

**EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA
COMARCA DA CAPITAL**

VARA EMPRESARIAL DA

Ref: IC 371/2010

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, por intermédio do Promotor de Justiça que ao final subscreve, vem, com fundamento nas Leis 7.347/85 e 8.078/90, ajuizar a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

com pedido de liminar

em face de **NOVA PONTOCOM COMÉRCIO ELETRÔNICO S/A**, (“**PONTO FRIO – LOJA VIRTUAL**”), inscrita no CNPJ sob o nº 09.358.108/0001-25, com sede na Rua Gomes de Carvalho, nº 1609, 4º andar, Vila Olímpia, São Paulo/SP, CEP 04547-006, pelas razões que passa a expor:

I. PRELIMINAR

a) Legitimidade ativa do Ministério Público

O Ministério Público possui legitimidade para propositura de ações em defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, nos termos do art. 81, parágrafo único, I, II e III c/c art. 82, I, da Lei nº. 8078/90, assim como

nos termos do art. 127, caput e art. 129, III da CF, ainda mais em hipóteses como a do caso em tela, em que o número de lesados é muito expressivo, vez que é sabido que a o produto comercializado pela ré tem acentuado alcance no mercado de consumo. Claro está o interesse social que justifica a atuação do Ministério Público.

Nesse sentido, podem ser citados vários acórdãos do E. Superior Tribunal de Justiça, entre os quais:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. DIREITOS COLETIVOS, INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E DIFUSOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.

- O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação coletiva de proteção ao consumidor, inclusive para tutela de interesses e direitos coletivos e individuais homogêneos. (AGA 253686/SP, 4a Turma, DJ 05/06/2000, pág. 176).

II. FATOS

Ab initio, vale destacar que o Ponto frio (www.pontofrio.com.br) atua no mercado de varejo on-line, cobrindo todo o território nacional através de *site* de comércio eletrônico.

E, de acordo com o informado pelo *site*¹, a empresa tem como objetivo servir bem, oferecendo a seus clientes um serviço ágil, de confiança e um atendimento de excelência durante todo o processo de compra.

Todavia, não é este o resultado apresentado pelo Ponto frio – Loja Virtual. Ao contrário, são inúmeras as reclamações feitas por consumidores no serviço de Ouvidoria do Ministério Público (fl. 04 do IC 371/10), na Comissão de Defesa do Consumidor da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (fls.

¹<http://www.pontofrio.com.br/centraldeatendimento/institucional.aspx>

38/198 do IC 371/10) e no sítio eletrônico "Reclame Aqui" (fls. 228/237), demonstrando que a ré pratica publicidade enganosa, descumprimento de oferta e do prazo da troca de produto defeituoso, bem como realiza a venda de produtos indisponíveis em estoque.

Com efeito, em uma simples consulta ao *site* "Reclame Aqui" foram constatadas várias reclamações de consumidores que se sentem lesados e enganados pelas irregularidades praticadas pela ré, ora combatidas na presente. Veja a seguir alguns trechos de reclamações extraídas do referido *site*:

"(...) Na data de 10/06/2013, comprei um Forno Microondas Eletrolux MEX55, pedido n.º 28090316. Na data de 14/06/2013, o produto foi entregue, porém, no dia 16/06/2013, quando fui instalar o micro-ondas, o mesmo NÃO LIGOU.. Pluguei na tomada e o aparelho não ligou. Não liga, a tomada está ok, voltagem ok, porém o produto não liga... **Entrei em contato com a Loja Virtual do PONTO FRIO solicitando a troca imediata, pautada no CDC o qual prevê o direito de troca do produto em até 7 dias da compra. O produto foi entregue no dia 14/06 e efetuei a solicitação da troca no dia 17/06/2013 no site do PONTO FRIO. Porém, esta empresa simplesmente ignora minha solicitação de troca uma vez que, até hoje (26/06/2013) NÃO RECEBI NENHUM CONTATO, NENHUMA LIGAÇÃO, NENHUM E-MAIL OU SEJA, NADA!! Esta empresa é muito fraca!! Você liga no atendimento ao cliente e é informado que somente no site poderá solicitar a troca. No site, não consta que já realizei o pedido de troca. Ou seja ... estou no prejuízo!! Não há seriedade! Pouco caso!! Um absurdo!!** Liguei nesta empresa e a atendente Denise me disse que entrariam em contato mas, pelo visto, isto não ocorrerá! Protocolo de atendimento: 167598048 / 6700810. Solução? nenhuma!! ... FICO NO AGUARDAMENTO DE UMA SOLUÇÃO. QUERO A TROCA DO PRODUTO POR UM NOVO QUE FUNCIONE OU A DEVOLUÇÃO DO MEU DINHEIRO!!!! Pense num arrependimento!! Deveria ter comprado no submarino, americanas.com etc. Eles são mais sérios!! <http://www.reclameaqui.com.br/5733515/ponto-frio-loja-virtual/ponto-frio-nao-troca-produto-que-foi-entregue-sem-funcionar/>

"(...) Fiz uma compra de uma cômoda no dia 04/07/2013 a compra foi feita o pedido foi realizado às 15:16 horas e às 15:57 foi aprovado o pagamento. Me deram o prazo de seis dias úteis e hoje 11/07/2013 liguei para o sac e me deram um numero de protocolo número 171305383, **me informaram que estão aguardando a reposição deste produto no estoque, ou seja venderam um produto sem ter, agora se eu cancelar vou ter que aguardar 10 dias úteis para devolução do meu dinheiro, de qualquer forma saio prejudicada. Esta empresa já fez isso outra vez comigo mais achei que era um caso isolado. Quero meu produto entregue na data certa que é até 12/07/2013, ou terei que ir ao Juizado Especial. Se não tinham era para colocar no site com indisponível!!!!!!** Meu nome é Djenane e meu numero do pedido é 28815511

Resolvam! <http://www.reclameaqui.com.br/5884477/ponto-frio-loja-virtual/ponto-frio-vende-produto-sem-ter-no-estoque/>

