

Processo nº:

0058880-31.2010.8.19.0001

Tipo do Movimento:

Sentença

Descrição:

PODER JUDICIARIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO 7ª VARA EMPRESARIAL DA COMARCA DA CAPITAL PROCESSO 0058880-31.2010.8.19.0001 SENTENÇA Vistos etc. Cuida-se de Ação Civil Pública com pedido de antecipação de tutela proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO em face de LEADER S/A ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO, alegando em síntese que a ré, na qualidade de fornecedora do serviço de emissão e administração de crédito por meio de 'cartão', transfere para o consumidor, por meio de cláusula que considera abusiva, o risco do empreendimento em determinadas situações. Isto porque a cláusula 9.2 dos seus Contratos de Cartão de Crédito estabelece a responsabilidade do consumidor pela perda, furto, roubo ou pela utilização indevida como meio de pagamento, antes da eventual comunicação. Requer a concessão da antecipação da tutela para que a ré se abstenha de responsabilizar o consumidor pela utilização indevida do cartão como meio de pagamento, antes de eventual comunicação à ré da perda, furto ou roubo do cartão, sob pena de multa diária no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Requer, no mérito, seja declarada abusiva a cláusula contratual 9.2 ou qualquer outra que exonere a responsabilidade civil da ré quanto à utilização indevida do cartão de crédito e implique em renúncia ou disposição de direitos, sobretudo quanto ao risco de dano inerente à atividade da ré, condenando-se a mesma, outrossim, a expurgá-las; seja a ré condenada a indenizar o dano patrimonial e moral causado pelo pagamento dos débitos contraídos por terceiros anteriormente à comunicação do

consumidor à administradora, na forma do art. 42, § único do CDC, assim como indenizar o dano moral coletivo causado ao mercado de consumo e a condenação em honorários. Decisão às fls. 13/14 deferindo a antecipação dos efeitos da tutela. Às fls. 20/63 comunicação da interposição de agravo por parte da ré. Às fls. 69, decisão reconsiderando a antecipação dos efeitos da tutela, em sede de juízo de retratação. O réu apresentou impugnação ao valor da causa em apartado e, às fls. 73/104, contestação alegando, preliminarmente, a ilegitimidade do autor e a carência acionária, por se tratarem de interesses e direitos essencialmente privados e individuais com características coletivas, mas disponíveis, o que afasta a legitimidade extraordinária do MP, e o uso da via utilizada. No mérito sustenta não haver caráter abusivo ou ilegalidade no dispositivo contratual alvejado; não ser devida a condenação à repetição de indébito ante a ausência de má-fé da ré; não ser devido dano moral coletivo, pois não há provas de relevante lesão à esfera moral da comunidade local e, por fim, não ser cabível condenação em honorários por inexistência de má-fé. Réplica às fls. 130/147, na qual o Ministério Público ratifica suas razões de mérito pugnano pela procedência do pedido, e rebate as preliminares considerando tratar-se da defesa de direitos difusos e coletivos transindividuais de natureza indivisível decorrentes de cláusula contida em contrato de adesão que atingem de forma uniforme e indistinta os usuários dos serviços prestados pela ré. Às fls. 156 despacho determinando a especificação de provas. Às fls. 158 manifestação da ré requerendo a produção de prova documental superveniente, e, às fls. 173 promoção Ministerial requerendo julgamento antecipado da lide por não ter mais provas a produzir. Às fls. 178 decisão deferindo a produção de prova documental suplementar,

