



COMARCA DE PORTO ALEGRE
16ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL
Rua Márcio Veras Vidor (antiga Rua Celeste Gobato), 10

Processo nº: 001/1.09.0350868-4 (CNJ:.3508681-71.2009.8.21.0001)
Natureza: Ação Coletiva
Autor: Ministério Público
Réu: Funerária João XXIII Ltda
Juiz Prolator: Juíza de Direito - Dra. Laura de Borba Maciel Fleck
Data: 03/05/2011

AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. DEVER DE INFORMAR E A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR. INTERESSE COLETIVO. PUBLICIDADE QUE NÃO ESPECIFICA A NATUREZA DOS SERVIÇOS PRESTADOS, VINCULANDO AO SERVIÇO FORNECIDO PELO CEMITÉRIO ECUMÊNICO JOÃO XXIII. PARCIAL PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. ABRANGÊNCIA ESTADUAL DA DECISÃO.

Vistos.

I – O MINISTÉRIO PÚBLICO, já qualificado nos autos, ajuizou ação coletiva em desfavor de **FUNERÁRIA JOÃO XXIII LTDA.**, igualmente qualificado na demanda. Em síntese, relatou que, a partir de reclamação da Associação Cristã de Moços do Rio Grande do Sul, foi instaurado o Inquérito Civil em apenso, a fim de apurar a prática comercial abusiva pela empresa ré, consistente na adoção de publicidade enganosa e utilização indevida do nome e imagem do Cemitério Ecumênico João XXIII em anúncios e ofertas de serviços funerários. Disse que a empresa ré estaria divulgando seus serviços sob a denominação de “Sistema Funerário João XXIII”, o que estaria causando confusão nos consumidores que supõem que a oferta parte



do cemitério administrado pela entidade, uma vez que é apresentado com destaque o nome “João XXIII” com o mesmo logotipo e imagem utilizado pela administradora do cemitério, sem qualquer outra informação indicando de que empresa se trata ou a natureza dos serviços prestados. Relatou que, instada a se manifestar no inquérito civil, a requerida sustentou que presta serviços funerários e não de sepultamento e que realiza suas atividades desde 2008, sem qualquer oposição, com a razão social Funerária João XXIII Ltda. Disse, ainda, que empresa ré argumentou que há a informação no material publicitário de que seus serviços podem ser prestados em qualquer cemitério e se negou a realizar compromisso de ajustamento. Requereu, em sede de antecipação de tutela, a determinação para que a ré se abstenha de veicular por qualquer modo ou meio, publicidade e anúncios similares aos de fls. 09/10 do Inquérito Civil e, como obrigação de fazer, que fossem incluídas em todas as peças e anúncios informações de modo a identificar a ré como Funerária João XXIII Ltda. No mérito, pugnou pela confirmação dos provimentos liminares e requereu a procedência dos pedidos, para condenar o réu a indenizar os interesses difusos lesados, e a publicar, em jornais de grande circulação, a decisão judicial (fls. 02/12). Juntou documentos (apenso).

A petição inicial foi recebida e restou postergada a análise do pedido de antecipação de tutela para momento posterior à contestação (fl. 13).

Citado, o réu apresentou contestação (fls. 14/31). Preliminarmente, arguiu falta de interesse de agir e ilegitimidade ativa. Tangente ao mérito, alegou que a Funerária João XXIII é empresa tradicional no ramo funerário de Porto Alegre, há mais de 20 anos, sendo que sempre divulgou seus serviços funerários como “João XXIII” nos guias telefônicos e outras mídias locais, sendo que nunca antes haviam se manifestado de forma contrária a esta prática, pois a ACM não deteria a titularidade da marca e os serviços funerários e os de sepultamento prestados pelo cemitério seriam diferentes. Sustentou que a consumidora alegadamente lesada, diferentemente do sustentado, compreendeu perfeitamente que a natureza do serviço prestado é de funerária. Alegou, ainda, que está indicado na publicidade o telefone direto com o empreendimento, além de estar expressamente escrito que o serviço é prestado “para qualquer cemitério ou Crematório Metropolitano”, sendo o encarte claro e preciso. Discorreu sobre a ausência de danos a serem reparados. Postulou pela improcedência da demanda.



Acostou documentos (fls. 32/36).

Sobreveio réplica às fls. 37/51.

Proferido despacho saneador, foram afastadas as preliminares de falta de interesse de agir, ilegitimidade ativa e deferida a tutela antecipada (fls. 52/56).

Contra tal decisão, a ré interpôs agravo de instrumento que foi convertido em agravo retido pelo Tribunal de Justiça.

Com a instrução do feito (audiência de fls. 108/119 e 131/133) e posterior apresentação de memoriais pelas partes (fls. 141/143 e 144/145), vieram os autos conclusos para sentença.

É O RELATO.

PASSO A DECIDIR.

II – O feito teve tramitação regular e encontra-se apto para julgamento, assegurando-se às partes o direito ao contraditório, permitindo-lhes, assim, a faculdade para a produção das provas que entendiam necessárias para o deslinde da lide.

Da análise do conjunto probatório trazido aos autos, verifica-se que os pedidos elaborados na peça vestibular merecem ser parcialmente acolhidas pelo juízo, senão vejamos:

a) A aplicação do Código de Defesa do Consumidor e a inversão do ônus da prova.

Nos termos do art. 6º, VIII, do CDC, a inversão do ônus da prova é possível, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando a parte for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência. *In casu*, tendo em vista os fatos e os fundamentos jurídicos dos pedidos, mostra-se pertinente a inversão do *onus probandi*, ainda mais diante da patente vulnerabilidade dos consumidores em tela e do fato de o demandante atuar como substituto processual.



b) O interesse coletivo.

A *summa divisio* das origens do Direito, com a rígida divisão entre público e privado, era compreensível numa era em que os únicos polos existentes eram o indivíduo e o estado. *Tertium non datur!* Ocorre que a evolução do Estado, da sociedade e, conseqüentemente, do Direito trouxe o fracionamento do poder estatal e o surgimento de novos focos de poder¹.

Como salienta Waldemar Mariz de Oliveira Jr.,

“a sociedade em que vivemos é totalmente diversa das sociedades de séculos passados, havendo nela interesses e direitos que não se enquadram com precisão entre os de natureza individual e os de natureza pública. A verdade é que há interesses e direitos que não pertencem nem ao indivíduo e nem ao Estado, mas cuja existência é inegável. Situam-se eles, na realidade, entre ambos, pertencendo a grupos, classes, categorias de indivíduos, enfim a grupos ou formações intermediárias, os quais, ante algumas liberdades fundamentais que são outorgadas pela própria Constituição, julgam-se com direito à tutela jurisdicional.