"(...) ESTOU TENTANDO EFETUAR UMA COMPRA PELO SITE DO PONTOFRIO HOJE DIA 27/09/2013 AS 01:23 DA MANHA (TELEVISÃO Smart TV LED 39" Full HD Philco PH39F33DSG com Conversor Digital com Sistema Ginga e Entradas USB e HDMI) QUE ESTÁ SENDO ANUNCIADA NO SITE POR \$ 1199,90 EM 12 x DE 99,93 REAIS , **E QUADO VOU EFETUAR A COMPRA O SITE AUMENTA O VALOR DA TELEVISÃO PARA \$1499,00 12X de R\$ 124,92... O SITE EM QUESTÃO ESTA TRATANDO O CLIENTE COM UMA FALTA DE RESPEITO ENORME SE ELES ANUNCIAM UM PRODUTO POR TAL VALOR, ELES PRECISAM CUMPRIR O ANUNCIO DO PRODUTO, ESTOU LIGANDO PARA O NUMERO 4002-3050 QUE SO DA OCUPADO E 4003-8388 ESSE NUMERO SO FUNCIONA DAS SEGUNDA A SABADO DAS 08:00 AS 21:00...EU TIREI O PRINT DA TELA COM O PREÇO ANUNCIADO CASO O SITE RECLAMEAQUI PRECISE PARA COMPROVAR A FALTA DE RESPEITO COM O CONSUMIDOR...E VOU AVISANDO AO SITE PONTOFRIO QUE ANUNCIO ENGANOSO E [editado pelo Reclame Aqui] PELO CODIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR .ESPERO QUE ESSE CASO SEJA SOLUCIONADO O MAIS RAPIDO POSSIVEL E QUE EU POSSA EFETUAR MINHA COMPRA COM O VALOR ANUNCIADO, SE NÃO IREI AO PROCON DO RJ COM A ANUNCIO IMPRESSO E REGISTRAREI UMA RECLAMAÇÃO NO FORUM DE PEQUENAS CAUSAS. ESPERO A RESPOSTA DA EMPRESA EM QUESTÃO. ANUNCIAR E NÃO CUMPRIR** E [editado pelo Reclame Aqui] PELO CODIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.<http://www.reclameaqui.com.br/6576824/ponto-frio-loja-virtual/preco-errado-e-nao-deixam-comprar/>

"(...) Bom dia. Verifiquei um anúncio do Fogão Brastemp 5 Bocas Ative Top Glass BF375AB. **Na página iniciar havia uma promoção no valor de 1799,00 para pagamento à vista, porém ao tentar efetuar a compra o site do Ponto Frio altera o valor para 2169,90. Tenho todas as telas printadas para possível resolução através de outros meios.** Att <http://www.reclameaqui.com.br/6929484/ponto-frio-loja-virtual/propaganda-enganosa/>

"(...) Na ultima sexta-feira 13/09/2013, fui avisado por um amigo no facebook que recebeu um e-mail com uma promoção de celulares, o mesmo conseguiu comprar e gerar o boleto no valor anunciado, onde já fez o pagamento e o produto está em transporte. **No momento em que fui finalizar a compra do celular Sony Xperia SP Preto, o produto saltou de R\$ 421,52 para R\$ 1011,12 totalmente desproporcional ao anunciado.** Tentei entrar em contato no chat da Loja, mas o chat estava fora, então consegui somente no dia seguinte onde fui atendido pela Thayrine Silva Protocolo 18367XXXX, pessoa totalmente despreparada que me recomendou ligar no televendas. Liguei no mesmo instante e consegui falar com a Amanda (a mesma não quis informar o sobrenome) protocolo 183677XXX, muito atenciosa perguntou o que aconteceu, pediu para eu aguardar enquanto falava com o Supervisor dela, após isso a mesma garantiu que eu poderia efetuar o pagamento que na segunda-feira 16/09/2013 alguém iria ligar

solicitando os prints e os dados para o Reembolso. Como já estava desconfiado dessa loja, preferi não fazer o pagamento do Boleto com valor errado, até que alguém ligasse para mim... e estou até agora esperando essa ligação. Essa reclamação é para deixar registrado a minha insatisfação com a loja Virtual do Ponto Frio, pois já fiz diversas compras na loja física, sempre fui bem atendido e nunca tive dor de cabeça. <http://www.reclameaqui.com.br/6479009/ponto-frio-loja-virtual/propaganda-enganosa/>

"(...) Ocorreu que hoje pela manhã, ao entrar no site da ponto frio, vi um notebook anunciado, Notebook Lenovo G485 com AMD C-60, 4GB, 500GB, Gravador de DVD, Leitor de Cartões, HDMI, Wireless, Webcam, LED 14? e Windows 8 (Cód. Item 1766971), pelo valor de R\$ 899,10, podendo ser parcelado em até 12x sem juros. Ato contínuo, resolvi adquirir o produto, segui todos os passos para efetuar a compra, porem, no instante de confirmar verifiquei que o valor estava diferente, R\$ 1.079,00. imediatamente, verifiquei no site se eu não havia cometido algum engano, mas estava tudo certo, era o mesmo produto e o preço de R\$ 899,10. entrei em contato com o televendas e fui muito mau atendido e desrespeitado. quando informei ao atendente o problema e solicitei que ele me ajudasse, este me respondeu dizendo que o preço do produto era mesmo R\$ 1.079,00 e que não poderia fazer nada quanto ao preço anunciado. continuando a conversa, informei, de maneira bastante educada, enquanto advogado, que deveria então ser atualizado o valor no site, pois, o consumidor poderia exigir na justiça o cumprimento dessa oferta. simplesmente o atendente RIU DE MIM. quando fui tentar continuar a argumentação, o mesmo de maneira EXTREMAMENTE GROSSEIRA, interrompeu a conversa e perguntou se iria ou não adquirir o produto no preço de R\$ 1.079,00. quando respondi que não, imediatamente desligou o telefone na minha cara. ABSURDO!!! CONTRA INDICO O SITE DA PONTO FRIO!!!
<http://www.reclameaqui.com.br/6385626/ponto-frio-loja-virtual/descumprimento-de-oferta/>

"(...) Comprei uma lava e seca na loja ponto frio, a mercadoria veio com defeito e esperei mais de um mês pra chegar a peça, quando finalmente a peça chegou foi constatado pelo técnico de imediato outro defeito e por conta disso foi liberado a troca do produto, ao chegar na loja o produto tinha saído de linha e o gerente se negou a trocar o produto por outro da mesma espécie deixando como solução somente o cancelamento da compra, não vou cancelar a compra pois eu não fiquei mais de um mês na expectativa esperando uma solução pra no fim fingir que eu nem sai de casa pra comprar nada, alem do mais o código de defesa do consumidor deixa bem claro que somos nos consumidores que escolhemos o dinheiro de volta ou outro produto da mesma espécie, art 18 paragr 1º inc I .
<http://www.reclameaqui.com.br/6045186/ponto-frio/descumprimento-do-artigo-18-do-codigo-de-defesa-do-consumido/>

"(...) Efetuando um compra no Ponto Frio no dia 16/10/2013 - conforme pedido 32387139, verificando o Status de Entrega do próprio site no mesmo dia da compra, 16/10/2013 o Status de Entrega estava como "Pedido em Separação".