atendido pela ré às fls. 182/219 e 227/263. Às fls. 221 e 265 considerações do MP a respeito da prova documental apresentada. Fls. 274/278 e 280/285 razões finais dos envolvidos repisando os argumentos já expostos. Decisão exarada no incidente de impugnação ao valor da causa, fixando o novo valor econômico da lide em R\$100.000,00. É o relatório. Decido. Não merecem acolhida as preliminares de ilegitimidade ativa e de carência acionária. Compulsando-se os autos, facilmente se constata trata-se de violação a direitos individuais homogêneos a ensejar a defesa coletiva, especialmente pelo Ministério Público. Não se concluiu pela existência de uma simples soma de interesses individuais que possa ser resolvida em termos de litisconsórcio ativo facultativo, com outorga de mandato judicial a advogado, mas, ao contrário, o que se extrai do feito em análise é a existência de interesses aglutinados por origem comum, cujo número particularmente expressivo de sujeitos abrangidos justifica que se dê tratamento processual coletivo à matéria, evitando-se, destarte, a multiplicação desmesurada de ações individuais, inclusive com risco de soluções divergentes. Realce-se, neste ponto, que no cotidiano das diversas operações de crédito realizadas com o cartão plástico fornecido e administrado pela ré, em seus diversos estabelecimentos espalhados por vários pontos do Estado, sequer permite a identificação segura das pessoas abrangidas, pois diariamente são efetuados inúmeros transações desta natureza. Logo, dado ao interesse social na solução da demanda e à natureza da lide, o meio escolhido - ação civil pública - e a iniciativa do Ministério Público fulcrada na Constituição da República, artigo 129, inciso III, se mostram adequados. Pelo exposto, rejeito as preliminares. A nossa ordem jurídica tem como

principal escopo proteger o lícito e reprimir o ilícito. Para tal o direito positivo impõe condutas externas aos indivíduos, denominadas de deveres jurídicos, os quais, uma vez violados, geram um dever reparatório decorrente do dano causado pela violação. Neste sentido, Sérgio Cavalieri Filho, in Programa de Responsabilidade Civil, 2ª edição, 3ª tiragem, Editora Malheiros, páginas 19/20: ´ 1.1 Dever jurídico originário e sucessivo A violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano a outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um dever jurídico originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo. A título de exemplo, lembramos que todos têm o dever de respeitar a integridade física do ser humano. Tem-se, aí, um dever jurídico originário, correspondente a um direito absoluto. Para aquele que descumprir esse dever surgirá um outro dever jurídico: o da reparação do dano.´ Por oportuno, vale ressaltar que o Código do Consumidor consubstancia-se em um verdadeiro micro sistema jurídico, tratando-se de uma lei de cunho multidisciplinar já que cuida de questões que se acham inseridas nos Direitos Constitucional, Civil, Penal, Processual Civil, Processual Penal e Administrativo, mas sempre tendo por premissa inafastável a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor, bem como sua condição de destinatário final de produtos e serviços, ou desde que não visem a uso profissional. Assim, consumidor para efeitos da tutela do direito consumerista é o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para

o desenvolvimento de outra atividade comercial. É de se destacar que o Código do Consumidor adotou a teoria da responsabilidade objetiva baseada no risco do empreendimento, segundo a qual todo aquele que se dispõe a exercer alguma atividade no campo do fornecimento de bens e serviços tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento independentemente de culpa. Em suma, os riscos do empreendimento correm por conta do fornecedor do serviço e não do consumidor. Assim, os riscos inerentes à atividade desenvolvida pelo prestador de serviço ou fornecedor de produtos, se enquadram no chamado fortuito interno, assim entendido como o fato imprevisível e inevitável ocorrido quando da realização da atividade desenvolvida e que, portanto, não afasta sua responsabilidade, já que se refere à essência do próprio empreendimento. Alega o réu que a legalidade da cláusula 9.2 do contrato de adesão, destacando que o consumidor tem o dever de guarda do cartão bem como que a referida cláusula deve ser interpretada em conjunto com a anterior, 9.1, que impõe ao consumidor a comunicação imediata de perda, furto, roubo ou extravio de seu cartão. Ocorre que a cláusula 9.2 impõe ao consumidor o ônus de arcar com todas as eventuais despesas efetuadas por meliantes em seu cartão até o momento da comunicação. Ora, evidente a abusividade de tal disposição, que transfere ao consumidor um ônus que é do prestador do serviço, ou seja, eventos dolosos de terceiro considerados, em regra, fortuito interno, riscos do empreendimento que, como tais, deverão ser suportados pela própria instituição. O dano moral é lesão de bem integrante da personalidade tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima. In casu, não