A *summa divisio* encontra-se irremediavelmente superada na realidade social de nossa época, a qual é infinitamente mais complexa, mais articulada e mais sofisticada do que a expressa pela simplista dicotomia tradicional. Novos direitos e novos deveres aparecem, os quais, sem ser públicos no sentido tradicional da palavra, são, todavia, coletivos. Pertencem eles, ao mesmo tempo, a todos e a ninguém. Com efeito, tendo-se em conta que pertencem a grupos, classes ou categorias de pessoas, deles ninguém é titular exclusivo, mas, ao mesmo tempo, todos os membros daqueles são seus titulares”.²

Os interesses coletivos são metaindividuais, ou superindividuais, por serem comuns a uma coletividade de pessoas determinada de acordo com o vínculo jurídico definido que a distingue. Para Rodolfo de Camargo Mancuso, são os seguintes os requisitos para o interesse ser considerado coletivo: a) um mínimo de organização, a fim de que os interesses ganhem a coesão e a identificação necessárias; b) a afetação desses interesses a grupos determinados (ou ao menos

¹SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses Difusos e Coletivos*, 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 4.

²Tutela jurisdicional dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984, pp. 2 e 6-7.



determináveis), que serão os seus portadores (*enti esponenziali*); c) um vínculo jurídico básico, comum a todos os participantes, conferindo-lhes situação jurídica diferenciada³.

O conceito legal, constante do art. 81, parágrafo único, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, dispõe serem os interesses ou direitos coletivos:

“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”.

Na lição de Kazuo Watanabe,

“essa relação jurídica-base é a preexistente à lesão ou ameaça de lesão do interesse ou direito do grupo, categoria ou classe de pessoas. Não a relação jurídica nascida da própria lesão ou da ameaça de lesão. Os interesses ou direitos dos contribuintes, por exemplo, do imposto de renda, constituem um bom exemplo. Entre o fisco e os contribuintes já existe uma relação jurídica-base, de modo que, à adoção de alguma medida ilegal ou abusiva, será perfeitamente factível a determinação das pessoas atingidas pela medida. Não se pode confundir essa relação jurídica-base preexistente com a relação jurídica originária de lesão ou ameaça de lesão”.⁴

Os interesses ou direitos coletivos, organizados ou não, se são de natureza indivisível, passam a apresentar unidade, independentemente da reunião de seus titulares numa entidade representativa, tornando possível sua tutela em uma única ação⁵.

O Superior Tribunal de Justiça fixou as características e as distinções em relação aos interesses coletivos, ao decidir uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público de São Paulo contra a cobrança indevida de taxa de iluminação pública:

³MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 55.

⁴WATANABE, Kazuo et al. *Código brasileiro do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 5ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 1997, p. 629.

⁵SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses Difusos e Coletivos*, 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 4.



“Os interesses individuais, *in casu* (suspensão do indevido pagamento de taxa de iluminação pública), embora pertinentes a pessoas naturais, se visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, transcendem a esfera de interesses puramente individuais e passam a constituir interesses da coletividade como um todo” (STJ, Resp. Nº 49.272-6, RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 21-9-94).

A tutela dos interesses já não pode estar baseada em sua titularidade, mas em sua relevância social. Nos interesses difusos, a relação de titularidade entre o interesse e uma pessoa determinada não existe. Não há possibilidade de apropriação por sujeito determinado, referindo-se o interesse difuso a uma série indeterminada de sujeitos. A indeterminação dos sujeitos deriva do fato de inexistir um vínculo jurídico a agregar os sujeitos afetados por esses interesses, que, ao contrário, são agregados, ocasionalmente, por situações de fato contingenciais, como o consumo, a vida em comunidade e até mesmo a própria existência apenas⁶.

O objeto do interesse difuso é um bem da vida de natureza difusa, de formação fluida no seio da comunidade, referindo-se a sua totalidade. Daí o caráter super ou metaindividual dos interesses difusos, portanto, seus titulares são indetermináveis, ainda que no caso concreto um de seus sujeitos ou determinada entidade possa exercitá-los, ou exigi-los judicialmente. Tal fato se dá em razão da legitimidade de agir, da faculdade processual ou instrumental para a proteção dos interesses, o que não altera a essência do interesse, que é difusa, por se referir a toda a coletividade indistintamente⁷.

c) O dever de informar e a vulnerabilidade do consumidor.

A Constituição Federal refere-se ao consumidor entre os **direitos e garantias fundamentais**, em seu art. 5º, XXXI; bem como, entre os **princípios gerais da atividade econômica**, em seu art. 170, V. Igualmente, nas Disposições Constitucionais Transitórias, em seu art. 48.

Como bem pondera Lafayette Josué Petter,

⁶Idem, p. 15.

⁷Ibidem, p. 15.



“a política de proteção do consumidor há de levar em conta a harmonização dos interesses dos participantes e a 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 econômica⁸”.

Assim, sempre que se faz referência ao consumidor, a Constituição Federal determina a sua defesa, ou seja, reconhece necessidade de sua proteção especial, porque reconhece a sua **vulnerabilidade** dentro da relação de consumo⁹.

No que concerne à **informação** sobre produtos e serviços explica José Geraldo Brito Filomeno:

“Em verdade aqui se trata de um detalhamento do inciso III do art. 6º ora comentado, pois que se fala expressamente de especificações corretas de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem, obrigação específica dos fornecedores de produtos e serviços. Trata-se, repita-se, do dever de informar bem o público consumidor sobre todas as características importantes de produtos e serviços, para que aquele possa adquirir produtos, ou contratar serviços, sabendo exatamente o que poderá esperar deles”.¹⁰

Este direito básico decorre do princípio da transparência que deve nortear todas as relações de consumo, como a presente, e cujo conteúdo é bem explicitado pela professora Cláudia Lima Marques, dizendo que:

“A ideia central é possibilitar uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor. Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual,

⁸ PETER, Lafayette Josué. Princípios constitucionais da ordem econômica – O significado e o alcance do art. 170 da Constituição. 1. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005, p. 239.

⁹ BENJAMIN, Antonio Herman, MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. Manual do Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 57.

¹⁰ In: BENJAMIN, Antonio Herman, MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. Manual do Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 57.



isto é, na fase negocial dos contratos de consumo”.¹¹

De modo que esta nova transparência rege o momento pré-contratual, a eventual conclusão do contrato, o próprio contrato e o momento pós-contratual. É mais do que um simples elemento formal, afeta a essência do negócio, pois a informação repassada ou requerida integra o conteúdo do contrato.

Por sua vez, o art. 31 do Código de Defesa do Consumidor, ao regular o dever de informar o consumidor, dispõe que: “*a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores*”.

