

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da Vara Empresarial da Comarca da Capital

Sony Mobile Comunicações do Brasil – Produção e comercialização de uma gama de celulares dotados da funcionalidade “a prova d’água” – Ofertas e publicidades em que enfatizou tal característica, com o manuseio dos aparelhos submersos, sobretudo para utilização da câmara fotográfica – Restrições ao uso dos aparelhos, retirando as funcionalidades prometidas – Propaganda enganosa – violação aos arts. 6º, incisos III e IV, 31, 37, §1º e 51, inciso IV, todos do CDC.

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, por intermédio do Promotor de Justiça que ao final subscreve, em exercício na 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital, com sede na Rua Rodrigo Silva, nº 26, 7º Andar, Centro, neste Município, vem, respeitosamente perante Vossa Excelência, e com fulcro na Lei 7.347/85 e 8.078/90, **ajuizar** a competente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONSUMERISTA com pedido de liminar

em face de **SONY MOBILE COMMUNICATIONS DO BRASIL**, inscrita no CNPJ sob o nº 04.667.337/0001-08, com sede na Rua Ramos Batista, nº 198, 10º andar, Vila Olímpia, São Paulo/SP, CEP: 04552-020, pelas razões que passa a expor:

A Legitimidade do Ministério Público

O Ministério Público possui legitimidade para a propositura de ações em defesa dos direitos coletivos e individuais homogêneos, nos termos do art. 81, parágrafo único, II e III c/c art. 82, I, da Lei nº 8.078/90. Ainda mais em hipóteses como a do caso em tela, em que o número de lesados é muito expressivo. Claro, portanto, 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).

Da ausência de interesse na realização de audiência de conciliação ou mediação

Em cumprimento ao art. 319, inciso VII do Código de Processo Civil em vigor, o autor informa

que não possui interesse na realização de audiência de conciliação ou de mediação.

No caso em tela, existem fatores que estão a indicar que a mediação constitui um ato infrutífero, que apenas colaborará para o prolongamento desnecessário da lide:

- No curso do inquérito civil público no qual foi constatada a irregularidade que constitui a causa de pedir da presente ação já foi tentado acordo, não tendo sido obtido sucesso.

- O entendimento sustentado pelas partes no curso do processo se mostra em completa oposição, posto que, enquanto preconiza o autor que a ré comercializa produtos eivados de vícios, além de impor gradativamente restrições que terminam por quebrar a expectativa dos consumidores, em função de retirarem as funcionalidades que os mesmos podem legitimamente esperar de um aparelho exposto à venda como "a prova d'água", a referida acredita que atende ao dever de informação ao consumidor, uma vez que a empresa orienta os consumidores a utilizar o produto da forma prevista no manual, acreditando, assim, que a sua publicidade é veiculada sem qualquer ilegalidade. Nesse diapasão, o princípio da indisponibilidade que rege a atuação do Ministério Público na tutela de direitos transindividuais, inviabiliza o acordo. Em

outras palavras, se entende a ré que atende o disposto em lei ao disponibilizar no manual do usuário as informações sobre como o consumidor deve utilizar o produto e, além de não concordar com essa posição, está o Parquet impedido de renunciar do pedido formulado ou concordar com a limitação da responsabilidade da empresa, situação que caracterizaria, inclusive, concordância desta instituição com atuação ilegal, só pode a controvérsia ser dirimida através de pronunciamento judicial, restando inútil a busca pela solução consensual.

Além dos já citados, constitui obstáculo à realização da mediação no caso em tela a evidente incongruência entre a exigência de publicidade em se tratando de resolução de conflitos envolvendo ente público e que versa sobre direitos indisponíveis, com o instituto da mediação, regido pela confidencialidade.

