levando em consideração tal jurisprudência, os consumidores têm legitimidade para levar à execução a sentença da Ação Civil Pública, não havendo a necessidade desses serem filiados com a instituição que propôs a mesma, ou seja os ministros liberaram os processos individuais suspensos para serem julgados, caso a caso, aplicando o entendimento do STJ (GAZETA DO POVO, 2017).

Desde 2016 as negociações entre poupadores e banco estava paralisada, no entanto, em 2017 com a decisão de que as Ações Cíveis Públicas levariam o direito ao pagamento das diferenças às pessoas que adentraram com ações individuais também e não só para quem era filiado ao Instituto Brasileiro de Direito do Consumidor, houve a retomada do acordo, assim afirmado em (GAZETA DO POVO, 2017).

A defesa dos interesses dos poupadores diz que se a tese defendida pelas instituições financeiras da necessidade de filiação haveria uma redução drástica em números de consumidores que poderiam executar as ações coletivas, fazendo com que os bancos pagassem um valor quase que irrisório, considerando as diferenças dos planos econômicos.

Muito embora o recurso levado ao Superior Tribunal de Justiça tivesse como foco principal o plano verão, tal decisão tem efeito para todos os outros, e assim, no dia de tal decisão, se manifestou o presidente da Frente Brasileira Pelos Poupadores, (GAZETA DO POVO, 2017, <<https://www.gazetadopovo.com.br/>>):

[...] essa é mais uma vitória dos poupadores ao longo dessas três décadas de batalha judicial. Como as vitórias anteriores, no entanto, a de hoje também não coloca fim ao prejuízo e ao sofrimento dos milhares de poupadores que tiveram suas poupanças corrigidas de forma errada nas décadas de 1990 e 1980.

Uma segunda tese no recurso que não havia sido julgada argumentava que as instituições que adquiriram os bancos Nossa Caixa e HSBC não tem responsabilidade sobre as dívidas dessas instituições, mas como a decisão dos ministros foi de devolver os recursos para a 4ª Turma, tal ponto deveria ser analisado nela.

Em 1º de março de 2018, o Supremo Tribunal Federal apreciou o acordo do Instituto Brasileiro de Direito dos Consumidores, Frente Brasileira dos Poupadores e a

Federação Brasileira dos Bancos e homologou e o ministro Ricardo Lewandowski, último ministro a homologar o acordo, frisou a importância do papel das associações em prol do consumidor:

[...] na decisão, o ministro Lewandowski também ressaltou a importância do papel ativo das associações de defesa do consumidor no tema de planos econômicos e todo o trabalho nos últimos 30 anos para que se pudesse chegar a um acordo coletivo nunca antes realizado no Judiciário brasileiro (IDEC, 2011, <<https://www.gazetadopovo.com.br>>).

O acordo, como anteriormente falado, trata da execução das sentenças das Ações Civis Públicas, por parte dos poupadores, sendo voluntário aos consumidores que tinham ações individuais aderirem a opção e encerrar com a disputa judicial ou não (IDEC, 2011).

Para aderir ao acordo é necessário concordar com os critérios fixados quanto a forma de calcular o ressarcimento conforme variação de plano econômico. Também varia a forma do pagamento de acordo com o valor que o consumidor tem a receber e a data do pagamento conforme a data de nascimento do poupador, conforme demonstrado pelo Instituto Brasileiro de Direito do Consumidor (2011, <<https://idec.org.br>>):

[...] Para valores até R\$ 5 mil, o pagamento será integral e à vista; indenizações acima desse patamar terão descontos de 8% a 19% e poderão ser parceladas entre três e cinco vezes, a depender do montante. A adesão será escalonada em 11 lotes, separados de acordo com o ano de nascimento do poupador, a fim de que os mais idosos possam receber primeiro. Porém, aqueles que executaram ações em 2016, serão contemplados no último lote, independentemente da idade.

Tal pagamento deverá ser feito via depósito judicial diretamente na conta corrente do poupador, lembrando que os valores até R\$ 5.000,00 será pago à vista e sem desconto, estima-se que por volta de 60% dos envolvidos se enquadra nesse critério (POMEU, 2017).

Já quando o valor for entre R\$ 5.000,00 e R\$ 10.000,00, será feito uma parcela à vista e duas semestrais com o abatimento de 8%. Tratando-se de valores a partir de R\$ 10.000,00 será feito de uma parcela à vista e mais quatro semestrais. Quando o valor for de R\$10.000,00 até R\$ 20.000,00 o desconto é de 14% e o valor que passar de R\$ 20.000,00 terá o valor de 19% descontado.