O Código Civil possui, hoje, preceito expresso no sentido de que as relações jurídicas devam ser realizadas com base na **boa-fé** (art. 422 do CC), a exemplo do que ocorre no Direito alemão (§ 242 do BGB – *Leistung anch Treu und Blauben* - “Prestação segundo a boa-fé”). Essa boa-fé *objetiva* decorre também dos princípios gerais do Direito, e a exigência de as partes terem de comportar-se segundo a boa-fé tem sido assim proclamada, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência¹².

O comportamento das partes de acordo com a boa-fé tem como consequência a possibilidade de revisão do contrato celebrado entre elas, pela incidência da *clausula rebus sic stantibus*, a possibilidade de arguir-se a *exceptio doli*, a proteção contra as cláusulas abusivas enunciadas no art. 51 do CDC, entre outras aplicações da cláusula geral¹³.

No sistema brasileiro das relações de consumo, houve opção explícita do legislador pelo primado da boa-fé. Com a menção expressa do art. 4º, inciso III, do CDC à “boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”, como princípio básico das relações de consumo – além da proibição

¹¹ In: Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais. 4ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2002. p. 594-595.

¹² NERY Jr, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comendado pelos autores do anteprojeto*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 515.

¹³ Idem.



das cláusulas que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (art. 51, IV, do referido diploma legal) –, o microssistema do *Direito das Relações de Consumo* está informado pelo princípio geral da boa-fé, que deve reger toda e qualquer espécie de relação de consumo, seja pela forma de ato de consumo, de negócio jurídico de consumo, de contrato de consumo etc¹⁴.

A boa-fé na conclusão do contrato de consumo é requisito que se exige do fornecedor e do consumidor (art. 4º, III, do CDC), para que haja **transparência e harmonia nas relações de consumo** (art. 4º, *caput*, do referido diploma legal), buscando o equilíbrio entre os contratantes.

Em se tratando de relação contratual entre a ré e seus clientes, consumidores, essa atuação, quando apurada, viola todas as garantias previstas no Código de Defesa do Consumidor, em especial a regra prevista no artigo 37 do CDC. Em verdade, a publicidade nos termos veiculados gera dúvida e confusão, devido ao fato de que o Cemitério e a Funerária possuem nomes similares e se utilizam da mesma marca.

d) Da prática comercial abusiva pela adoção de publicidade enganosa e utilização indevida de nome e imagem.

Afirma o autor que a empresa ré realiza propaganda enganosa através da utilização indevida do nome e imagem do Cemitério Ecumênico João XXIII, o que estaria causando confusão aos consumidores quanto à identidade da empresa.

A análise efetuada pelo autor é de que a propaganda apresenta com destaque o nome “João XXIII”, com o mesmo logotipo e imagem utilizado pela Associação Cristã de Moços em seu cemitério, sem qualquer menção à natureza dos serviços prestados pela empresa.

De fato, da análise das imagens colacionadas à fl. 03 dos autos, verifico que ambos estabelecimentos se apresentam com símbolos idênticos, dando destaque ao nome “João XXIII”, sendo que a ré se identifica como “Sistema Funerário” e o cemitério como “Cemitério Ecumênico”. Por sua vez, o documento de fl. 08 do Inquérito Civil em apenso demonstra que o consumidor tende a

¹⁴Ibidem.



confundir uma empresa por outra, assim como a prova testemunhal colhida nos autos que passo a analisar.

A testemunha Jeferson Ferreira da Silva, que trabalha no setor administrativo do Cemitério Ecumênico João XXIII, mais precisamente no atendimento ao público, relata que os funcionários do cemitério possuem a orientação de não indicar agências funerárias. Contudo, diz que as pessoas acabam por vincular o serviço prestado pela ré com o do cemitério. Vejamos.

J: O sr. trabalha no setor administrativo, o sr. tem contato com as pessoas que fazem contrato, lá, velório, sepultamento, lá no João XXIII? **T:** Sim, eu trabalho no atendimento ao público, então, a minha função é a parte administrativa e atender as pessoas que procuram ali, a secretaria, para fazer contratos de locações temporárias, utilização de jazigos perpétuos.

J: Essas pessoas que procuram ali, alguma vez, pediram indicação de agência funerária, para o sr., por exemplo? **T:** Geralmente as pessoas pedem, mas nós temos orientação de não indicar, até para evitar constrangimentos de favorecimentos, que acho que não é legal.

J: E alguma pessoa já disse para o sr., dessas que comparecem lá, para sepultamentos, o que o sr. acha, essa funerária é do cemitério ou coisa assim? **T:** O que acontece é o seguinte, eu já atendi alguns casos, que a pessoa procura o cemitério, para fazer o sepultamento de algum ente querido e acaba ligando à funerária ao cemitério.

J: Como é que o sr. sabe disso? **T:** Porque eles nos falam, ah! Eu quero reservar uma capela, muitas famílias, ao invés de procurar uma funerária, antes de ir no cemitério, acabam indo lá direto, porque são proprietárias, cessionárias de jazigos, então, elas já vão direto no cemitério, para se informar, porque já teve um sepultamento anterior, para saber como é que faz, aí já querem reservar a capela, sem antes mesmo de ter falado com a funerária, e eles falam, ah! Vocês tem a funerária também, é a João XXIII, daí a gente indica que não, a Funerária João XXIII não tem nenhuma ligação conosco, o nosso ramo é só o cemitério, ramo funerário, nós não operamos, mas as pessoas confundem em função de que é Funerária João XXIII ou Sistema Funerário João XXIII, com o Cemitério João XXIII, mas...



J: E é frequente esse tipo de coisa? **T:** Acontece com frequência, inclusive o Sistema Funerário, ele emite uns cartõezinhos, que são enviados para esses clientes, já apareceram lá, uns quantos, com esses cartõezinhos, já, ah! Eu recebi esse cartãozinho aqui, vocês mandaram para nós e aí, a gente indica, não, nós não mandamos cartõezinhos, porque o Sistema Funerário não tem nada a ver conosco aqui, é outra empresa, pertence a um outro grupo.

A testemunha, ainda, informa que a empresa Cortel S/A – detentora da marca JOÃO XXIII – é a antiga gestora do Cemitério Ecumênico João XXIII, razão pela qual detém informações do banco de dados do cemitério e recebe mensalmente relatórios de locações temporárias de jazigos, enviando correspondência do serviço prestado pela ré aos clientes do cemitério.