Passaram mais 07 (sete) dias e no dia 23/10/2013 consultei o Status de Entrega novamente e havia uma alteração, passou de "Pedido em Separação" para "Pedido está em Separação" a alteração foi apenas duas (02) palavras "está em". **E como não houve mais nenhuma alteração enviei um email para o Ponto Frio no dia 01/11/2013 solicitando as seguintes informações: 1º - Como um produto fica com o Status de Entrega de "Pedido esta em Separação" por 18 dias? 2º - Como o Ponto Frio vende um produto e não emite Nota Fiscal logo após o pagamento da 1ª Parcela. Isso fica evidente para qualquer analfabeto ou Juiz de Direito que o Ponto Frio vende produtos sem ter o mesmo em seu estoque. Pois não se emite Nota Fiscal de um produto que não existe.** Hoje dia 07/11/2013, como não obtive nenhuma resposta (nenhuma satisfação) do Ponto Frio referente ao e-mail que enviei no dia 01/11/2013, novamente enviei um outro e-mail solicitando o cancelamento da compra.
<http://www.reclameaqui.com.br/6929863/ponto-frio-loja-virtual/vende-um-produto-que-encontra-se-em-estoque/>

"(...) Comprei um aparelho celular no site ponto frio, e para minha surpresa, após uma semana entrei no chat para saber sobre o andamento de meu pedido, fui informado pela atendente que o celular que eu havia comprado não tinha em estoque, como podem vender um item que não tem...estou indignado não aceito a resposta que deram.... quero meu dinheiro de volta. resposta da atendente; Essa mercadoria não tem em estoque, O senhor não deseja o vale troca para comprar uma outra mercadoria.
<http://www.reclameaqui.com.br/6291333/ponto-frio-loja-virtual/intem-sem-estoque/>

"(...) Fiz uma compra no Ponto Frio da Loja Virtual no dia 14/09/13 de um UMIDIFICADOR G LIFE, na qual veio com defeito e não funciona. Entrei em contato com a loja querendo meu dinheiro de volta, pq. a essa altura já não confiava em pegar outro aparelho da mesma marca. E ai começa o meu tormento eles ficam de vir retirar o aparelho, marcam inúmeras vezes mas nada acontece, ligam para minha casa marcam de vir retirar vc. fica em casa plantada esperando e ninguém aparece nenhum telefonema. Já enviei vários e-mails, conversei com varias pessoas pelo CHAT, onde sempre me pedem para aguardar mais um dia e nada acontece.Enfim só quero que venham retirar esse aparelho na qual não funciona e devolvam o meu dinheiro por gentileza. Afinal sou cliente do Ponto Frio já a bastante tempo e nunca vi um problema igual a este, por isso venho pedir ajuda do Reclame Aqui porque já não sei mas ok. fazer. Maria Angela Azevedo Marques
<http://www.reclameaqui.com.br/6917636/ponto-frio-loja-virtual/meu-dinheiro-de-volta/>

Numa análise detida e interessada da leitura das reclamações de consumidores realizadas no *site* mencionado, a as que se colaciona nesta oportunidade, nota-se que a ré vem, inegavelmente, descumprindo a legislação consumerista, sobretudo ao direito básico da proteção contra publicidade enganosa e abusiva e métodos comerciais desleais (art. 6º, IV do CDC).

Cumpra informar que o *site* "Reclame Aqui" funciona como uma espécie de "termômetro" da qualidade do atendimento ao consumidor e apresenta uma amostra (ainda que bastante reduzida) de problemas envolvendo empresas em diversas relações de consumo.

Nesse contexto, foi dada a oportunidade à empresa ré de celebrar Termo de Ajustamento de Conduta visando sanar as irregularidades apontadas, mas a mesma se recusou a aceitar, quedando-se inerte (fls. 239/240 e 243/244 do IC nº 371/10).

Desta forma, tendo em vista a evidente ilegalidade da conduta da ré em não se adequar às normas previstas no Código de Defesa do Consumidor, bem como o desinteresse em assinar TAC, o Ministério Público se viu obrigado a ajuizar a presente ação civil pública para que não haja maiores lesões aos consumidores do que as já constadas.

III. FUNDAMENTAÇÃO

a) Da publicidade enganosa

O Código de Defesa do Consumidor proíbe taxativamente toda e qualquer publicidade enganosa, esclarecendo o que esta caracteriza, conforme art. 37, § 1º:

"Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É **enganosa** qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, **inteira ou parcialmente falsa**, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, **capaz de induzir em erro o consumidor a respeito** da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, **preço** e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços."(grifou-se)

Não há a menor dúvida, diante das reclamações colacionadas à presente e do inquérito civil que dá base a esta ação, de que a ré, aproveitando-se da "publicidade chamariz", anuncia produtos com preços abaixo do valor de mercado, com o único intuito de atrair o consumidor e vender o referido produto por preço superior no momento em que o mesmo finaliza a compra.

De fato, qualquer pessoa que vê o produto anunciado no site da ré com preço inferior ao de mercado se sente atraído em adquiri-lo, mas no ato da compra este mesmo produto aparece instantaneamente com outro valor, superior ao inicialmente veiculado. Na verdade, nada mais é do que uma artimanha para atrair o consumidor. Neste sentido:

0008621-82.2008.8.19.0007 – APELACAO DES. ROGERIO DE OLIVEIRA SOUZA - Julgamento: 29/11/2012 - NONA CAMARA CIVEL APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. LICENCIATURA EM EDUCAÇÃO FÍSICA. HABILITAÇÃO PROFISSIONAL RESTRITA AO ENSINO BÁSICO. FALHA NO DEVER DE INFORMAÇÃO. MATRÍCULA REALIZADA COM A PROMESSA DE QUE O CURSO CONCEDIA AMPLA CAPACITAÇÃO PROFISSIONAL EM LAPSO TEMPORAL REDUZIDO. EXIGÊNCIAS IMPOSTAS PELOS CONSELHOS FEDERAL E REGIONAL QUE NÃO FORAM COMUNICADAS AOS ALUNOS. DANO MORAL. CABIMENTO. DANOS MATERIAIS NÃO COMPROVADOS. Após incutir nos alunos a certeza de que estariam plenamente capacitados para assumir qualquer atividade como profissional de Educação Física, incumbia à instituição de ensino informá-los que a conclusão do curso, nos moldes em que se matricularam, não mais atenderiam às diretrizes dos Conselhos. Constatação da falha no dever de informação em que incorreu a universidade. Se o fornecedor indica de forma clara e convidativa que o curso por ele ministrado confere em lapso temporal reduzido, habilitação plena ao profissional, o faz de forma a também atingir um maior número de interessados nas aulas, valendo-se exatamente do legítimo interesse dos alunos de qualificarem-se em menos tempo para ingressarem no mercado de trabalho. **O princípio da vinculação contratual da publicidade (artigo 30 do CDC), para coibir a "publicidade chamariz", dentre outras modalidades enganosas, impõe ao fornecedor obrigação pré-contratual que deverá ser adimplida em seus exatos termos quando da execução do próprio negócio jurídico. Oferta que, por si só, é capaz de criar um vínculo entre fornecedor e consumidor, em apreço à boa-fé objetiva e aos deveres anexos de lealdade, proteção, informação, confiança e cooperação, postulados estes que não podem ser desprezados em desfavor do contratante vulnerável, sob pena de legitimar-se a violação positiva do contrato.** Transtornos e perda do tempo útil que transcendem a órbita do mero aborrecimento, atraindo a incidência de verba compensatória, notadamente por ser tratar

de serviço capaz de influir no próprio futuro profissional do consumidor. Danos materiais não configurados. Conhecimento e parcial provimento do recurso.

A conduta perpetrada pela empresa ré, de veicular publicidade sem informação devida e correta ao consumidor do verdadeiro preço dos produtos anunciados, merece ser repelida, já que ofende dispositivo expresso no CDC.