Também serão pagou o equivalente a 10%, de cada caso concreto, para os advogados que estiveram envolvidos nos processos individuais. Porém, apenas 5% será destinado ao advogado envolvido nesses processos, os outros 5% será destinado, mediante cessão, à Frente Brasileira dos Poupadores, pois participaram ativamente das rodadas de negociação. Esses honorários serão arcados pelo banco responsável de cada caso (POMPEU, 2017).

Para que esses valores sejam pagos, foi criado um cronograma para que o poupador possa aderir ao acordo e receber, conforme tabela a seguir disponibilizada por Pompeu (2017):

CRONOGRAMA DE ADESÃO

A adesão será dividida em lotes de acordo com o ano de nascimento dos poupadores, exceto para aqueles que executaram suas ações em 2016, que serão contemplados no 11º lote. **LOTE**



Fonte: POMPEU, Ana. 2017.

Conforme Pompeu (2017), todas as adesões serão submetidas a procedimentos e auditorias em busca de evitar fraudes, afirmado pela Advocacia Geral da União.

Grace Mendonça, advogada-geral da união acredita que tal acordo representará um ânimo para o mercado: "Temos a confiança de que a homologação desse acordo representará ânimo renovado para o mercado, porque são alguns milhões que ingressam para reaquecer a economia"

O diretor do Banco Central, Isaac Sidney também tem pensamentos positivos quanto a celebração do acordo, afirmando até que os bancos poideriam aumentar as ofertas de crédito:

[...] reduz as incertezas que permeiam os balanços das instituições que compõe o sistema financeiro nacional. Além disso, a redução da litigiosidade dá maior previsibilidade aos negócios no ambiente financeiro nacional e evita perdas futuras por demandas (POMPEU, 2017, <<https://www.conjur.com.br>>).

Constante no acordo também a questão de instituições financeiras já adquiridas por outras. Sendo assim, fica responsável pelos pagamentos os bancos que adquiriram a instituição em regime global. Já, se tal compra foi em regime de liquidação ou por Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional, fica a instituição compradora responsável somente pela parte ativa, e quanto a parte passiva o Superior Tribunal de Justiça tem de dar uma resposta (POMPEU, 2017).

4.4 A análise dos casos estudados

O primeiro caso abordado envolve crianças e consumo, envolve um direito difuso. Nota-se que anteriormente foram tomadas diversas providências por institutos de defesa dos direitos das crianças e Ministério Público e em não sendo resolvido o caso por parte de todos os que seriam futuros réus houve a propositura da Ação Civil Pública por parte do Ministério Público Federal.

No entanto o processo foi julgado improcedente, e está em fase de recurso, aguardando julgamento. Porém todas as empresas apresentaram documentos de que não mais tem a atitude base da ação proposta pelo Ministério Público.

O segundo caso temos um importante tema também ligado a criança, porém com ênfase no risco a vida causado por bebidas alcoólicas, este também foi julgado improcedente, porém está em fase de recurso com arguição de que tal sentença foi prolatada sem embasamento jurídico e não enfrentando todos os argumentos.

E por último o caso mais famoso e mais antigo, o dos planos econômicos, processo que durou 28 anos. Foi proposto pelo Instituto Brasileiro de Direito do Consumidor, diferentemente dos outros, tal processo não trata de um direito difuso e sim de direitos transindividuais. Finaliza-se agora em 2018 com um acordo, no entanto não serão julgadas todas as ações, pois facultativo para cada autor de ações individuais aceitar ou não o acordo celebrado em Ação Civil Pública. Ainda, caso o banco tenha sido comprado por outra instituição financeira de forma passiva não fica o atual dono responsável pela restituição das diferenças dos planos econômicos.

Todos os casos são exemplos da importância da atuação ativa do Ministério Público e de entidades defensoras do Direito do Consumidor como o instituto Alana, o projeto criança e consumo e Instituto Brasileiro de Direito do Consumidor, pois por

mais que algumas das ações não tenham tido o resultado da procedência tiveram atitudes as quais alteraram problemas que atingem a sociedade como um todo.

5 CONCLUSÃO

Com o presente trabalho, pode-se perceber a grande importância das ações do Ministério Público, tendo em vista que ao falarmos de Direito do Consumidor, existem grandes empresas que trabalham com o consumo em massa e com publicidade abusiva e constante. Sendo assim o consumidor, está sempre em posição de vulnerabilidade e sem uma proteção especial não seria possível uma equiparação entre fornecedor e consumidor.