A Resolução nº 125 do CNJ elenca a confidencialidade como princípio fundamental que deve reger a conciliação e a mediação:

Art. 1º (Anexo III) - São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

O regramento do Tribunal de Justiça (RESOLUÇÃO TJ/OE/RJ n° 16/2014) determina expressamente a aplicação da citada norma às conciliações e mediações realizadas em seu âmbito:

Art.14. Compete aos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSCs:

I- realizar conciliações e mediações processuais e pré-processuais conforme o disposto na Resolução 125 do CNJ;

Ocorre que a doutrina mostra-se atenta à questão desde a divulgação dos primeiros textos do Projeto do Novo CPC, destacando a inaplicabilidade da confidencialidade em situações como a do caso em tela:

“No sistema brasileiro, contudo, à luz do princípio da publicidade insculpido no artigo 37, *caput*, da nossa Constituição Federal, não me parece haver outra solução jurídica admissível senão o reconhecimento da inaplicabilidade de confidencialidade, como regra, no processo de mediação envolvendo entes públicos”.¹

“Nas hipóteses de solução alternativa de conflitos em que uma das partes seja o Poder Público, há que se observar a regra da publicidade dos atos estatais, o que afasta o sigilo

¹ SOUZA, Luciane Moessa de. *Resolução Consensual de Conflitos Coletivos Envolvendo Políticas Públicas*. Brasília: Fundação Universidade de Brasília. 1ª edição. 2014. p. 65-66.

destas técnicas de solução de conflitos e se enquadra na exceção legal do dever de confidencialidade”.²

Inaplicável, portanto, à luz do princípio da publicidade, insculpido no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, o princípio da confidencialidade sempre que um ente público se fizer presente em um dos polos processuais.

Deste modo, em casos como o presente, há sempre que se observar a regra da publicidade dos atos estatais, o que afasta por completo a possibilidade de resolução do conflito através da mediação, que deve, conforme visto, ser realizada sob o princípio da confidencialidade (incabível na hipótese).

DOS FATOS

Foi recebida pelo Ministério Público representação noticiando que o modelo Xperia Z1, da marca Sony, estaria apresentando diversos vícios, a saber, entrada de água no aparelho, apesar de o mesmo ser comercializado como sendo a prova de água, craqueamento espontâneo da tela e deformação do aparelho em virtude de aquecimento interno.

² GISMONDI, Rodrigo A. Oderbrecht Curi. Mediação Pública In *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Mediação. 14^a edição

A referida representação gerou o Reg. 574/2014 (em anexo), no qual foi constatada a irregularidade que constitui a causa de pedir da presente ação civil pública.

A ré produziu e comercializou uma gama de celulares dotados da funcionalidade "a prova d'água", que não se mostrou verdadeira. Ainda realizou ofertas e publicidades em que enfatizou tal característica, com o manuseio dos aparelhos submersos, sobretudo para utilização da câmara fotográfica (fls. 15 e 16 do IC).

A incidência de defeitos nos telefones mostrou-se grande (fls. 168/169 do IC).

Com efeito, em manifestação de fls. 11/26 do Reg. 574/2014, a Sony informa que existem restrições ao uso do produto, as quais devem ser observadas pelos consumidores, a saber, uso em água doce, em profundidade de até 1,5m, por 30 (trinta) minutos (fls. 15 e 16 do IC). Ocorre que tais restrições foram acentuadamente ampliadas no curso do procedimento investigatório para inclusão, conforme tabela de cuidados básicos constantes do site da empresa, da impossibilidade de expor o aparelho à água com cloro, inibindo sua utilização em piscinas,

p. 192.

o que era expressamente autorizado anteriormente (fls. 15, 16 e 216 do IC), além da inviabilidade de tirar fotos subaquáticas, atividade utilizada como chamariz para a aquisição do produto (fls. 15, 16, 215v° do IC), até mesmo em stands em centros comerciais desta cidade.

Tendo em vista que a prática em comento constitui afronta ao art. 6º, inciso IV do CDC, propôs o Ministério Público a tomada de Termo de Ajustamento de Conduta, através do qual a Sony se comprometeria a se abster de comercializar aparelhos como "a prova d'água" quando os mesmos não puderem ser utilizados em ambientes submersos, bem como de veicular publicidades nas quais seus produtos sejam utilizados em ambientes submersos quando os mesmos não possuírem tal funcionalidade.

