

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

**Smart Fit Escola de Ginástica e Dança S/A – pagamento dos serviços realizado através de: (i) taxa de adesão; (ii) taxa de manutenção anual e (iii) 12 pagamentos mensais – exigência de adiantamento das mensalidades dos 12 meses para pagamento em dinheiro, além do pagamento imediato da taxa de adesão e manutenção anual – pagamento da mensalidade, mês a mês, apenas através de débito em conta ou cartão – restrição do curso legal da moeda – violação do art. 1º do Decreto-lei nº 857/1969 c/c art. 1º da Lei 9.069/1995 – prática abusiva por estabelecer diferenciação para pagamento à vista e no cartão: art. 39, V e X, do CDC, art. 51 do CDC, Lei n. 12.529/2011 (art. 36, §3º, X e XI) – ofertas e publicidades divulgam em destaque e exclusivamente o valor das mensalidades, que não podem ser pagas em dinheiro – contrariedade ao disposto no art. 31 e 37 do Código de Defesa do Consumidor.**

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 **SMART FIT ESCOLA DE GINÁSTICA E DANÇA S.A.**, inscrita no CNPJ sob o nº 07.594.978/0001-78, com sede na Avenida Giovanni Gronchi, nº 5.800, AR

01, Vila Andrade, São Paulo/SP, CEP: 05724-002, 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 possui a obrigação de disponibilizar o pagamento das mensalidades mês a mês através de boleto bancário e/ou dinheiro em espécie, como faz em relação ao pagamento por débito em conta e cartão, a referida acredita que atende o disposto no art. 1º do Decreto-lei nº 857/1969 c/c art. 1º da Lei 9.069/1995 ao fazê-lo apenas em relação ao pagamento antecipado das 12 mensalidades à vista. 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 o pagamento através de dinheiro em espécie ou boleto bancário apenas em caso de antecipação à vista de 12 mensalidades 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”.<sup>1</sup>

“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

---

<sup>1</sup> 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”.<sup>2</sup>

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 a Smart Fit Escola de Ginástica e Dança S/A não permite a quitação da mensalidade por meio de boleto bancário ou em espécie.

---

<sup>2</sup> GISMONDI, Rodrigo A. Oderbrecht Curi. Mediação Pública In *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Mediação. 14ª edição p. 192.

A referida representação gerou o Reg. 854/2015 (em anexo), no qual foi constatada a irregularidade que constitui a causa de pedir da presente ação civil pública.

Com efeito, em manifestação de fls. 48/57 do Reg. 854/2015, a Smart Fit informa que o pagamento dos serviços é realizado através de: (i) taxa de adesão; (ii) taxa de manutenção anual e (iii) 12 pagamentos mensais. Ocorre que o pagamento em dinheiro só pode ser feito com o **adiantamento** das mensalidades de 12 meses, além do pagamento imediato da taxa de adesão e manutenção anual. O pagamento da mensalidade, mês a mês, só pode ser realizado por débito em conta ou cartão.

As ofertas e publicidades da ré alardear o preço de seus serviços ainda divulgam em destaque e exclusivamente o valor das mensalidades (fls. 52, 246 e 248 do IC) que, repita-se, não podem ser pagas em dinheiro.

Tendo em vista que a prática em comento constitui afronta ao art. 6º, inciso VI do CDC, art. 1º do Decreto-lei nº 857/1969 c/c ao art. 1º da Lei 9.069/1995, propôs o Ministério Público a tomada de Termo de Ajustamento de Conduta, através do qual a Smart Fit se comprometeria a permitir a quitação de seus serviços, inclusive anuidade, por meio de boleto

bancário ou em espécie, podendo o consumidor optar por fazê-lo, sem qualquer acréscimo, no mesmo número de parcelas e condições disponibilizadas para as demais formas de pagamento.

Diante da recusa da fornecedora, manifestada em petição de fls. 198/204, não restou outra alternativa ao Parquet que não o oferecimento da presente ação.

#### **DA FUNDAMENTAÇÃO**

##### **a) A restrição ao curso legal da moeda - Descumprimento do art. 1º do Decreto-lei nº 857/1969 c/c art. 1º da Lei 9.069/1995**

O art. 1º do Decreto-lei nº 857/1969 c/c art. 1º da Lei 9.069/1995, estabelece o curso legal da moeda em todo o território nacional, declarando a nulidade de pleno direito dos contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que, exequíveis no Brasil, estipulem pagamento em ouro, em moeda estrangeira, ou, por alguma forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal da mesma.

Conforme já ressaltado, em fls. 48/57, a Smart Fit informa que o pagamento das 12 mensalidades, em dinheiro, pode ser realizado apenas

com o adiantamento de todas elas. O pagamento da mensalidade, mês a mês, só pode ser realizado por débito em conta ou cartão.