MP: E diante da indagação desses consumidores, os mesmos se mostram surpresos, assim, eles ficam... **T:** É, algumas pessoas ficam até indignadas assim, alguns casos, tipo assim, *ah! Mas como é que vocês me mandam isso?* Aí, a gente diz que não tem nada a ver conosco, *tá, mas como é que essa funerária me localizou? Como é que eles chegaram até mim?* Aí, a gente sempre comenta porque como a Cortel, que é a proprietária do Sistema Funerário João XXIII, é a antiga gestora do Cemitério João XXIII, já não mais há vinte anos, mas de qualquer forma, eles detém informações de banco de dados do cemitério, inclusive, se não estou enganado, não estou enganado, na verdade eu tenho certeza, todo o mês, esses dados são repassados ao grupo Cortel, questão de locações temporárias, cessionários, tudo o que foi movimentado durante o mês, é informado ao grupo Cortel, através de relatórios.

J: Por quê? **T:** Não sei lhe dizer, acho que é imposição, em função de pendências jurídicas, talvez, não sei, tem várias outras coisas que estão se discutindo.

MP: A média de pessoas que ligam, é um número razoável, por semana, assim, chega a pessoalmente, também, telefone, e-mail? **T:** Por telefone até, eu tive poucos casos, mais é pessoalmente, que as pessoas vão de



posse do cartão, tem pessoas que quebram o cartão na hora, inclusive, eu não pedi isso aqui, eu não quero, quebra.

J: Isso aí aconteceu quantas vezes, digamos assim, no último ano, vamos quantificar assim? **T:** Comigo, por exemplo, umas quatro ou cinco vezes, assim, que eu presenciei.

J: E o sr. sabe se outros atendentes também tem? **T:** sim, com certeza.

J: O mesmo volume, assim? **T:** É, com certeza.

Por sua vez, a testemunha Cássio Alexsander Oliveira, que também é funcionário do cemitério, relata que as pessoas confundem a função do cemitério com o serviço prestado pela empresa ré:

J: Vocês fazem indicação de funerárias, também? **T:** Não podemos fazer indicação de funerárias.

J: E se a família chega lá e não tem funerária, isso é comum, de acontecer? **T:** É bem comum, inclusive a família diz, ah! Me dá uma força, me ajuda aí, a gente está meio perdido, eu indico assim, vocês tem acesso à internet? Faz uma pesquisa no Google ou então dá uma olhadinha no guia, ali e dá uma ligada para três ou quatro, nunca fecha com a primeira, que às vezes, os valores são meio diferentes, assim, mas nunca indicamos.

J: E as pessoas, alguma vez, já chegaram para falar com o sr. sobre, sim, mas vocês não tem uma funerária própria, coisa assim? **T:** É, em função aí, dessa situação da funerária João XXIII, que tem o mesmo nome, o mesmo logotipo, porém empresa distinta, algumas pessoas assim, fazem essa... não sabem separar, digamos, chega a ser mensalmente, digamos, às vezes aparecem lá, com o cartãozinho da funerária, dizendo, ah! Nós temos um plano, etc. e tal, cobre total, aí, a gente explica, olha, isso aqui é a Funerária João XXIII, tem o mesmo nome e tudo o mais, mas são empresas distintas, não tem nada a ver conosco.



J: Eles acham que esse plano que eles tem com a funerária, inclui as despesas de cemitério? **T:** Algumas vezes, algumas pessoas chegam lá, ah! Tem um desconto ou então, ah! É um plano total, não pago nada, etc.

J: Isso não ocorre, não há cobertura? **T:** De forma alguma, como eu disse anteriormente, são empresas distintas.

De fato, a ideia de sistema funerário, numa visão leiga, leva a crer que trata de toda prestação de serviço, abrangendo todas as necessidades de um sepultamento. A menção na publicidade veiculada pela ré, de que o atendimento pode se dar em qualquer cemitério ou crematório da Região Metropolitana, não exclui prontamente a vinculação ao Cemitério João XXIII, sendo muitas vezes necessário um esclarecimento ao cliente, seja através do 0800 fornecido pela ré ou no próprio cemitério.

Já a testemunha Rodrigo Alex Groessel da Mata, sócio da empresa que desenvolveu o cartão objeto da lide, confirma que o “sistema” oferecido pela ré não inclui o sepultamento, que é tratado diretamente com o cemitério.

J: Qual é o final do processo, imaginado pela empresa? **T:** O final do processo é o enterro.

J: Fazer o enterro, o jazigo... **T:** Preparar o corpo, é...

J: Não, é isso que eu quero que o sr. responda, eu sei, mas eu quero que o sr. diga o que o sr. sabe? **T:** É, desde a preparação do corpo, documentação, depois...

J: Isso inclui o jazigo? **T:** É apresentada à pessoa, opções e ela escolhe, se ela não tiver um espaço familiar, ela vai escolher dentro de todo o cemitério, o cemitério que ela preferir.

J: Sim, mas a ideia do sistema, inclui, eventualmente, fornecer, além do serviço funerário, também, essa parte de cemitério ou de cremar... **T:** Sim, sim, é encaminhado, a pessoa é encaminhada, sim.



PR: O trabalho da funerária envolve, para esclarecer, no entendimento dele, sepultamento também ou é só a preparação do corpo? **T:** Não, só a preparação.

J: Mas a idéia do sistema, essa que o sr. falou? **T:** Não, o sistema tem a ver com o atendimento à pessoa.

Ainda, pela oitiva da testemunha Lorena Maturela Dias, verifico que a relação existente com a empresa Cortel S/A, entre a empresa ré e o cemitério, vai muito além do pedido formulado nos autos.

J: Com a palavra o Procurador do Réu:

PR: Dra., há quanto tempo a empresa utiliza a marca João XXIII? **T:** A empresa Cortel? Desde setenta e um, com a construção do Cemitério João XXIII, que é um dos empreendimentos de propriedade da empresa Cortel.

PR: A Cortel é uma das sócias do Cemitério João XXIII? **T:** Sim.

PR: Essa marca João XXIII, que a Cortel é a detentora do registro, se ela sabe precisar para que segmento? **T:** Para cemitério, o registro, ele contempla cemitério, serviços funerários e crematórios.

PR: Em que consiste o trabalho funerário, em si, se ela sabe precisar para nós? **T:** O serviço funerário? É a prestação, preparação de corpo, enfim, toda a preparação, para o encaminhamento do corpo, para um cemitério ou para um crematório.

PR: A venda de jazigos, é competência da funerária? **T:** Não, ela conduz a família, conforme a solicitação da família, ou para um cemitério ou um crematório, de acordo com os interesses da família.

PR: A partir então, da conclusão do trabalho da funerária, a família tem a opção de levar para o cemitério ou crematório que desejar? **T:** Sim.



Todavia, o interesse de agir do autor está embasado na ausência de colaboração da demandada em alterar sua publicidade, que é comprovadamente capaz de confundir os consumidores, eis que a marca e logotipo de ambas empresas são idênticos. Não cabe, ao menos nesta demanda, proibir a utilização do nome ou logotipo, pois o pedido inicial se limita a que o réu se abstenha de colocar elementos na sua publicidade que acabem por vincular o serviço do cemitério com o prestado pela funerária.