A publicidade, antes considerada mera conduta comercial para que qualquer sociedade empresária tornasse público seus produtos ou o preço dos produtos que vende, com o advento do Código Consumerista é considerada, também, meio informativo, elucidativo e educativo.

Tal entendimento deve-se ao fato de que o consumidor sempre foi alvo da conduta abusiva do fornecedor, devido a sua vulnerabilidade, o que levou o legislador a trazer normas expressas, mas que, ainda assim, não foram suficientes, conforme nota-se no caso em tela.

Com efeito, a finalidade da publicidade foi flagrantemente distorcida. Isso porque, ao invés de informar os consumidores de forma clara e precisa acerca do real preço do produto, a ré usa de artifícios característicos de publicidade enganosa, rechaçada pelo art. 37, §1º do CDC.

O conceito de propaganda enganosa inferido no artigo supra traz três requisitos que devem se apresentar: informação falsa, ação comissiva ou omissiva e indução ao erro.

Constata-se que todos estão presentes na prática perpetrada pela empresa ré. Ao publicar em seu site produtos possuindo preços baixos capazes de atrair o consumidor, a ré expõe informação falsa e induz o consumidor em erro criando nele uma falsa expectativa de consumo.

A informação veiculada não corresponde à realidade. Os produtos ofertados possuem um determinado preço, no entanto, ao finalizar a compra dos referidos produtos o consumidor se depara com valor divergente do inicialmente veiculado. A enganiosidade está notória, diante da veiculação de publicidade que chama a atenção para um preço que não será praticado tal como ofertado, fazendo com que o consumidor erre sobre aquilo que pretende adquirir.

O diploma legal especial garante ao consumidor direitos básicos, que, além de poderem ser invocados caso violados, devem nortear todas as relações jurídicas consumeristas. Assim o art. 6º do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

III – informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos coercitivos ou desleais, bem como práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.

O dispositivo supra, reforça a objetividade da informação passada ao consumidor e demonstra a importância de seu conteúdo na relação de consumo, de modo que todas as formas de publicidade devem prezar pelo máximo de clareza e transparência. Esse entendimento também está expresso no art. 31 do CDC:

“Art. 31. **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.” (grifou-se)

É por esse motivo que não constitui mais do que obrigação da ré, em suas publicidades, trazer de forma clara e adequada a oferta de produtos, conferindo ao consumidor a correta informação sobre seu preço, tanto o preço apresentado na publicidade, quanto o preço praticado no ato da compra.

A prática de publicidade enganosa perpetrada pela ré atinge os consumidores duplamente. São atingidos pela enganiosidade da propaganda e impedidos de fazer valer a oferta que vinculem o produto ao preço.

A empresa ré, ao veicular anúncio de produtos sem informar o preço realmente correto, eis que anuncia preço inferior ao efetivamente cobrado no ato da compra como meio atrativo, consegue, em um só ato, dois benefícios.

Primeiramente, alcança a função para a qual destinou sua propaganda: novos consumidores atraídos pelo preço promocional, tendo como parâmetro imagens de produtos veiculados com valor inferior ao de mercado.

Em segundo plano, a prática supracitada também proporciona à ré uma maneira de se subtrair ao comando legal que a obriga a fornecer o produto alvo da publicidade, vez que o valor daquele produto que se acha contido na publicidade não é o valor do produto a que se refere o preço cobrado no ato da finalização da compra. A falta de informação verídica quanto ao preço final do produto impossibilita o consumidor de fazer valer o art. 30 da norma consumerista.

Ademais, ao recusar a oferta, pode a ré, também, se abster do cumprimento do art. 35 do CDC, vez que a oferta que veicula não possui o real preço do produto que possa vincular o anúncio à oferta, conseqüentemente, impossibilita o cumprimento do artigo 35 do CDC:

Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços **recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:**

I – exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;

II – aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;

III – rescindir o contrato, com direito à restituição da quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos. (grifou-se)

A sanção imposta no artigo sobredito assenta o entendimento ora exposto, vez que é aplicada caso haja recusa no cumprimento do contrato.

Ocorre que com o proceder da ré não há como aplicar o artigo supra, pois a propaganda não é suficientemente precisa acerca do preço e, conseqüentemente, não há como fazer cumprir o divulgado, não se configurando a recusa, que é o ato sancionado no dispositivo.

Conclui-se, portanto, do que foi exposto que a ré veicula publicidade inteiramente falsa e capaz de induzir em erro o consumidor, na medida em que a informação veiculada não corresponde à realidade no que tange ao preço dos produtos anunciados em seu *site*.

b) Da oferta vinculante

O legislador não se limitou à inclusão do princípio da transparência no texto da lei consumerista, introduziu, também, algumas regras visando regular a publicidade veiculada ao princípio da informação. Dispõe o art. 30 do Código de Defesa do Consumidor que:

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação, com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, **obriga o fornecedor que a fizer**

veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado. (grifou-se)

O dispositivo supracitado constitui consagração do entendimento firmado em relação à publicidade, que passou de mera prática comercial para integrar a relação consumerista proporcionando efeito vinculativo da publicidade com a oferta.

A ausência de identidade entre a oferta e o contrato é considerada prática comercial desleal. E tal prática tem sido condenada pela doutrina e jurisprudência, conforme dispõe a notável professora Cláudia Lima Marques em sua obra "Contratos do Código de Defesa do Consumidor", 4ª ed., pág. 625:

"A jurisprudência não exitou em absorver o espírito do art. 30 do CDC e chegou mesmo a estabelecer uma **prevalência da informação, do prometido ou transmitido por via publicitária** em relação ao estabelecido ou predisposto no contrato."(grifou-se)

Portanto, o cuidado do fornecedor, ao veicular qualquer tipo de publicidade, deve ser direcionado não apenas para as informações de maneira clara, mas principalmente corretas, sob pena de se vincular a uma proposta que não era aquela pretendida.

A prática da ré, como se pode demonstrar, é desleal e tem um intuito de se eximir do cumprimento da lei. Deve ser essa conduta, por conseguinte, repelida.

Sendo assim, a ré pratica o ilícito de propaganda enganosa, devendo ser compelida a modificar sua conduta e a entregar aquilo que efetivamente negociou, e de acordo com o preço que anunciou.

c) Da ausência de boa-fé objetiva

Cumpra ressaltar que, todas as relações jurídicas travadas, especialmente as consumeristas, devem ser norteadas pelo princípio da boa-fé objetiva.

A observância da conduta honesta e leal entre as partes, devendo ser emolduradas pela informação e cooperação, com o escopo de que sejam mantidas as legítimas expectativas de confiança dos contratantes, não se restringe à proteção contratual *strictu sensu*, abarca também os pré-contratos, formados com a publicidade que tem força vinculativa.

Através das lentes dessa obrigação anexa é que devemos encarar as relações em que se figuram consumidor e fornecedor. O primeiro é, normalmente, mais frágil, devendo, pois, ser protegido. Nessa esteira, estabelece o art. 4º do CDC:

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 trabalho;

Partindo dessa premissa, vemos que a boa-fé objetiva atua no sentido de dar harmonia à relação, com dever de cooperação entre as partes. É a confiança em seu sentido puro.