Em nova manifestação, constante de fls. 198/204 do Reg. 854/2015, esclarece que o sistema em questão possibilitaria que a empresa reduzisse gastos com a contratação de segurança privada, transporte de valores e instalação e manutenção de cofres em suas unidades, além da desnecessidade de contratar funcionários para operar o caixa das unidades.

No que concerne à segurança, basta que a quitação em dinheiro possa ser feita por boleto bancário.

Nada impede que a Smart Fit adote práticas que reduzam os custos do serviço por ela oferecidos, desde que não o faça em detrimento dos direitos dos consumidores.

No caso em tela, embora as medidas tomadas gerem as vantagens supracitadas para a empresa, trazem prejuízos aos seus clientes, que, em razão da inviabilização do pagamento das mensalidades em dinheiro ficam alijados da possibilidade de se utilizar do serviço, por não disporem da vultosa

quantia, por não terem conta em banco ou cartão, prática que a lei veda.

Caso consigam pagar em dinheiro, se veem obrigados a portar a quantia referente à totalidade das mensalidades e demais encargos, que, na maioria dos casos, representa valor próximo ou superior a R\$ 1.000,00 (mil reais). O modelo adotado pela ré protege unicamente ela quanto ao trânsito de dinheiro em espécie na academia, e não os consumidores, conforme discorrido acima.

Os consumidores ainda podem ser forçados a abrir conta corrente ou contratar cartão, para utilização dos serviços, sendo que estas duas últimas importam em custos aos consumidores, como bem ressaltado pelo consumidor representante. E ainda há quem não possa ter utilizar tais serviços, por exemplo, por ter nome negativado nos órgãos de proteção ao crédito.

Há exposição dos consumidores, ainda, no caso do pagamento parcelado através de débito em conta corrente ou cartão, vez que as informações pertinentes aos referidos ficam confiadas aos prepostos da ré, para que sejam realizados mensalmente os respectivos descontos.

**b) Da publicidade enganosa**

As ofertas e publicidades da ré alardear o preço de seus serviços ainda divulgam em destaque e exclusivamente o valor das mensalidades (fls. 52, 246 e 248 do IC) que, repita-se, não podem ser pagas em dinheiro.

As ofertas não asseguram assim informações claras, corretas, precisas e ostensivas acerca do preço de seus serviços, em contrariedade ao disposto no art. 31 do Código de Defesa do Consumidor.

Tais publicidades ainda se mostram capazes de induzir em erro o consumidor sobre o preço de seus serviços, se caracterizando com enganosa, nos termos do art. 37 do Código de Defesa do Consumidor.

**c) Prática abusiva por estabelecer diferenciação para pagamento à vista e no cartão**

O STJ já decidiu que não se pode estabelecer diferenciação para o pagamento à vista e em cartão, por força do disposto nos arts. 39, V e X, do CDC, art. 51 do CDC, Lei n. 12.529/2011 (art. 36, §3º, X e XI), o que a ré ofende.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.479.039 - MG (2014/0223163-4)  
RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS RECORRENTE :  
CÂMARA DE DIRIGENTES LOJISTAS DE BELO HORIZONTE  
ADVOGADO : PATRICIA LOYOLA FRANCA CANABRAVA E  
OUTRO(S) RECORRIDO : ESTADO DE MINAS GERAIS  
PROCURADOR : DIOGENES BALEEIRO NETO E OUTRO(S)  
EMENTA CONSUMIDOR E ADMINISTRATIVO. AUTUAÇÃO PELO  
PROCON. LOJISTAS. DESCONTO PARA PAGAMENTO EM  
DINHEIRO OU CHEQUE EM DETRIMENTO DO PAGAMENTO EM  
CARTÃO DE CRÉDITO. PRÁTICA ABUSIVA. CARTÃO DE CRÉDITO.  
MODALIDADE DE PAGAMENTO À VISTA. "PRO SOLUTO" .  
DESCABIDA QUALQUER DIFERENCIAÇÃO. DIVERGÊNCIA  
INCOGNOSCÍVEL. 1. O recurso especial insurge-se contra acórdão  
estadual que negou provimento a pedido da Câmara de Dirigentes  
Lojistas de Belo Horizonte no sentido de que o Procon/MG se abstenha  
de autuar ou aplicar qualquer penalidade aos lojistas pelo fato de não  
estenderem aos consumidores que pagam em cartão de crédito os  
descontos eventualmente oferecidos em operações comerciais de bens  
ou serviços pagos em dinheiro ou cheque. 2. Não há confusão entre as  
distintas relações jurídicas havidas entre (i) a instituição financeira  
(emissora) e o titular do cartão de crédito (consumidor); (ii) titular do  
cartão de crédito (consumidor) e o estabelecimento comercial  
credenciado (fornecedor); e (iii) a instituição financeira (emissora e,  
eventualmente, administradora do cartão de crédito) e o  
estabelecimento comercial credenciado (fornecedor). 3. O  
estabelecimento comercial credenciado tem a garantia do pagamento  
efetuado pelo consumidor por meio de cartão de crédito, pois a  
administradora assume inteiramente a responsabilidade pelos riscos  
creditícios, incluindo possíveis fraudes. 4. O pagamento em cartão de  
crédito, uma vez autorizada a transação, libera o consumidor de  
qualquer obrigação perante o fornecedor, pois este dará ao consumidor  
total quitação. Assim, o pagamento por cartão de crédito é modalidade  
de pagamento à vista, pro soluto, implicando, automaticamente,  
extinção da obrigação do consumidor perante o fornecedor. 5. A  
diferenciação entre o pagamento em dinheiro, cheque ou cartão de  
crédito caracteriza prática abusiva no mercado de consumo, nociva ao  
equilíbrio contratual. Exegese do art. 39, V e X, do CDC: "Art. 39. É  
vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas  
abusivas: (...) V - exigir do consumidor vantagem manifestamente