Assim, uma vez que não há pedido de proibição na utilização do nome ou do logotipo, até porque, em princípio, ambas empresas possuem autorização para tanto (fls. 33 e 34), entendo que a publicidade veiculada pela ré deve se limitar ao termo “Funerária João XXIII” ao invés de “Sistema Funerário”, a fim de minimizar a confusão inevitável, confirmando a antecipação de tutela deferida às fls. 52/56, ou outro termo que não cause a confusão relatada.

e) Inexistência de dano moral coletivo.

O reconhecimento do direito de indenização em decorrência de **danos morais coletivos** é questão nova e não há ainda uma orientação doutrinária e jurisprudencial consolidada acerca da matéria.

Como bem pondera Leonardo Roscoe Bessa,

“a correta compreensão do dano moral coletivo não se deve vincular, como já se destacou, a todos os elementos e racionalidade próprios da responsabilidade civil nas relações privadas individuais. Na verdade, o objetivo de se prever, ao lado da possibilidade de indenização pelos danos materiais, a condenação por dano moral coletivo só encontra justificativa pela relevância social e interesse público inexoravelmente associados à proteção e tutela dos direitos metaindividuais. [...] Especificamente em relação à positivação do denominado dano moral coletivo, a função é, mediante a imposição de novas e graves sanções jurídicas para determinadas condutas, atender ao princípio da prevenção e precaução, de modo a conferir real e efetiva tutela ao meio ambiente, patrimônio cultural, ordem urbanística, relações de consumo e a outros bens que extrapolam o interesse individual. É evidente, portanto, neste aspecto, a aproximação com a finalidade do direito penal, pois 'a característica do ordenamento jurídico penal que primeiro salta aos olhos é



a sua finalidade preventiva: antes de punir, ou como o punir, evitar o crime' (Francisco de Assis Toledo. Princípios básicos de direito penal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 3)".¹⁵

A dificuldade maior é o reconhecimento da configuração do dano moral coletivo nos interesses difusos, nos quais não há sujeitos determinados ou determináveis, em face dos quais se possa avaliar a ocorrência efetiva do dano extrapatrimonial¹⁶.

Além dessa dificuldade, consoante bem destacou o Desembargador Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, não se pode esquecer que a classificação doutrinária em direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos não pode ser determinante para o afastamento, a priori, de eventual direito indenizatório, tendo em vista que um dano ambiental, p. ex., pode causar ao mesmo tempo um dano em relação a toda coletividade (interesse difuso) e um dano determinado em relação a uma pessoa determinada pertencente a essa coletividade (individual homogêneo)¹⁷.

Nesse sentido, CARLOS ABERTO BITTAR FILHO, Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro,

“Vem a teoria da responsabilidade civil dando passos decisivos rumo a uma coerente e indispensável coletivização. Substituindo, em seu centro, o conceito de ato ilícito pelo de dano injusto, tem ampliado seu raio de incidência, conquistando novos e importantes campos, dentro de um contexto de renovação global por que passa toda a ciência do Direito, cansada de vetustas concepções e teorias.

É nesse processo de ampliação de seus horizontes que a responsabilidade civil encampa o dano moral coletivo, aumentando as perspectivas de criação e consolidação da uma ordem jurídica mais justa e eficaz.

Conceituado como a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, o dano moral coletivo é produto de ação que toma de assalto a própria cultura, em sua faceta imaterial. Diante, pois, da evidente

¹⁵BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. Revista de Direito do Consumidor. n. 59. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set de 2006, p. 91.

¹⁶Apelação Cível Nº 70018714857, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Julgado em 12/07/2007.

¹⁷Idem.



gravidade que o dano moral coletivo encerra, exsurge a necessidade de sua efetiva coibição, para a qual está o ordenamento jurídico brasileiro relativamente bem equipado, contando com os valiosíssimos préstimos da ação civil pública e da ação popular, instrumentos afinados da orquestra regida pela avançada Carta Magna de 1988.

Seja protegendo as esferas psíquicas e moral da personalidade, seja defendendo a moralidade pública, a teoria do dano moral, em ambas as dimensões (individual e coletiva), tem prestado e prestará sempre inestimáveis serviços ao que há de mais sagrado no mundo: o próprio homem, fonte de todos os valores”.¹⁸

A reparabilidade dos danos coletivos não deve atrelar-se à espécie de direito transindividual em questão, porquanto a sua conceituação não tem o condão de limitar eventual direito individual da parte lesada.

De todo modo, o juízo de reparabilidade deve levar em consideração o conteúdo do objeto do direito coletivo como elemento indissociável da tutela dos interesses e direitos coletivos. O conteúdo dos direitos coletivos, segundo a doutrina especializada vem defendendo, também ostenta uma dimensão extrapatrimonial, tal como ocorre nos direitos individuais¹⁹.

Em relação à questão dos danos morais coletivos, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou nesse sentido, em análise de precedente originário deste Estado, consoante ementa abaixo destacada:

PROCESSUAL CIVIL RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. REGULAR ANÁLISE E JULGAMENTO DO LITÍGIO PELO TRIBUNAL RECORRIDO. RECONHECIMENTO DE DANO MORAL REGULARMENTE FUNDAMENTADO.

1. Trata-se de recurso especial que tem origem em agravo de instrumento interposto em sede de ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul em desfavor de AGIP do Brasil S/A, sob o argumento de poluição sonora causada pela veiculação pública de jingle que anuncia produtos por ela comercializados. O acórdão impugnado pelo

¹⁸ Artigo publicado na Revista de Direito do Consumidor 12, 1997, São Paulo:RT, p. 60

¹⁹ Apelação Cível Nº 70018714857, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Julgado em 12/07/2007.



recurso especial declarou a perda de objeto da ação no que se refere à obrigação de fazer, isto porque lei superveniente à instalação do litígio regulou e solucionou a prática que se procurava coibir. O aresto pronunciado pelo Tribunal a quo, de outro vértice, reconheceu caracterizado o dano moral causado pela empresa agravante - em razão da poluição sonora ensejadora de dano ambiental - e a decorrente obrigação de reparação dos prejuízos causados à população. Daí, então, a interposição do recurso especial que ora se aprecia, no qual se alega, em resumo, ter havido violação do artigo 535 do Código de Processo Civil.

2. Todavia, constata-se que o acórdão recorrido considerou todos os aspectos de relevância para o julgamento do litígio, manifestando-se de forma precisa e objetiva sobre as questões essenciais à solução da causa. Realmente, informam os autos que, a partir dos elementos probatórios trazidos a exame, inclusive laudos periciais, a Corte a quo entendeu estar sobejamente caracterizada a ação danosa ao meio ambiente perpetrada pela recorrente, sob a forma de poluição sonora, na medida em que os decibéis utilizados na atividade publicitária foram, comprovadamente, excessivos. Por essa razão, como antes registrado, foi estabelecida a obrigação de a empresa postulante reparar o prejuízo provocado à população.