Diante da recusa da fornecedora, manifestada em petição de fls. 229/133, não restou outra alternativa ao Parquet que não o oferecimento da presente ação.

DA FUNDAMENTAÇÃO

a) Violação ao princípio da boa-fé objetiva

Conforme o exposto, a empresa ré, ao comercializar seus produtos, o faz de forma irregular, já que frustra as legítimas expectativas de seus clientes.

Vê-se, portanto, que a ré viola de forma transparente o princípio da boa-fé objetiva, o qual deve ser respeitado como a principal premissa orientadora do Código de Defesa do Consumidor.

É o princípio em questão que deve pautar a harmonização das relações de consumo, filosofia consolidada pelas normas consumeristas e transgredida pela empresa ré.

Outrossim, o CDC traz esculpido o princípio da boa-fé objetiva em seu art. 51, IV:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou **sejam incompatíveis com a boa-fé** ou a equidade;

Tal dispositivo normativo, conforme a doutrina pátria, é visto como cláusula geral de conduta a ser seguida pelo consumidor e,

principalmente, pelo fornecedor, parte mais forte na relação de consumo.

A boa-fé objetiva, sistematizada por Franz Wieacker, atua por meio de três funções essenciais, a saber: cânnon interpretativo, norma de criação de deveres jurídicos anexos e norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos.

É com relação à função de criação de deveres jurídicos anexos que a boa-fé objetiva deve fazer-se presente no presente caso.

Os deveres anexos, obrigações concomitantes à prestação principal, podem ser divididos em três: dever de informação, dever de cooperação e dever de cuidado.

Na presente lide, percebemos que as atitudes da ré de colocar a venda produtos com vícios e de não divulgar informações vitais sobre seus produtos de forma clara e em destaque, violam, em um primeiro momento, o dever de informação, o qual deve atuar na fase pré-contratual e pós-contratual.

Ademais, o fornecimento reiterado de produtos defeituosos e que não cumprem com o que foi ofertado vai de encontro ao dever de cooperação e de

cuidado, vez que a ré não atua de maneira proba e leal dentro da relação consumerista.

O que se vê, portanto, é a perpetração de uma conduta que contraria o princípio regente, principalmente, das relações de consumo, o qual é o princípio da boa-fé objetiva.

b) Da violação ao dever de informar no momento da oferta

Por preceito constitucional, o consumidor tem o direito a receber especial proteção do Estado, havendo o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor reconhecido a sua vulnerabilidade e conferindo devida tutela ao equilíbrio da relação de consumo e à boa-fé objetiva.

Como forma de concretização dos princípios expostos, atenta-se à importância da transparência no mercado de consumo, cuja realização é permitida pelo direito básico dos consumidores à informação clara, adequada e correta sobre os serviços comercializados, nos moldes dos arts. 6º, inciso III, e 31, do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, o art. 31 dispõe sobre o dever de informação dos fornecedores, no âmbito das ofertas:

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)

Visa o supracitado dispositivo assegurar ao consumidor, em um momento pré-contratual, o acesso a informações que lhe permitam realizar um ato de consumo consentido e livre. É o que ensina Antônio Herman de Vasconcellos, ao tratar da fase pré-contratual nas relações de consumo:

Isso porque, sem a informação adequada através da oferta, 'a informação contratual corre o risco de chegar tarde demais'. **E é na fase pré-contratual que a decisão do consumidor é efetivamente tomada. Daí a importância de sua informação suficiente ainda nesse estágio.** (GRINOVER, Ada Pellegrini...[et al.].Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 602).(Grifou-se)

No caso em tela, a empresa ré opera em completo arrepio às referidas normas de consumo.