excessiva; (...) X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços". 6. O art. 51 do CDC traz um rol meramente exemplificativo de cláusulas abusivas, num "conceito aberto" que permite o enquadramento de outras abusividades que atentem contra o equilíbrio entre as partes no contrato de consumo, de modo a preservar a boa-fé e a proteção do consumidor. 7. A Lei n. 12.529/2011, que reformula o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, considera infração à ordem econômica, a despeito da existência de culpa ou de ocorrência de efeitos nocivos, a discriminação de adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços mediante imposição diferenciada de preços, bem como a recusa à venda de bens ou à prestação de serviços em condições de pagamento corriqueiras na prática comercial (art. 36, X e XI).

**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 Leornado 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”.<sup>3</sup>

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”.<sup>4</sup>

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 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”.<sup>5</sup>

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

---

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

<sup>4</sup> \_\_\_\_\_, Leonardo Roscoe. *Dano moral coletivo*. In Revista de Direito do Consumidor n° 59/2006.

<sup>5</sup> \_\_\_\_\_. *Dano moral coletivo*. In Revista de Direito do Consumidor n° 59/2006.

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.

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”.<sup>6</sup>

Constitui-se, portanto, o dano moral coletivo de uma função punitiva em virtude da

---

<sup>6</sup> \_\_\_\_\_. *Dano moral coletivo*. In Revista de Direito do Consumidor n° 59/2006.

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 - 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.

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 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, intranquilidade 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).

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.

**d) 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 disponibiliza como formas de pagamento das mensalidades mês a mês apenas o débito em conta e por cartão, impossibilitando a quitação nos mesmos moldes em dinheiro ou boleto bancário, que só pode ser utilizado com o adiantamento de 12 mensalidades.

O perigo de dano decorre da inviabilização do pagamento das mensalidades em dinheiro, que, como demonstrado, impede muitos consumidores injustamente de usufruir do serviço, e obriga outros a portar a quantia referente à totalidade da anuidade ou abrir conta corrente ou contratar cartão.

O adiantamento de todas as mensalidades significa usualmente obstáculo intransponível para a utilização dos serviços por aqueles que não possuem a

vultosa quantia ou não tem conta ou cartão, ou não querem ou podem utilizá-los.

Os consumidores são ainda expostos a risco de assaltos, vez que se veem obrigados a portar a quantia referente à totalidade da anuidade, que, na maioria dos casos, representa valor próximo ou superior a R\$ 1.000,00 (mil reais).

Já a obrigação de abrir conta ou contratar cartão importa em custos desnecessários aos consumidores, como bem ressaltado pelo consumidor representante.

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 alteração das formas de pagamento disponibilizadas pela empresa, para excluir a modalidade de mensalidades adimplidas mês a mês em dinheiro ou boleto bancário, em caso de improcedência do pedido 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, sob pena de multa diária de R\$10.000,00 (dez mil reais), que:

i) permita a quitação de seus serviços por meio de boleto bancário ou em espécie, podendo o consumidor optar por fazê-lo, sem qualquer acréscimo, no mesmo número de parcelas e condições disponibilizado para as demais formas de pagamento;

ii) se exima, em todas as suas ofertas e publicidades, veiculadas por qualquer meio, de divulgar o preço de seus serviços, em parcelas e condições que não podem ser adimplidas em dinheiro ou boleto bancário.

#### **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\$10.000,00 (dez mil reais), a: i) permitir a quitação de seus serviços por meio de boleto bancário ou em espécie, podendo o consumidor optar por fazê-lo, sem qualquer acréscimo, no mesmo número de parcelas e condições disponibilizado para as demais

formas de pagamento; ii) se eximir, em todas as suas ofertas e publicidades, veiculadas por qualquer meio, de divulgar o preço de seus serviços, em parcelas e condições que não podem ser adimplidas em dinheiro ou boleto bancário.

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\$ 500.000,00 (quinhentos mil 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\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Rio de Janeiro, 23 de maio de 2016.

***Julio Machado Teixeira Costa***

Promotor de Justiça

Mat. 2099