3. A regular prestação da jurisdição, pelo julgador, não exige que todo e qualquer tema indicado pelas partes seja particularizadamente analisado, sendo suficiente a consideração das questões de relevo e essencialidade para o desate da controvérsia. Na espécie, atendeu-se com exatidão a esse desiderato.

4. Recurso especial conhecido e não-provido.

(REsp 791653/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06.02.2007, DJ 15.02.2007 p. 218)

Para finalizar a conceituação do tema e seu cabimento ao caso em testilha, reproduzo excertos da lavra do Desembargador Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, integrante da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relator da apelação cível nº 70018714857, julgada em 12/07/2007:

“Entendo, portanto, inexorável também o reconhecimento da dimensão extrapatrimonial dos interesses e direitos coletivos, que merecem tratamento diferenciado, especialmente por se dirigirem à



proteção de valores que transcendem ao indivíduo.

Reconhecida a reparabilidade do dano extrapatrimonial coletivo decorrente de ofensa a direito transindividual, há que se proceder à análise da questão da prova desse dano.

Os direitos transindividuais devem observar a mais ampla garantia de proteção na defesa dos direitos ou interesses coletivos (rt. 83 do CDC)”.

Nesse contexto, utilizando das observações traçadas por André Carvalho Ramos²⁰, destaco que a dor psíquica que alicerçaria o dano moral individual acaba cedendo lugar (sem excluí-lo), no caso do dano moral coletivo, a um sentimento de despreço e de perda de valores essenciais que afetam negativamente toda uma massa de consumidores. Tal intranquilidade e sentimento de despreço gerado pelos danos coletivos, justamente por serem indivisíveis, acarreta lesão moral que também deve ser reparada coletivamente.

Segundo farta doutrina, o dano moral individual é constatado a partir da prova do fato em si (lesão ao bem), não sendo necessária a prova da “dor psíquica” sofrida pela parte. É o chamado dano “*in re ipsa*”. Em outras palavras, “a coisa fala por si” (“*re ipsa loquitur*”). Na esteira da ampla garantia de proteção na defesa dos direitos ou interesses coletivos (CDC, art. 83), entendo que também deve ser aplicada essa mesma orientação na constatação dos danos morais coletivos²¹.

Nesse sentido, LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO:

“Em consequência, é perfeitamente possível que o ordenamento jurídico, protegendo um interesse público deduzível de seus princípios, imponha, à sua violação, uma sanção de natureza não-penal. Em outros termos, o ordenamento jurídico pode tutelar diretamente o interesse público com outras formas de sanções, como a sanção peculiar do direito privado: o ressarcimento ou a reintegração específica. E não há necessidade de

²⁰ In: Ação civil pública e o dano moral coletivo. Revista de Direito do consumidor, São Paulo, v. 25, p. 80-98, jan-mar. 1998.

²¹Apelação Cível Nº 70018714857, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Julgado em 12/07/2007.



existir norma específica determinando a reparação, mas basta que o interesse esteja protegido pelo sistema normativo, que compreende não só a norma mas também os princípios gerais”.²²

Destaco, também, XISTO TIAGO DE MEDEIROS NETO,

“No dano moral coletivo, da mesma forma que o dano moral de natureza individual, a responsabilidade do ofensor, em regra, independe da configuração da culpa, decorrendo, pois, do próprio fato da violação, ou seja: revela-se com o *dammum in re ipsa*. É isso expressão do desenvolvimento da teoria da responsabilidade objetiva, em compasso com a evolução da vida de relações, verificada na sociedade atual”.²³

No caso em exame, a responsabilidade civil, por se tratar de empresa prestadora de serviços, deve ser analisada sob o viés objetivo, ou seja, para a configuração do dever de indenizar, basta a presença do dano e do nexo de causalidade, sem que haja a ocorrência, por exemplo, de alguma excludente.

Todavia, apesar de demonstrada a potencial confusão dos consumidores, pela semelhança dos anúncios e pela prova testemunhal colhida nos autos, não há comprovação de que o material publicitário tenha causado prejuízos em uma esfera coletiva considerável.

Conforme comprovado em sede de contestação, as marcas nominativas “João XXIII” (fl. 33) e “Cemitério Ecumênico João XXIII” (fl. 34) foram registradas pela empresa Cortel S/A, antiga administradora do cemitério, que cedeu gratuitamente o uso da marca à ré (fl. 36). A divergência entre as partes é objeto de processo administrativo que tramita junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (fl. 35) e não cabe ser discutido nestes autos.

Assim, a simples confusão dos consumidores não tem o condão de, isoladamente, justificar a reparação por danos morais.

²² Responsabilidade por dano não-patrimonial a interesse difuso (dano moral coletivo), Revista da EMERJ, v. 3, 2000, p. 29

²³ Dano moral coletivo: fundamentos e características, Revista do Ministério Público do Trabalho, 2002, p. 96.



Ademais, não restou comprovado nos autos que a ré utilizou-se da publicidade para tirar proveito econômico, enganar consumidores ou que houve falhas na prestação dos serviços. A prova colhida nos autos demonstra que, com o termo “Sistema”, a requerida pretendia apresentar um diferencial no serviço prestado, mas nada leva a crer que houve má-fé por parte da funerária ou a tentativa de ludibriar a coletividade.

Cumpre registrar que segundo entendimento reiteradamente manifestado, o mero transtorno, incômodo ou aborrecimento não se revelam suficientes à configuração do dano moral. Tenho que o direito deve reservar-se à tutela de fatos graves, que atinjam bens jurídicos relevantes, sob pena de se levar à banalização do instituto com a constante reparação de diminutos desentendimentos do cotidiano²⁴.

A propósito do tema, preleciona Sergio Cavalieri Filho:

“[...] só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo [...]”²⁵. (grifei)

Outro não é o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. O mero transtorno ou aborrecimento e o simples inadimplemento contratual, mora ou prejuízo econômico não se revelam suficientes à configuração do dano moral. Hipótese em que, além de não restar

²⁴Apelação Cível Nº 70025631573, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 30/07/2009.