A Sony, através de suas ofertas, descumpre o dever legal à prestação de informações corretas sobre o produto ofertado, utilizando-se, ao extremo oposto do preceito consumerista, de dados inverídicos e fraudulentos para induzir o consumidor à efetivação da compra do aparelho.

Desse modo, ao manipular a veracidade dos fatos ao seu benefício, furta dos consumidores a voluntariedade de sua decisão, que acabam por adquirir, em erro, os produtos da ré e terminam por arcar com prejuízos financeiros para solucionar problemas decorrentes da compra ou até mesmo para adquirir novo produto, fato que constitui violação ao direito básico do consumidor a efetiva prevenção de danos patrimoniais, previsto no art. 6º, inciso VI, do CDC.

c) Da publicidade e oferta enganosa

Como visto, a Sony veiculou propaganda, divulgando seus produtos como "a prova d'água". Contudo, posteriormente, passou a impor, de forma gradativa, restrições para a utilização dos aparelhos por ela fabricados embaixo d'água, a saber, uso em água doce, em profundidade de até 1,5m, por 30 (trinta) minutos, tendo sido ampliadas no curso do procedimento investigatório para inclusão, conforme tabela de cuidados básicos constantes do site da empresa, da impossibilidade de expor o aparelho à água com cloro, inibindo sua utilização em piscinas, o que era expressamente autorizado anteriormente, além da inviabilidade de tirar fotos subaquáticas, atividade utilizada como chamariz para a aquisição do

produto, vide publicidades de (fls. 15, 16, 215vº e 216 do IC), que terminam por quebrar a expectativa dos consumidores, em função de retirarem as funcionalidades que os mesmos podem legitimamente esperar de um aparelho exposto à venda como “a prova d'água”.

Ocorre que, à luz das melhores e mais atuais orientações doutrinárias, se confundem, hodiernamente, as figuras da oferta e da publicidade, de forma que não se pode afastar o caráter publicitário do recurso comercial utilizado pela ré.

A oferta, nesse sentido, não pode ser restrita a sua concepção clássica e engessada por requisitos específicos de existência. À luz da evolução doutrinária e jurisprudencial, tal aceção foi afastada, prevalecendo aquela mais adequada ao mercado de massa e ao direito consumerista, conforme ensina Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin:

“Oferta, em tal aceção, é sinônimo de marketing, significando todos os métodos, técnicas e instrumentos que aproximam o consumidor dos produtos e serviços colocados a sua disposição no mercado pelos fornecedores. Qualquer uma dessas técnicas, desde que ‘suficientemente precisa’, pode transformar-se em veículo eficiente de oferta vinculante” (Grifou-se) (GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. **Código de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998 pág. 213).

Por esse viés, entende a doutrina que a publicidade, como técnica de apresentação coletiva de produtos e serviços, não se afasta das atividades abarcadas pelo conceito moderno de oferta:

“Vê-se, então, que a oferta, nesse sentido moderno, abrange não apenas as técnicas de indução pessoal, como ainda outras mais coletivas e difusas, entre as quais estão as promoções de vendas e a **própria publicidade**.” (Grifou-se) (Ibidem, pág. 213).

Portanto, fala-se, atualmente, em oferta publicitária:

“Hoje, diversamente, **a melhor doutrina e jurisprudência reconhecem ser ‘normal’ que se reconheça à publicidade um ‘valor contratual’**, mesmo que ‘o documento publicitário precise que nada mais tem que um valor indicativo e que não se constitui em um documento contratual’” (Grifou-se) (Ibidem, pág. 212).

Nesse diapasão, o Código de Defesa do Consumidor manifesta clara aversão à publicidade enganosa, cujo conceito esclarece o art. 37, §1º, do CDC, *in verbis*:

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)

Pelo supracitado dispositivo legal, resta evidente que a conduta adotada pela Sony constitui verdadeira publicidade enganosa, vez que os consumidores não recebem informações claras acerca das especificações técnicas do produto antes de adquiri-lo.

Ademais, o fornecedor tem também a obrigação de transmitir informações verídicas em suas ofertas:

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.