O Direito do Consumidor é um conjunto de normas de proteção às pessoas vulneráveis. Ao analisar ele, nota-se que se trata de um direito privado no sentido de tutelar sobre relações de natureza privada, mas, o caráter é de ordem pública e visa atender o interesse social. Ou seja, ele versa sobre matéria indisponível e inafastável, pois resguarda valores básicos e fundamentais do Estado Social, por isso a impossibilidade de o consumidor abrir mão.

O Código de Defesa do Consumidor define os princípios basilares, sem os quais, não seria possível a interpretação, compreensão e aplicação do mesmo, na sua forma mais completa; São eles: a) Princípio da vulnerabilidade do consumidor; b) princípio da exigência da proteção estatal; c) princípio do incentivo a qualidade; c) princípio dos meios alternativos para a solução de conflitos; d) princípio da boa-fé.

O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu quem é consumidor, no entanto, não diferenciou os tipos de consumidor, diferenciando pessoas físicas e jurídicas. Então, a doutrina fez esse papel trazendo tais conceitos, os quais são: que a pessoa humana (pessoa física), que adquire produtos, utiliza serviços como telefonia, jardinagem, fornecimento de água é considerada consumidora.

Já quando se trata de pessoas jurídicas têm de ser examinado não ser a aquisição do produto está fora da atividade principal e sim se, no caso concreto há a vulnerabilidade (fática, técnica, jurídica e informacional).

Ainda, ao tratar de ações coletivas, se enquadram no quadro de consumidor, toda a coletividade de pessoas, mesmo que seja indeterminável, que tenham intervindo nas relações de consumo.

Ao definir fornecedor o legislador foi extremamente específico determinando que e não deixando nenhuma possibilidade em aberto, e esse é o entendimento dos doutrinadores também, que frisam que só se trata de fornecedor quem exerce

atividade de econômica que introduz produto ou prestam serviços no mercado de consumo.

Com o crescimento tecnológico no mundo, derivado basicamente da Revolução industrial, ou seja, desenvolvimento industrial de cadeias produtivas e econômicas, houve um aumento significativo do consumo e não demorou muito para ser notado que uma escala de produção barateia custos. Porém como fazer para não ficar com produtos estocados e acabar tendo prejuízo? Torna-se necessário criar necessidades para vender toda a matéria produzida.

Essa nova política gera com que o consumidor não adquira o que quer e sim o que o mercado diz que ele precisa ter.

As ações coletivas é um gênero, o qual possui espécies. Esse tipo de ação envolve um grupo de pessoas, ou até mesmo a sociedade como um todo. Elas visam proteger um direito que do resultado da ação, a sentença, não atinja somente quem está figurando o polo ativo e sim, todos os indivíduos que foram atingidos de alguma maneira.

Qualquer ação tem requisitos que devem ser seguidos, são eles: legitimidade, interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido. No entanto, como falar no segundo deles? Tendo em vista que a pessoa atingida não será o Autor da ação e o Processo Civil Brasileiro não admite o exercício de um direito por terceiros?

É dado a alguns órgãos, como Ministério Público, União, Estados, Municípios e Distrito Federal, a legitimidade para atuarem no processo como Autores do pedido, tais entidades que estão descritas no artigo 82 do Código de Processo Civil e no artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública.

O Código de Defesa do Consumidor é um marco no avanço e inovação nas ações coletivas, tanto na legislação brasileira como mundial. Trouxe uma nova forma de vislumbrar o direito coletivo, mesmo que usando o processo civil individual.

Quando do ingresso, por exemplo, de uma Ação Civil Pública pelo Ministério Público Federal, caso haja indivíduos que possuam ações individuais sobre o mesmo conflito, ele possui a opção de, ou se unir ao processo coletivo e assim aproveitar todas as decisões nele tomada, ou manter o seu processo individualizado, assim, não aproveitara os resultados da Ação Civil Pública.

Porém, entende o Superior Tribunal de Justiça em se tratando de decisões, com efeito, *erga omnes* nos casos em que as ações sejam julgadas improcedentes, cabe nova ação individual, havendo novas provas.

Já, quando tratamos de efeito *ultra partes* nas ações coletivas, somente podemos pensar nas ações que versam sobre os interesses e direitos coletivos, não importando aí a procedência ou improcedência da ação, a menos que o motivo de insucesso do caso tenha se dado por insuficiência de provas, desta forma, surgindo novas provas, pode qualquer membro do grupo, categoria ou classe adentrar com nova ação com os mesmos fundamentos.