²⁵ in Programa de Responsabilidade Civil, 5ª edição, p. 98.



comprovado a falha na prestação do serviço por parte da empresa de telefonia ré, os danos alegados na exordial, decorrentes de descumprimento contratual, não passam de meros dissabores. DANO MATERIAL. NÃO COMPROVAÇÃO. Verificado nos autos que a autora não logrou êxito em demonstrar o efetivo prejuízo patrimonial sofrido em virtude dos fatos narrados na inicial, não se desincumbindo do ônus que lhe competia, não há falar em indenização por danos materiais. Inteligência do art. 333, I do CPC. **AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO.** Constatada a validade do contrato havido entre as partes, bem como incomprovado nos autos a resistência ou a negativa do recebimento pela ré dos valores que o autor entendia devidos, mostra-se descabida a pretensão consignatória. Sentença de improcedência mantida. **APELAÇÃO IMPROVIDA.** (Apelação Cível Nº 70025631573, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 30/07/2009) (*grifei*)

RESPONSABILIDADE CIVIL. COBRANÇA. CDC. DANO MORAL. INEXISTÊNCIA. **Segundo a doutrina, “não será toda e qualquer situação de sofrimento, tristeza, transtorno ou aborrecimento que ensejará a reparação, mas apenas aquelas situações graves o suficiente para afetar a dignidade humana em seus diversos substratos materiais, já identificados, quais sejam, a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade familiar ou social, no plano extrapatrimonial em sentido estrito”.** Caso em que a credora realizou um único telefonema ao local de trabalho do devedor. Inexistência de proibição quanto à forma de cobrança ou situação de excesso na diligência de obtenção do crédito reconhecido. Inteligência do art. 42 do CDC. Sentença reformada. Recurso provido. Unânime. (Apelação Cível Nº 70016432874, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 14/09/2006) (*grifei*)

APELAÇÃO CIVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. MAJORAÇÃO DE TARIFA. TELEFONIA MÓVEL. ADESÃO AO PLANO ‘CLARO EM DOBRO’. ALTERAÇÃO UNILATERAL DE CONTRATO. REPETIÇÃO EM DOBRO. POSSIBILIDADE. DANO MORAL. INOCORRENCIA. [...] De outro lado, o mero descumprimento contratual não é causa suficiente para concessão de indenização por prejuízo moral,



e os transtornos descritos na inicial não são suficientes a caracterizar dano passível da reparação pretendida. Apelo provido neste ponto. Deram parcial provimento ao apelo. Unânime. (Apelação Cível Nº 70017389222, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mario Rocha Lopes Filho, Julgado em 09/08/2007).

Assim, embora inexista dúvida acerca da confusão gerada em alguns consumidores, não há elementos probatórios suficientes para levar à conclusão de que o sentimento geral da coletividade restou atingido pela publicidade, de um modo capaz de violar a intimidade de cada consumidor individualmente considerado.

f) Abrangência desta decisão.

Deve ser definida questão, no que diz aos beneficiários da presente decisão judicial, em face da aparente limitação imposta pelo art. 16, da Lei 7.347/85, assim redigido:

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.”

O dispositivo foi introduzido por Medida Provisória, que se transformou na Lei 9494/97, e, em que pese ser norma posterior ao CDC, deverá sofrer interpretação atendendo os princípios que norteiam o processo civil, designadamente na lógica das ações coletivas, no que diz ao alcance que se pretende dar a elas e a sua viabilidade no Brasil.

O CDC, em seu art. 103, confere às demandas coletivas efeitos *erga omnes* e *ultra partes*, especificando tais efeitos nos incisos I, II e III do citado artigo. Notadamente, o dispositivo referendou a teoria da coisa julgada *secundum eventum litis*. O sistema adotado estabelece uma relação entre os limites subjetivos da coisa julgada e as eficácias *ultra partes* e *erga omnes*. É uma decorrência natural da indivisibilidade dos interesses pautados pelas demandas coletivas, quer



pela perspectiva dos direitos, quer pela extensão dos danos a serem evitados ou reparados.

Por serem direitos indivisíveis com abrangência geral, o efetivo acesso à justiça, na sua equivalência substancial, ocorre com a universalização dos efeitos da sentença, aqui traduzida com a extensão de seus efeitos à integralidade das pessoas que tiveram seus interesses atingidos, isso porque, o caráter homogêneo do direito individual deve ser o critério determinante da amplitude da jurisdição e não a competência territorial do órgão julgador. Conclusão imperiosa em face da já citada indivisibilidade dos interesses postos *sub judice*.

A aplicação do art. 16, da Lei 7.347/85, limitando a competência territorial, deve ser interpretada como uma regulação de competência funcional ligada à organização judiciária do Estado, servindo apenas para definir a competência para processar e julgar o feito, não devendo a regra, que é de cunho meramente organizacional, acarretar severo prejuízo aos fins maiores da demanda coletiva, que é evitar a explosão de ações individuais e repetição de ações coletivas. Neste sentido, utilizo a percuciência de Nelson Nery Jr., ao analisar os limites subjetivos da coisa julgada em demandas coletivas:

“Trata-se de instituto criado para que a solução de pretensões difusas, coletivas e individuais homogêneas sejam tomadas em ação única. Do contrário, o instituto não teria serventia prática. (...)”

Não é relevante indagar-se qual a justiça que proferiu a sentença, se federal ou estadual, para que dê o efeito extensivo da coisa julgada. A questão não é nem de jurisdição nem de competência, mas de limites subjetivos da coisa julgada, dentro da especificidade do resultado de ação coletiva, que não pode ter a mesma solução dada pelo processo civil ortodoxo às lides intersubjetivas”.²⁶

O próprio articulista sustenta, também, a inconstitucionalidade da nova versão do art. 16, da Lei 7.347/85, por ferir o princípio do direito de ação, da razoabilidade e da proporcionalidade, além de ter sido introduzido no sistema legal brasileiro pela via da medida provisória, sem atender os requisitos de urgência e

²⁶ Código de Processo Civil Comentado e Legislação extravagante, 2004, pg. 1455.



relevância. Refere que “*não há limitação territorial para a eficácia erga omnes da decisão proferida em ação coletiva*”, denunciando a lamentável confusão entre limites subjetivos da coisa julgada e jurisdição e competência. Diz mais: até uma sentença de divórcio tem efeito em todo território nacional²⁷.

É importante termos presente que o efeito *erga omnes* da coisa julgada é vital para a plena introdução, no nosso País, da via coletiva de enfrentamento dos conflitos sociais de massa. Essa constatação é relevante para entendermos que não se pode restringir os efeitos de uma decisão judicial que venha a garantir direitos indivisíveis sem ferir o pacto constitucional.

Tenho, desta forma, que deverá ser a indivisibilidade do dano o critério determinante para definir o alcance da decisão, critério este que norteará também a amplitude territorial da sentença, e, como dito, não pela regra da competência motivada pela divisão do trabalho do Poder Judiciário no território nacional.