O que se observa, por conseguinte, é o uso de argumentos falsos, repassados por oferta comercial de caráter publicitário e destinados a transmitir informações inverídicas sobre um produto, com o objetivo induzir sua obtenção pelo consumidor. Trata-se, por conseguinte, de conduta expressamente repudiada pelas regras e princípios que regem as relações de consumo.

d) Os danos materiais e morais causados aos consumidores considerados em sentido individual

É cristalino, após todo o exposto, que a conduta da ré tem potencial para gerar danos materiais e morais aos consumidores individualmente considerados, sendo certo que, para que haja condenação em danos morais e materiais individuais, não é necessário que o autor da ação civil pública demonstre os danos individualmente sofridos pelos consumidores.

Em sede de ação civil pública, deve a ré ser condenada ao ressarcimento dos consumidores, vez que o CDC expressamente prevê que, na ação coletiva visando a responsabilidade civil por danos causados aos consumidores individualmente considerados, deve ser prolatada sentença genérica, *verbis*:

Art. 91. Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes.

Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.

A comprovação do prejuízo individual deve ser realizada em fase de liquidação de sentença, conforme previsto no artigo 97 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 97. A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82.

Conclui-se que o diploma consumerista exige que o autor da ação civil pública demonstre apenas a potencialidade lesiva da conduta perpetrada pela ré. No caso em tela, inegável a possibilidade de sofrimento de prejuízos de ordem moral e material em razão da conduta por ela adotada.

Verifica-se, portanto, que restou demonstrada a potencialidade lesiva da conduta perpetrada pela ré, devendo a comprovação do prejuízo individual ser realizada na fase de liquidação de sentença, na forma do artigo 97 do Código de Defesa do Consumidor.

e) Os danos morais e materiais causados aos consumidores considerados de forma coletiva

Em face das irregularidades narradas na presente, deve a ré ser condenada, ainda, a ressarcir da forma mais ampla possível os consumidores, coletivamente considerados, pela violação ao Código de Defesa do Consumidor.

Em um primeiro momento, é importante frisar, com relação ao dano moral coletivo, a sua

previsão expressa no nosso ordenamento jurídico nos art. 6º, incisos VI e VII do CDC:

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;

No mesmo sentido, o art. 1º da Lei nº. 7.347/85:

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

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.

Assim, como afirma Leonardo Roscoe Bessa, em artigo dedicado especificamente ao tema, “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

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

Tratamos, nesse momento, de uma nova gama de direitos, difusos e coletivos, necessitando-se, pois, de uma nova forma de sua tutela. E essa nova proteção, com base no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, se sobressai, sobretudo, no aspecto preventivo da lesão. Por isso, são cogentes meios idôneos a punir o comportamento que ofenda (ou ameace) direitos transindividuais.

Nas palavras do mesmo autor, “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

Portanto, a par dessas premissas, vemos que a função do dano moral coletivo é homenagear os princípios da prevenção e precaução, com o intuito de

³ BESSA, Leonardo Roscoe. *Dano moral coletivo*. In Revista de Direito do Consumidor n° 59/2006.

propiciar uma tutela mais efetiva aos direitos difusos e coletivos, como no caso em tela.

Menciona, inclusive, Leonardo Roscoe Bessa que “como reforço de argumento para conclusão relativa ao caráter punitivo do *dano moral coletivo*, é importante ressaltar a aceitação da sua função punitiva até mesmo nas relações privadas individuais”.⁵

Ou seja, o caráter punitivo do dano moral sempre esteve presente, até mesmo nas relações de cunho privado e intersubjetivas. É o que se vislumbra da fixação de astreintes e de cláusula penal compensatória, a qual tem o objetivo de pré-liquidação das perdas e danos e de coerção ao cumprimento da obrigação.

Ademais, a função punitiva do dano moral individual é amplamente aceita na doutrina e na jurisprudência. Tem-se, portanto, um caráter dúplice do dano moral: indenizatório e punitivo.