Não obstante, a ré ao arrepio da lei, fere tal princípio provocando insegurança na relação bem como na publicidade.

Com efeito, o *site* da ré atrai o vulnerável consumidor, para, em momento posterior, já tendo angariado a atenção deste, passar a agir ao arrepio daquilo que se propôs a fazer, o que revela um atuar eivado de má-fé.

A orientação predominante do Egrégio Superior Tribunal de Justiça tem sido no sentido da prevalência do princípio da boa-fé como norteador da conduta do fornecedor:

“Direito do consumidor. Contrato de seguro de vida inserido em contrato de plano de saúde. Falecimento da segurada. Recebimento da quantia acordada. Operadora do plano de saúde. Legitimidade passiva para a causa. Princípio da boa-fé objetiva. Quebra de confiança. Denúncia da lide. Fundamentos inatacados. Direitos básicos do consumidor de acesso à Justiça e de facilitação da defesa de seus direitos. Valor da indenização a título de danos morais. Ausência de exagero. Litigância de má-fé. Reexame de provas.

- Os princípios da boa-fé e da confiança protegem as expectativas do consumidor a respeito do contrato de consumo.

- A operadora de plano de saúde, não obstante figurar como estipulante no contrato de seguro de vida inserido no contrato de plano de saúde, responde pelo pagamento da quantia acordada para a hipótese de falecimento do segurado se criou, no segurado e nos beneficiários do seguro, a legítima expectativa de ela, operadora, ser responsável por esse pagamento.

- A vedação de denúncia da lide subsiste perante a ausência de impugnação à fundamentação do acórdão recorrido e os direitos básicos do consumidor de acesso à Justiça e de facilitação da defesa de seus direitos.

- Observados, na espécie, os fatos do processo e a finalidade pedagógica da indenização por danos morais (de maneira a impedir a reiteração de prática de ato socialmente reprovável), não se mostra elevado o valor fixado na origem.

- O afastamento da aplicação da pena por litigância de má-fé necessitaria de revolvimento do conteúdo fático-probatório do processo.” Recurso especial não conhecido. (grifou-se).

(REsp 590.336/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07.12.2004, DJ 21.02.2005 p. 175).

d) Da responsabilidade pelo vício do produto

A questão em análise é de latente abusividade, atuando a ré em desconformidade com o que prevê o Código de Defesa do Consumidor, na medida em que descumpre prazo legal para efetuar a troca de produto defeituoso.

O art. 18 do diploma consumerista estabelece a responsabilidade pelo vício do produto e do serviço aos fornecedores, *verbis*:

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. (grifou-se).

§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

- I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;
- II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;
- III - o abatimento proporcional do preço.

Logo, diante do comando legal acima, *a priori* já se infere que a empresa ré não poderia se eximir da obrigação de responder pelo vício do produto.

Cumprе ressaltar que, de acordo com uma perspectiva moderna, não só no direito das obrigações, mas do Direito Civil como um conjunto, qualquer tentativa de interpretar normas deve ser feita através de um prisma constitucional. É o efeito irradiante dos direitos fundamentais.

Nas palavras do Prof. Cáo Mário da Silva Pereira, "*na hermenêutica do novo Código Civil destacam-se hoje os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, os quais se impõem às relações interprivadas, aos interesses particulares, de modo a fazer prevalecer a "constitucionalização" do Direito Privado*". (Pereira, Caio Mario da Silva, *Instituições*, vol. 1, Editora Forense, 2006, pág. 93.).

Vemos, portanto, que a responsabilidade objetiva e a solidariedade a qual se refere o Código de Defesa do Consumidor, devem ser vistas através do filtro das lentes da Constituição. Assim, a obrigação não é um valor em si, mas um instrumento com o intuito de concretizar os valores enunciados pela Lei Maior.

A conduta perpetrada pela ré, no entanto, é divergente desses conceitos. Eximi-se de qualquer relação com o consumidor depois de efetuada a venda de seus produtos, não se responsabilizando pelo serviço pós-venda, caso haja qualquer problema. Atitude esta muito comodista e lucrativa. Depois de um produto vendido, não lhe importam os fatos subsequentes. Qualquer problema superveniente não lhe pode ser imputado. Entretanto, caso o consumidor não possua fundos para o pagamento, a empresa age diligentemente na busca de seus direitos e da concretização dos princípios constitucionais.

Reduz a empresa ré, arbitrariamente, o prazo de garantia legal, na forma do art. 26, I, II, §1º e §3º, *in verbis*:

Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis; (grifou-se).

II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis. (grifou-se).

§ 1º Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços. (grifou-se).

§ 3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito. (grifou-se).

Desse modo, certo é que o cliente faça *jus* ao prazo legal para reclamar dos vícios, e não um prazo menor dado pelo fornecedor.

Vale lembrar, a título de fixação, que a responsabilidade da empresa ré é objetiva e solidária.

Em estudo mais profundo, o melhor entendimento doutrinário atual indica que as obrigações não mais podem ser vistas como outrora, onde o objeto das relações jurídicas negociais seria a obrigação principal que se traduzia em uma prestação de *dare, facere* ou *non facere*. Concebe-se a existência de deveres anexos, que se somam a prestação principal. Estes podem retirar da relação obrigacional toda e qualquer forma de conduta ilegítima e excessiva. Nada mais é do que a ideia da obrigação como um processo.

Nessa linha de pensamento, a recente obra dos civilistas Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias, citando Clóvis do Couto e Silva afirmam que *“não se pode ter dúvidas de que, hodiernamente, a obrigação é vista como um processo (isto é, como uma série e atividades exigidas de ambas as partes para a consecução de uma finalidade), cuja finalidade é o adimplemento, evitando-se danos de uma parte à outra nessa trajetória, de forma que o cumprimento faça-se da maneira mais satisfatória ao credor e menos onerosa ao devedor.”* (ROSENVALD, Nelson & FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil – Teoria Geral*, Lumens Júris, 2006, pág. 39.)

A essa vista, é cogente a conduta honesta e leal entre as partes, devendo ser emolduradas pela informação e cooperação com o intuito de que sejam mantidas as legítimas expectativas de confiança dos contratantes. É a atuação da boa-fé objetiva.

É assim que deve agir a empresa ré. Cumprir o prazo legal previsto, respeitando os deveres anexos da relação obrigacional. Atuar de modo a concretizar os direitos básicos insculpidos na legislação consumerista, não se olvidando em se responsabilizar pelo vício do produto que forneceu.

e) Da inversão do ônus da prova ope legis

O Código de Defesa do Consumidor parte do princípio que os consumidores e os fornecedores não estão em pé de igualdade, e por isso os primeiros devem ser tratados de forma desigual, para chegarem à igualdade real.

De fato, os dois pólos da relação de consumo são compostos por partes desiguais em ordem técnica e econômica, visto que o fornecedor possui a técnica da produção e fabricação que vai de acordo com seus interesses e o poder econômico superior ao consumidor. A vulnerabilidade do consumidor é patente e a sua proteção como uma garantia é uma consequência necessária.