É oportuno esclarecer que não se está a patrocinar a usurpação da competência do STF, definida no art. 102, da Constituição Federal. O próprio STF já enfrentou a matéria ao julgar reclamação proposta contra o Tribunal de Alçada de São Paulo, por exarar decisão em ação coletiva, conferindo à mesma efeitos em todo território nacional. Como podemos observar de uma parcial do voto do Relator, o Ministro Ilmar Galvão:

“Afastadas que sejam as mencionadas exceções processuais – matéria cujo exame não tem aqui cabimento – inevitável é reconhecer que a eficácia da sentença, no caso, haverá de atingir pessoas domiciliadas fora da jurisdição do órgão julgador, o que não poderá causar espécie, se o Poder Judiciário, entre nós, é nacional e não local. Essa propriedade, obviamente, não seria exclusiva da ação civil pública, revestindo, ao revés, outros remédios processuais, como o mandado de segurança coletivo, que pode reunir interessados domiciliados em unidades diversas da federação e também fundar-se em alegação de inconstitucionalidade de ato normativo, sem que essa última circunstância possa inibir o seu processamento e julgamento em Juízo de primeiro grau que, entre nós, também exerce controle constitucional das leis.

Não cabe, portanto, afirmar, como fez a inicial, que a ação

²⁷Idem, p. 1456.



pública civil em tela outra coisa não fez senão impugnar, conquanto por via oblíqua, o conteúdo normativo, ainda que parcial, do art. 17, I, da Lei nº 7.730/89, nem que essa providência somente poderia ter sido posta em prática por quem constitucionalmente legitimado a fazê-lo perante o Supremo Tribunal Federal. Tampouco, conseqüentemente, que, ao processá-la e julgá-la, haja a Corte reclamada usurpado competência deste Tribunal, dando lugar à reclamação prevista no art. 102, I, 1, da CF.

No primeiro caso, porque, como visto, se trata de ação ajuizada, entre partes contratantes, na persecução nítida de bem jurídico concreto, individual e perfeitamente definido, de ordem patrimonial, embora sob alegação de ser inconstitucional o dispositivo legal que aparentemente estaria impedindo o seu gozo; e, no segundo, porque esse objetivo jamais poderia ser alcançado pelo autor, ora reclamado, em sede de controle in abstracto de ato normativo, não havendo espaço, portanto, para concluir, sem incidir em manifesta contradição, que invadiu a jurisdição concentrada privativa do Supremo Tribunal Federal o julgador que proferiu decisão insuscetível de ser ditada por esta própria Corte nas circunstâncias apontadas.

O meu voto, assim, é no sentido de julgar improcedente a reclamação".²⁸

Outra conclusão seria de difícil praticidade e até aplicabilidade. Caso considerássemos como destinatários da presente os domiciliados em Porto Alegre na data do ajuizamento da ação, o alcance da sentença seria: limitado no espectro de abrangência dos interessados; ineficaz no âmbito da administração da justiça (por que não evitaria novas demandas em outros territórios) e inconstitucional sob a ótica da isonomia ao acesso ao Judiciário.

O acesso à justiça e o princípio da universalidade da jurisdição, têm como pilar de sustentação a teoria da coisa julgada, compondo o sistema de tutela coletiva brasileiro, juntamente com a adoção do modelo de substituição processual que viabiliza o atendimento de interesses na dimensão transindividual.

No caso, o autor, por força do art. 82, do CDC, atua como substituto processual de todos os interessados na relação jurídica atacada. A

²⁸ Reclamação n. 602-6-São Paulo – 1997 – Relator Min. Ilmar Galvão.



supressão de qualquer dos substituídos, através da limitação dos efeitos da decisão por critérios de quadrantes regionais, firmados no restrito âmbito da competência territorial do Juiz, fere o sistema legal adotado para solucionar os conflitos coletivos no Brasil. Pior, o torna não efetivo. É inarredável a incidência dos princípios constitucionais elencados, e imperiosa sua referência jurisdicional. Não podemos olvidar que o modelo republicano atribui à jurisdição constitucional, no dizer de Jürgen Habermas²⁹, o papel de guardião da democracia deliberativa.

Por estes fundamentos, a presente decisão deverá atingir todas as pessoas que, no Estado, tiverem acesso à publicidade veiculada pela ré.

III – Por todo o exposto, nos termos do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES** os pedidos elaborados pelo MINISTÉRIO PÚBLICO em desfavor do FUNERÁRIA JOÃO XXIII LTDA., extinguindo o processo, com resolução do mérito, para:

- a) **determinar** à ré que altere sua publicidade para identificá-la como Funerária João XXIII ou outro termo que não cause confusão com os serviços prestados pelo Cemitério Ecumênico João XXIII, bem como se abstenha de veicular as publicidades de qualquer mídia ou formato iguais ou semelhantes às de fls. 09/10 do inquérito civil em apenso, que possuam elementos que causem confusão ao consumidor, sob pena de multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), por descumprimento.
- b) **afastar** a pretensão de condenação por danos morais coletivos;
- c) **determinar** que, para ciência da presente decisão aos interessados, deverá a demandada publicar às suas expensas, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da data em que não houver mais recurso dotado de efeito suspensivo, o inteiro teor da parte dispositiva da presente decisão em dois jornais de circulação Estadual, na dimensão mínima de 20cm x 20cm e em três dias

²⁹ Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade, Ed. Tempo Brasileiro. Vol. I 1997, pg. 341.



intercalados, sem exclusão da edição de domingo.

d) ao Sr. Escrivão, decorrido o prazo recursal contra esta sentença, deverá disponibilizar, através do sistema de informática a todos os cartórios cíveis e judiciais do Estado do Rio Grande do Sul, cópia da ementa da presente decisão, com certidão de interposição de recurso e dos efeitos em que recebido, ou do trânsito em julgado, se for o caso, para, se assim entender o titular da jurisdição, iniciar-se a liquidação provisória do julgado, nos termos dos arts. 97 do CDC, c/c art. 475-A do CPC;

e) o cumprimento espontâneo da presente decisão ensejará liberação dos demandados das multas fixadas, desde que atendidos os prazos estabelecidos.

Expeça-se edital nos termos do art. 94 do CDC.

Condeno a ré ao pagamento de 50% (cinquenta por cento) das custas processuais.

Incabível a condenação em honorários em favor do Ministério Público, haja vista a vedação do artigo 128, §5º, inciso II, letra “a”, da Constituição Federal, e a interpretação que deve ser dada a partir da análise do art. 18 da Lei nº 7.347/8530.

Deixo de condenar o autor ao pagamento do restante das despesas sucumbenciais, em razão da ausência de má-fé.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Porto Alegre, 03 de maio de 2011.

³⁰ Cito, exemplificativamente: Apelação Cível nº 70020349916, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 21/11/2007.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO



Laura de Borba Maciel Fleck,
Juíza de Direito.