Ficou claro durante o presente trabalho de conclusão de curso a importância da Ação Coletiva no meio da sociedade de consumo. Ainda que em dois dos casos apresentados tenha sido julgado improcedente o pedido e no outro haja um acordo em pauta, ficou demonstrada a importância da atuação ativa do Ministério Público e dos demais órgãos, como Instituições de Defesa ao Consumidor, pois em todos os casos os processos não foram facilmente julgados e houveram medidas extrajudiciais para tratar de tais assuntos.

REFERÊNCIAS

- ALVARENGA, Darlan. Entenda os planos econômicos Bresser, Verão, Collor I e Collor II e as perdas na poupança. *Globo*, 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/entenda-os-planos-economicos-bresser-verao-collor-1-e-collor-2-e-as-perdas-na-poupanca.ghtml>>. Acesso em: 15 jun. 2018.
- ANDRIGHI, Fátima Nancy. O conceito de consumidor direito e a jurisprudência do STJ. *Revista de Direito Renovar*, Brasília, n. 29, p. 6, 2010.
- BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, C. L.; MIRAGEM, B. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BESSA, Leonardo Roscoe. *Relações de consumo e aplicação do código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.
- _____. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 de jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 22 out. 2017.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n. 586*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 19 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 10 nov. 2017.
- CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *A Questão Terminológica: “Ação Civil Pública” ou “Ação Coletiva”*. São Paulo. Disponível em: <http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/a_questao_terminologica_acao_civil_publica_cavalcanti.pdf>. Acesso em: 25 maio 2018.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2011.
- CRIANÇA CONSUMO. *Ação Civil Pública – Cervejarias (Outubro/2008)*. Disponível em: <<http://criancaconsumo.org.br/acoes/ambev-femsa-schincariol-acao-civil-publica-assistencia-litisconsorcial-2/>>. Acesso em: 26 maio 2017.
- _____. *Ação Civil Pública Proposta pelo Ministério Público Federal contra Bob`'s, Buguer king e McDonald`s*. Disponível em: <http://criancaconsumo.org.br/wpcontent/uploads/2008/05/09_acao_burguer.pdf>. Acesso em: 26 maio 2017.

_____. *Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal contra AMBEV, SCHINCARIOL E KAISER*. Disponível em: <<http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2009/05/1.-ACP-MPF-S%C3%A3o-Jos%C3%A9-dos-Campos-outubro-de-2008.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2017.

_____. *Bob's e Burger King – Trikids e Lanche BKids*. Disponível em: <<http://criancaeconsumo.org.br/acoes/bobs-burger-king-trikids-lanche-bkids/>>. Acesso em: 26 maio 2017.

_____. *Sentença do caso Ministério Público Federal contra Bob's, Burguer King e McDonald's*. Disponível em: <http://criancaeconsumo.org.br/wpcontent/uploads/2008/05/13_sentenca_burguer.pdf>. Acesso em: 26 maio 2017.
CRUZ, Guilherme Ferreira da. *Princípios constitucionais das relações de consumo e dano moral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FILOMENO, José Geraldo de Brito. *Manual de direitos do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2001.

FRISO, Gisele de Lourdes. *Código de defesa do consumidor comentado*. São Paulo: Primeira Impressão, 2007.

GAZETA DO POVO. *STJ decide a favor de poupadores que tiveram perda com planos econômicos*. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/stj-decide-a-favor-de-poupadores-que-tiveram-perda-com-planos-economicos-avh5u72ohytb9m7k1nr11loqx>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

HUMBERTO, Theodoro Júnior. *Direitos do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (IDEC). *Tudo sobre planos econômicos*. Disponível em: <<https://idec.org.br/em-acao/revista/cinema-virtual/materia/tudo-sobre-planos-economicos>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

_____. *Saiba o que são ações coletivas*. Disponível em: <<https://idec.org.br/consultas/dicas-e-direitos/saiba-o-que-sao-acoes-coletivas>>. Acesso em: 25 maio 2018.

LIMA, Maria Cristina de Brito. *Ações coletivas*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista19/revista19_169.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MONTEIRO, Marcelo Affonso. *Sociedade de Consumo e Massificação*. Recife: Ci & Tróp, 1994. Disponível em: <file:///C:/Users/m88242/Downloads/567-737-1-PB%20(1).pdf>. Acesso em: 22 abr. 2018.

POMPEU, Ana. Acordo de planos econômicos promete pagar honorários a advogados. *Conjur*, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-12/acordo-planos-economicos-promete-pagar-honorarios-advogados>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Proteção internacional do consumidor: necessidade de harmonização da legislação*. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/81418/protecao_internacional_consumidor_santana.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2018.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.