Por sua vez, o fornecedor tem sua ampla defesa assegurada, fazendo uso dos instrumentos processuais necessários para sua defesa previstos no CPC.

A inversão do ônus da prova como um direito básico do consumidor, e as demais normas que o protege, não ofendem de maneira alguma a isonomia das partes. Ao contrário, é um instrumento processual com vistas a impedir o desequilíbrio da relação jurídica.

A inversão do ônus da prova é um direito conferido ao consumidor para facilitar sua defesa, sendo que segundo o art. 6º inciso VIII do CDC esse direito fica a critério do juiz quando for verossímil a alegação do consumidor, ou quando este for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência, com o objetivo de equilibrar a relação processual.

Já o art. 38 do mesmo Código determina que o ônus da prova cabe a quem patrocinou a informação ou comunicação publicitária, ou seja, ao fornecedor.

Neste caso, o juiz fica obrigado a aplicar a inversão, diferente da previsão do art. 6º, VIII.

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin², um dos autores do anteprojeto, doutrina que "A inversão da prova, no art. 38, vimos é ope legis, independentemente de qualquer ato do juiz. Logo, não lhe cabe sobre ela se manifestar, seja no saneador ou momento posterior".

Neste mesmo sentido encontra-se a jurisprudência do TJRJ:

0039220-13.2008.8.19.0004 – APELACAO DES. MALDONADO DE CARVALHO - Julgamento: 16/03/2010 - PRIMEIRA CAMARA CIVEL DIREITO DO CONSUMIDOR. PUBLICIDADE ENGANOSA. OFERTA: "PREÇO NÃO SE DISCUTE". DESCUMPRIMENTO. INVERSÃO DO ONUS DA PROVA OPE LEGIS. ARTIGO 38 DO CDC. DANO MATERIAL E MORAL. VERBA INDENIZATÓRIA. CARÁTER PEDAGÓGICO EDUCATIVO-PUNITIVO. FIXAÇÃO. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. **A inversão prevista no artigo 38 do CDC, ao contrário daquela fixada no inciso VIII do artigo 6º do mesmo diploma legal, não está na esfera de discricionariedade do juiz. É, pois, obrigatória. Se pretendesse o legislador deixar a cargo do consumidor a prova da enganabilidade e abusividade do anúncio, já teria criado um obstáculo, quase intransponível, para que pudesse ele ir a juízo. O dever geral de correção na veiculação da publicidade, como previsto na Lei nº 8.078/90, impõe ao fornecedor de serviços, além do princípio da identificação da mensagem publicitária (art. 36), o da veracidade (art. 37, § 1º), o da vinculação contratual da mensagem (art. 30), o da não abusividade (art. 37, § 2º), o do ônus probandi (art. 38) e, finalmente, o da correção do desvio publicitário (art. 56, XII). A negativa da ré em "cobrir" a oferta tal como anunciada foi a causa direta e imediata da revolta, do aborrecimento, do**

² GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; JUNIOR, Nelson Nery; DENARI, Zelmo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto, 6a ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

vexame e do constrangimento pela autora injustamente suportados, situações estas configuradoras do dano moral.

PROVIMENTO DO RECURSO.

Assim, quem deve provar acerca dos preços ou das características dos produtos anunciados no *site* é a empresa ré.

f) O ressarcimento dos danos causados aos consumidores

I - Danos Coletivos

É importante afirmar que a conduta ilícita da ré gerou danos coletivos, materiais e morais, e, por isso, a mesma deve ser compelida a ressarcirlos.

Não se pode negar que alguns dos direitos violados pela empresa ré são de natureza transindividual e indivisível. Isso porque, interesses difusos e coletivos foram atingidos ao mesmo tempo pela divulgação enganosa acerca dos produtos.

O dano moral difuso é consequência lógica da publicidade enganosa, do descumprimento da oferta e do prazo da troca de produto defeituoso, bem como da venda de produtos indisponíveis em estoque.

Com efeito, a ré ao praticar tais irregularidades torna-se inegável a ocorrência de um dano moral difuso à coletividade, mesmo que não tenham sido identificados e individualizados os casos concretos de prejuízos causados aos respectivos consumidores.

A possibilidade de reparação do dano moral coletivo não se discute, eis que está expressamente previsto no ordenamento jurídico nacional, de acordo com o disposto no art. 6º, VI e VII do CDC, bem como o art. 1º, II da Lei 7.347/85. Veja:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

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

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou **reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;**
(Grifou-se)

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

I - ao meio ambiente;

II - **ao consumidor;**

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

V - por infração da ordem econômica e da economia popular;

VI - à ordem urbanística.

(Grifou-se)

O doutrinador Leonardo Roscoe Bessa, em artigo dedicado especificamente ao tema do dano moral coletivo, corrobora a sua aplicabilidade às ações de proteção ao consumidor. Note:

“Além de **condenação pelos danos materiais** causados ao meio ambiente, **consumidor** ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, **destacou, a nova redação do art. 1º, a responsabilidade por dano moral em decorrência de violação de tais direitos, tudo com o propósito de conferir-lhes proteção diferenciada**”.³ (Grifou-se)

³ BESSA, Leonardo Roscoe. *Dano moral coletivo*. In Revista de Direito do Consumidor nº 59/2006.

Como afirma o autor, a concepção do dano moral coletivo não pode estar mais presa ao modelo teórico da responsabilidade civil privada, de relações intersubjetivas unipessoais.

Trata-se, nesse momento, de uma nova gama de direitos, difusos e coletivos, necessitando-se, pois, de uma nova forma de tutelá-los. E essa nova proteção se sobressai, sobretudo, no aspecto preventivo da lesão.

Por isso, o dano moral coletivo é um mecanismo idôneo de punir comportamentos que ofendam ou ameacem direitos transindividuais.

Nas palavras do mesmo autor supracitado:

“Em face da exagerada simplicidade com que o tema foi tratado legalmente, a par da ausência de modelo teórico próprio e sedimentado para atender aos conflitos transindividuais, faz-se necessário construir soluções que vão se utilizar, a um só tempo, de algumas noções extraídas da responsabilidade civil, bem como de perspectiva própria do direito penal”.⁴ (Grifou-se)

Portanto, a par dessas premissas, vemos que uma das funções do dano moral coletivo é garantir a efetividade dos princípios da prevenção e precaução, com o intuito de propiciar uma tutela mais efetiva aos direitos difusos e coletivos, como no presente caso.

Neste ponto, a disciplina do dano moral coletivo se aproxima do direito penal, especificamente de sua finalidade preventiva, ou melhor, de prevenir nova lesão a direitos transindividuais.

⁴ BESSA, Leonardo Roscoe. *Dano moral coletivo*. In Revista de Direito do Consumidor nº 59/2006.

A ideia de “*punitive damages*” vem sendo gradativamente aplicada no ordenamento jurídico nacional, a exemplo do disposto no Enunciado 379 da IV Jornada de Direito Civil, e do Resp 965500/ES:

Enunciado 379 - O art. 944, caput, do Código Civil **não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil.** (Grifou-se).