E o mesmo se aplica, nessa esteira, ao dano moral coletivo.

⁴ _____, Leonardo Roscoe. *Dano moral coletivo*. In Revista de Direito do Consumidor n° 59/2006.

⁵ _____. *Dano moral coletivo*. In Revista de Direito do Consumidor n° 59/2006.

Em resumo, mais uma vez se utilizando do brilhante artigo produzido por Leonardo Roscoe Bessa, “a dor psíquica ou, de modo mais genérico, a afetação da integridade psicofísica da pessoa ou da coletividade não é pressuposto para caracterização do *dano moral coletivo*. Não há que se falar nem mesmo em “sentimento de despreço e de perda de valores essenciais que afetam negativamente toda uma coletividade” (André Carvalho Ramos) “diminuição da estima, infligidos e apreendidos em dimensão coletiva” ou “modificação desvaliosa do espírito coletivo” (Xisto Tiago). Embora a afetação negativa do estado anímico (individual ou coletivo) possa ocorrer, em face das mais diversos meios de ofensa a direitos difusos e coletivos, a configuração do denominado *dano moral coletivo* é absolutamente independente desse pressuposto”.⁶

Constitui-se, portanto, o dano moral coletivo de uma função punitiva em virtude da violação de direitos difusos e coletivos, sendo devidos, de forma clara, no caso em apreço.

Nesse sentido a jurisprudência, do STJ E TJ -RJ, com o reconhecimento do dano moral coletivo:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DO CONSUMIDOR. TELEFONIA. VENDA CASADA. SERVIÇO E APARELHO. OCORRÊNCIA. DANO MORAL COLETIVO. CABIMENTO. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. Trata-se de ação civil pública apresentada ao fundamento de que a empresa de telefonia estaria efetuando venda casada, consistente em impor a aquisição de aparelho

⁶ _____. *Dano moral coletivo*. In Revista de Direito do Consumidor n° 59/2006.

telefônico aos consumidores que demonstrassem interesse em adquirir o serviço de telefonia.

(...)

7. A possibilidade de indenização por dano moral está prevista no art. 5º, inciso V, da Constituição Federal, não havendo restrição da violação à esfera individual. A evolução da sociedade e da legislação têm levado a doutrina e a jurisprudência a entender que, quando são atingidos valores e interesses fundamentais de um grupo, não há como negar a essa coletividade a defesa do seu patrimônio imaterial.

8. O dano moral coletivo é a lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a violação de direito transindividual de ordem coletiva, valores de uma sociedade atingidos do ponto de vista jurídico, de forma a envolver não apenas a dor psíquica, mas qualquer abalo negativo à moral da coletividade, pois o dano é, na verdade, apenas a consequência da lesão à esfera extrapatrimonial de uma pessoa.

9. Há vários julgados desta Corte Superior de Justiça no sentido do cabimento da condenação por danos morais coletivos em sede de ação civil pública. Precedentes: EDcl no AgRg no AgRg no REsp 1440847/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 15/10/2014, REsp 1269494/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 01/10/2013; REsp 1367923/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 06/09/2013; REsp 1197654/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 08/03/2012.

10. Esta Corte já se manifestou no sentido de que "não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso, que dê ensanchas à responsabilidade civil. Ou seja, nem todo ato ilícito se revela como afronta aos valores de uma comunidade. Nessa medida, é preciso que o fato transgressor seja de razoável

significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, inquietude social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. (REsp 1.221.756/RJ, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, DJe 10.02.2012).

11. A prática de venda casada por parte de operadora de telefonia é capaz de romper com os limites da tolerância. No momento em que oferece ao consumidor produto com significativas vantagens - no caso, o comércio de linha telefônica com valores mais interessantes do que a de seus concorrentes - e de outro, impõe-lhe a obrigação de aquisição de um aparelho telefônico por ela comercializado, realiza prática comercial apta a causar sensação de repulsa coletiva a ato intolerável, tanto intolerável que encontra proibição expressa em lei.