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO MOVIDA EM RAZÃO DE ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO CAUSADO POR "BURACO" EM RODOVIA EM MAU ESTADO DE CONSERVAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO APURADA E RECONHECIDA, PELA SENTENÇA E PELO ACÓRDÃO, A PARTIR DE FARTO E ROBUSTO MATERIAL PROBATÓRIO. CONDENAÇÃO DO ESTADO AO PAGAMENTO DE PENSIONAMENTO VITALÍCIO E DANOS MORAIS. ALEGADA EXORBITÂNCIA DO VALOR INDENIZATÓRIO (DE R\$ 30.000,00) E DE HONORÁRIOS (R\$ 5.000,00). DESCABIMENTO. APLICAÇÃO DO ÓBICE INSCRITO NA SÚMULA 7/STJ. MANIFESTA LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO, ORA RECORRENTE. RECURSO ESPECIAL NÃO-CONHECIDO. 1. Trata-se de recurso especial (fls. 626/634) interposto pelo Estado do Espírito Santo em autos de ação indenizatória de responsabilidade civil e de danos morais, com fulcro no art. 105, III, "a", do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo Tribunal Justiça do Estado do Espírito Santo que, em síntese, condenou o Estado recorrente ao pagamento de danos morais e pensão vitalícia à parte ora recorrida. 2. Conforme registram os autos, diversos familiares do autor, inclusive sua filha e esposa, faleceram em razão de acidente automobilístico causado, consoante se constatou na instrução processual, pelo mau estado de conservação da rodovia em que trafegavam, na qual um buraco de grande proporção levou ao acidente fatal ora referido. Essa evidência está consignada na sentença, que de forma minudente realizou exemplar análise das provas coligidas, notadamente do laudo pericial. 3. Em recurso especial duas questões centrais são alegadas pelo Estado do Espírito Santo: a - exorbitância do valor fixado a título de danos morais, estabelecido em R\$ 30.000,00; b - inadequação do valor determinado para os honorários (R\$ 5.000,00). 4. Todavia, no que se refere à adequação da importância indenizatória indicada, de R\$ 30.000,00, uma vez que não se caracteriza como ínfima ou exorbitante, refoge por completo à discussão no âmbito do recurso especial, ante o óbice inscrito na Súmula 7/STJ, que impede a simples revisão de prova já apreciada pela instância a quo, que assim dispôs: O valor fixado pra o dano moral está dentro dos parâmetros legais, pois há equidade e razoabilidade no quantum fixado. **A boa doutrina vem conferindo a esse valor um caráter dúplice, tanto punitivo do agente quanto compensatório em relação à vítima.**

(...)

7. Recurso especial conhecido em parte e não-provido.
(REsp 965500/ES, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2007, DJ 25/02/2008 p. 1) (Grifou-se).

Inclusive, o próprio STJ já dá indícios de “overruling”, como se pode notar através do recente julgado sobre o tema, o REsp 1.057.274-RS:

DANO MORAL COLETIVO. PASSE LIVRE. IDOSO. A concessionária do serviço de transporte público (recorrida) pretendia condicionar a utilização do benefício do acesso gratuito ao transporte coletivo (passe livre) ao prévio cadastramento dos idosos junto a ela, apesar de o art. 38 do Estatuto do Idoso ser expresso ao exigir apenas a apresentação de documento de identidade. Vem daí a ação civil pública que, entre outros pedidos, pleiteava a indenização do dano moral coletivo decorrente desse fato. **Quanto ao tema, é certo que este Superior Tribunal tem precedentes no sentido de afastar a possibilidade de configurar-se tal dano à coletividade, ao restringi-lo às pessoas físicas individualmente consideradas, que seriam as únicas capazes de sofrer a dor e o abalo moral necessários à caracterização daquele dano. Porém, essa posição não pode mais ser aceita, pois o dano extrapatrimonial coletivo prescinde da prova da dor, sentimento ou abalo psicológico sofridos pelos indivíduos. Como transindividual, manifesta-se no prejuízo à imagem e moral coletivas e sua averiguação deve pautar-se nas características próprias aos interesses difusos e coletivos. Dessarte, o dano moral coletivo pode ser examinado e mensurado.** Diante disso, a Turma deu parcial provimento ao recurso do MP estadual. REsp 1.057.274-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 1º/12/2009. (Grifou-se)

Também o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, inciso VI, dispôs ser direito básico do consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos morais, individuais, coletivos e difusos.

Se o Código de Defesa do Consumidor quis proteger os consumidores da possibilidade de publicidade enganosa e descumprimento da oferta (artigos 30, 35 e 37, §1º), então a ofensa a tal direito implica em um dano difuso e moral passível de reparação.

II - Danos individuais homogêneos

Vale ressaltar que a conduta ilícita da ré foi capaz de gerar não só danos coletivos, como também danos individuais homogêneos.

Diz-se isso, pois no presente caso há interesses divisíveis de um grupo de pessoas determinadas ou determináveis, de origem comum e oriundo das mesmas circunstâncias de fato, que foram violados (art. 81, III, CDC).

Já é tema consolidado na jurisprudência que um único ato pode ferir, ao mesmo tempo, direitos naturalmente coletivos (difusos e coletivos propriamente ditos) e direitos acidentalmente coletivos (individuais homogêneos). E é exatamente o que ocorre no caso em voga.

Por essa razão, deve-se aplicar o princípio do máximo benefício da tutela coletiva, que encontra fundamento no art. 103, § 3º do CDC.

Para materialização do princípio do máximo benefício, a ré deve, no bojo da ação civil pública, ser condenado a indenizar as vítimas pelos danos provocados, sejam eles coletivos, ou individuais homogêneos.

Não se pode negar que os efeitos de eventual sentença condenatória em ação civil pública são *ultra partes*, permitindo aos consumidores titulares do direito violado a indenização individual pelos danos causados pela empresa ré.

Assim, em sede de ação civil pública, deverá ser condenado ao ressarcimento desses consumidores, ao passo que o CDC expressamente determina a responsabilidade civil por danos causados aos consumidores individualmente considerados. Por esse motivo, preconiza o art. 6º, VI do CDC:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, **individuais**, coletivos e difusos; (grifou-se).