12. Afastar, da espécie, o dano moral difuso, é fazer tabula rasa da proibição elencada no art. 39, I, do CDC e, por via reflexa, legitimar práticas comerciais que afrontem os mais basilares direitos do consumidor.

13. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1397870/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2014, DJe 10/12/2014) – grifo nosso.

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

DANOS MORAIS DIFUSOS, IGUALMENTE CONFIGURADOS, MEDIANTE DEPÓSITO NO FUNDO ESTADUAL ADEQUADO.

1.- A indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletiva e difusa, tem seu fundamento no artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor.

2.- Já realmente firmado que, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. **Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, inquietude social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva.**

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

3.- No presente caso, contudo restou exaustivamente comprovado nos autos que a condenação à composição dos danos morais teve relevância social, de modo que, o julgamento repara a lesão causada pela conduta abusiva da ora Recorrente, ao oferecer plano de telefonia sem, entretanto, alertar os consumidores acerca das limitações ao uso na referida adesão. O Tribunal de origem bem delineou o abalo à integridade psico-física da coletividade na medida em que foram lesados valores fundamentais compartilhados pela sociedade.

4.- Configurada ofensa à dignidade dos consumidores e aos interesses econômicos diante da inexistência de informação acerca do plano com redução de custo da assinatura básica, ao lado da condenação por danos materiais de rigor moral ou levados a condenação à indenização por danos morais coletivos e difusos.

5.- Determinação de cumprimento da sentença da ação civil pública, no tocante à lesão aos participantes do "LIG-MIX", pelo período de duração dos acréscimos indevidos: a) por danos materiais, individuais por intermédio da devolução dos

valores efetivamente cobrados em telefonemas interurbanos e a telefones celulares; b) por danos morais, individuais mediante o desconto de 5% em cada conta, já abatido o valor da devolução dos participantes de aludido plano, por período igual ao da duração da cobrança indevida em cada caso;

c) **por dano moral difuso mediante prestação ao Fundo de Reconstituição de Bens Lesados do Estado de Santa Catarina**; d) realização de levantamento técnico dos consumidores e valores e à operacionalização dos descontos de ambas as naturezas; e) informação dos descontos, a título de indenização por danos materiais e morais, nas contas telefônicas.

6.- Recurso Especial improvido, com determinação (n. 5 supra).

(REsp. 1291213/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 30/08/2012, DJe 25/09/2012 – grifo nosso).

ADMINISTRATIVO - TRANSPORTE - PASSE LIVRE - IDOSOS - DANO MORAL COLETIVO - DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA DOR E DE SOFRIMENTO - APLICAÇÃO EXCLUSIVA AO DANO MORAL INDIVIDUAL - CADASTRAMENTO DE IDOSOS PARA USUFRUTO DE DIREITO - ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA PELA EMPRESA DE TRANSPORTE - ART. 39, § 1º DO ESTATUTO DO IDOSO - LEI 10741/2003 VIAÇÃO NÃO PREQUESTIONADO.

1. O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base.

2. O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico,

suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos.

3. Na espécie, o dano coletivo apontado foi a submissão dos idosos a procedimento de cadastramento para o gozo do benefício do passe livre, cujo deslocamento foi custeado pelos interessados, quando o Estatuto do Idoso, art. 39, § 1º exige apenas a apresentação de documento de identidade.

4. Conduta da empresa de viação injurídica se considerado o sistema normativo.

5. Afastada a sanção pecuniária pelo Tribunal que considerou as circunstâncias fáticas e probatórias e restando sem prequestionamento o Estatuto do Idoso, mantém-se a decisão.

5. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp. 1057274/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 26/02/2010.

Portanto, impõe-se o reconhecimento da existência de danos morais e materiais, causados aos consumidores considerados em sentido coletivo, no presente caso, haja vista a relevância social dos direitos envolvidos e o posicionamento da legislação e jurisprudência nacionais.

f) Os pressupostos para o deferimento da liminar

PRESENTES AINDA OS PRESSUPOSTOS PARA O DEFERIMENTO DE LIMINAR, quais sejam, a probabilidade do direito e o perigo de dano.