Ademais, a possibilidade de indenização individual em sede de ação civil pública é intrínseca ao processo coletivo. Nesse sentido, vale citar novamente o esclarecedor precedente do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TELEFONIA MÓVEL. CLÁUSULA DE FIDELIZAÇÃO. DIREITO CONSUMERISTA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ARTS. 81 E 82, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 129, III, DA CF. LEI COMPLEMENTAR N.º 75/93. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO OU QUAISQUER DOS ENTES ELENCADOS NO ARTIGO 109, DA CF/88. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PREENCHIMENTO DOS PRESSUPOSTOS DO ARTIGO 273, DO CPC. SÚMULA 07/STJ. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA. 1. O Ministério Público ostenta legitimidade para a propositura de Ação Civil Pública em defesa de direitos transindividuais, como sói ser a pretensão de vedação de inserção de cláusulas de carência e fidelização, que obrigam a permanência do contratado por tempo cativo, bem como a cobrança de multa ou valor decorrente de cláusula de fidelidade (nos contratos vigentes) celebrados pela empresa concessionária com os consumidores de telefonia móvel, ante a ratio essendi do art. 129, III, da Constituição Federal, arts. 81 e 82, do Código de Defesa do Consumidor e art. 1º, da Lei 7.347/85. Precedentes do STF (AGR no RE 424.048/SC, DJ de 25/11/2005) e S.T.J (REsp 806304/RS, PRIMEIRA TURMA, DJ de 17/12/2008; REsp 520548/MT, PRIMEIRA TURMA, DJ 11/05/2006; REsp 799.669/RJ, PRIMEIRA TURMA, DJ 18.02.2008; REsp 684712/DF, PRIMEIRA TURMA, DJ 23.11.2006 e AgRg no REsp 633.470/CE, TERCEIRA TURMA, DJ de 19/12/2005). 2. In casu, a pretensão veiculada na Ação Civil Pública ab origine relativa à vedação de inserção de cláusulas de carência e fidelização, que obrigam a permanência do contratado por tempo cativo, bem como a cobrança de multa ou valor decorrente de cláusula de fidelidade (nos contratos vigentes) celebrados pela Concessionária com os consumidores de telefonia móvel, revela hipótese de interesses nitidamente transindividuais e por isso apto à legitimação do Parquet. (...) 7. Deveras, o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. 8. **Nas ações que versam interesses individuais homogêneos, esses participam da ideologia das ações difusas, como sói ser a ação civil pública. A despersonalização desses**

interesses está na medida em que o Ministério Público não veicula pretensão pertencente a quem quer que seja individualmente, mas pretensão de natureza genérica, que, por via de prejudicialidade, resta por influir nas esferas individuais. 9. A assertiva decorre do fato de que a ação não se dirige a interesses individuais, mas a coisa julgada in utilibus poder ser aproveitada pelo titular do direito individual homogêneo se não tiver promovido ação própria.(...)
20. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. (REsp 700.206/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 19/03/2010). (grifou-se).

Por todo o exposto, a ré deverá ressarcir os consumidores pelos prejuízos que comprovarem em sede de liquidação, na forma dos artigos 91 e 97, todos da Lei 8.078/90, eis que, de acordo com as circunstâncias, houve prejuízos materiais e moral aos consumidores.

g) Os pressupostos para o deferimento da liminar

Presentes, ainda, os pressupostos para o deferimento de liminar, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

O *fumus boni iuris* configura-se pela prática de publicidade enganosa, descumprimento de oferta e do prazo da troca de produto defeituoso, bem como realiza a venda de produtos indisponíveis em estoque, consoante demonstram as diversas reclamações colacionadas à presente.

O *periculum in mora* se prende à circunstância de que os prejuízos que vêm sendo causados ao consumidor, por óbvio, são irreparáveis ou de difícil reparação.

Inegável que tal atitude é abusiva e não condiz com a boa-fé objetiva. Assim, caso tenha que se esperar o fim da marcha processual para que a ré adeque sua conduta às normas do CDC, muitos consumidores serão lesados, gerando inúmeros constrangimentos aos mesmos.

IV. PEDIDO LIMINAR

Ante o exposto, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro **requer liminarmente e sem a oitiva da parte contrária** que a ré (i) cumpra de forma precisa a publicidade veiculada em seu site acerca dos produtos ofertados, nos termos dos artigos 30 e 35 do CDC; (ii) efetue a troca de seus produtos duráveis dentro do prazo legal de 90 dias (artigo 26, II do CDC), uma vez que comercializa produtos essenciais (artigo 18, § 3º do CDC) e, em caso de produto viciado, dentro do prazo legal exposto no art. 26 do mesmo diploma legal, a sanar o vício no prazo de 30 dias e, não o fazendo, a conferir ao consumidor a escolha de uma das opções contidas no art. 18, § 1º do CDC; (iii) se abstenha de divulgar em todas as suas ofertas publicitárias, veiculadas nos *sites* de venda, produtos que não estejam em estoque ou, quando divulgados nessas condições, faça constar de forma clara e destacada, para que o consumidor possa fácil e imediatamente ler a informação de que o produto está indisponível no estoque no momento da compra, sob pena de multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por descumprimento;

V. PEDIDOS PRINCIPAIS

Ao final, requer o Ministério Público:

- 1) após apreciado liminarmente e deferido, seja julgado procedente o pedido formulado em caráter liminar;
- 2) seja a ré condenada a: (i) cumprir de forma precisa a publicidade veiculada em seu site acerca dos produtos ofertados, nos termos dos artigos 30 e 35 do CDC, (ii) efetuar a troca de seus produtos duráveis dentro do prazo legal de 90 dias (artigo 26, II do CDC), uma vez que comercializa produtos

essenciais (artigo 18, § 3º do CDC) e, em caso de produto viciado, dentro do prazo legal exposto no art. 26 do mesmo diploma legal, a sanar o vício no prazo de 30 dias e, não o fazendo, a conferir ao consumidor a escolha de uma das opções contidas no art. 18, § 1º do CDC; (iii) se abster de divulgar em todas as suas ofertas publicitárias, veiculadas nos *sites* de venda, produtos que não estejam em estoque ou, quando divulgados nessas condições, faça constar de forma clara e destacada, para que o consumidor possa fácil e imediatamente ler a informação de que o produto esta indisponível no estoque no momento da compra, sob pena de multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por descumprimento;

- 3) seja a ré condenada a indenizar, da forma mais ampla e completa possível, os danos materiais e morais causados aos consumidores individualmente considerados, como estabelece o art. 6º, VI do CDC, em virtude da prática aqui tratada;
- 4) seja a ré condenada a reparar os danos materiais e morais causados aos consumidores, considerados em sentido coletivo, no valor mínimo de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), corrigidos e acrescidos de juros, cujo valor reverterá ao Fundo de Reconstituição de Bens Lesados, mencionado no art. 13 da Lei nº 7.347/85;
- 5) a publicação do edital ao qual se refere o art. 94 do CDC;
- 6) a citação da ré para que, querendo, apresente contestação, sob pena de revelia;
- 7) seja condenada a ré ao pagamento de todos os ônus da sucumbência, incluindo os honorários advocatícios.

Além disso, protesta o Ministério Público, nos termos do art. 332 do Código de Processo Civil, pela produção de todas as provas admissíveis no Direito, sob pena de confissão, sem prejuízo da inversão do ônus da prova previsto no art. 38 do Código de Defesa do Consumidor.

O Ministério Público esclarece, ainda, que a presente está acompanhada dos autos originais do IC nº 371/2010 (245 laudas).

Dá-se a esta causa, por força do disposto no art. 258 do Código de Processo Civil, o valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Rio de Janeiro, 19 de novembro de 2013.

PAULO JOSÉ ANDRADE DE ARAÚJO SALLY
Promotor de Justiça
Mat. 4853