O primeiro requisito se faz presente em virtude das informações prestadas pela própria ré,

que reconhece que os produtos apresentam restrições de uso, as quais frustram a expectativa dos consumidores, em função de retirarem as funcionalidades de um aparelho exposto à venda como "a prova d'água".

O perigo de dano decorre da necessidade de cessar imediatamente as ofertas enganosas, além da dificuldade em efetivar a reparação dos prejuízos financeiros suportados pelos consumidores ao buscarem a reparação dos defeitos do produto ou a devolução dos valores pagos pelo aparelho por terem suas expectativas frustradas.

Por fim, em relação à reversibilidade do provimento jurisdicional, exigida pelo art. 300, § 3º do CPC/2015, presente tal requisito, tendo em vista a possibilidade de retorno da comercialização e veiculação de publicidade do produto, em caso de improcedência da presente ação.

DO PEDIDO LIMINAR

Ante o exposto o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO **requer LIMINARMENTE E SEM A OITIVA DA PARTE CONTRÁRIA** que seja determinado *initio litis* à ré que, sob pena de multa diária de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais):

i) se abstenha de comercializar ou apresentar de qualquer forma seus produtos como "a prova d'água" quando eles não puderem ser normalmente utilizados em ambientes submersos (com a execução de suas funcionalidades básicas, como câmera, relógio, entre outras, afundados em meio aquático geralmente frequentado pelos consumidores, como piscinas, mar ou banheiras);

ii) se abstenha de veicular publicidades nas quais seus produtos sejam utilizados ou apresentados submersos quando eles não puderem ser normalmente utilizados em tais ambientes, nos termos expostos no item supra.

DOS PEDIDOS PRINCIPAIS

Requer ainda o Ministério Público:

a) que, após apreciado liminarmente e deferido, seja confirmado o pleito formulado em caráter liminar;

b) seja a ré condenada, sob pena de multa diária de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais): i) a se abster de comercializar ou apresentar de qualquer forma seus produtos como "a prova d'água" quando eles não puderem ser normalmente utilizados em ambientes submersos (com a execução de suas funcionalidades

básicas, como câmera, relógio, entre outras, afundados em meio aquático geralmente frequentado pelos consumidores, como piscinas, mar ou banheiras);

ii) se abster de veicular publicidades nas quais seus produtos sejam utilizados ou apresentados submersos quando eles não puderem ser normalmente utilizados em tais ambientes, nos termos expostos no item supra.

c) seja a ré condenada a indenizar, da forma mais ampla e completa possível, os danos materiais e morais de que tenha padecido o consumidor, individualmente considerado, acrescido de correção monetária e juros legais, em virtude dos fatos narrados, a serem apurados em liquidação;

d) seja a ré condenada ao pagamento, a título de dano moral coletivo, do valor mínimo de R\$3.000.000,00 (três milhões de reais), corrigido e acrescido de juros, cujo valor reverterá ao Fundo de Reconstituição de Bens Lesados, mencionado no art. 13 da Lei n° 7.347/85;

e) sejam publicados os editais a que se refere o art. 94 do CDC;

f) seja a ré condenada ao pagamento de todos os ônus de sucumbência, incluindo os *honorários advocatícios*.

Protesta, ainda, o Ministério Público, nos termos do art. 369 do Código de Processo Civil, pela produção de todas as provas em direito admissíveis, notadamente a pericial, a documental, bem como depoimento pessoal da ré, sob pena de confissão, sem prejuízo da inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Dá-se à causa, por força do disposto no art. 291 do Código de Processo Civil, o valor de R\$3.000.000,00 (três milhões de reais).

Rio de Janeiro, 6 de junho de 2016

Julio Machado Teixeira Costa

Promotor de Justiça

Mat. 2099