há falar-se em dano moral individual. Isso porque a conduta dos réus se consubstancia naqueles aborrecimentos corriqueiros vividos no cotidiano, caracterizando mero ilícito contratual nos moldes do verbete nº 75 deste Egrégio Tribunal de Justiça: 'O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte.' Já quanto ao dano moral coletivo, entendo que se faz presente diante da abusividade da conduta do réu em face da coletividade consumerista. Entendem a melhor doutrina e jurisprudência que o dano moral está incido na própria ofensa, decorrendo da gravidade do ilícito em si, existindo in re ipsa, ou seja, comprovada a ofensa, demonstrado estará o dano moral em decorrência de uma presunção natural. No que tange ao quantum indenizatório não há valores fixos nem tabelas preestabelecidas para o arbitramento do dano moral. Essa tarefa cabe ao juiz no exame de cada caso concreto, observando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, utilizando-se de seu bom senso prático. Em relação à devolução em dobro dos valores cobrados a título da tarifa ora em tela, afigura-se incabível. Isso porque o parágrafo único do artigo 42 da Lei 8078/90 trás uma sanção civil para aquele que cobrar dívida em maior valor que o real, o que não é a hipótese. Por fim, destaco que os efeitos da presente decisão operar-se-ão em todo território nacional, já que se trata de ação coletiva para tutela de direito individual homogêneo, sendo inaplicável o disposto no artigo 16 da lei da Ação Civil Pública. Nesse sentido, o aresto do Superior Tribunal de Justiça, verbis: '(...)A questão em discussão diz respeito à interpretação de dois dispositivos legais, a saber, o art. 16 da Lei nº 7.437/85 (Lei da Ação Civil Pública - LAP), com a

redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.494/97, e 103, III, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), aplicável ao procedimento regulado pela LAP por força do que dispõe seu art. 21 (incluído nesta Lei em conformidade com o que dispõe o art. 117 do CDC).(...) A ação civil pública, disciplinada pela Lei nº 7.347/85, ao menos em sua origem, não se destinava à defesa de direitos individuais homogêneos, mas apenas a interesses difusos ou coletivos. (...) A intenção original da LACP, de tutelar apenas essas duas modalidades de interesses, determinou toda a arquitetura da lei. (...) Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, todavia, duas novidades surgiram: (i) em primeiro lugar, a tutela de qualquer modalidade de direitos do consumidor, sejam difusos, sejam coletivos, passou a contar com uma regulação específica; (ii) paralelamente, uma nova categoria de direitos passou a ser protegida: a dos interesses ou direitos individuais homogêneos. (...) Disso decorreu que, a partir do CDC, a ordem jurídica brasileira passou a contar com uma disciplina específica, independente da disciplina da ação civil pública, para a tutela dos direitos transindividuais dos consumidores em juízo e, dentro dessa disciplina, normas ainda mais específicas regulando a tutela de direitos individuais homogêneos. O procedimento da ação civil pública, todavia, notadamente no que diz respeito à tutela dos direitos difusos ou coletivos, ainda permanecia aplicável, porém forma subsidiária - ou seja, naquilo que não contrariasse as normas do CDC (art. 90, do CDC). Os direitos individuais homogêneos também passaram a poder ser resguardados mediante esse mecanismo jurídico (art. 21 da LACP), todavia, dadas as suas características específicas, pouco do procedimento estabelecido pela LACP foi utilizado. Uma disciplina própria e praticamente exaustiva foi estabelecida nos arts. 91 a

100 do CDC.(...) Diante desse panorama, questiona-se: a norma do art. 16 da LACP, introduzida pela Lei nº 9.494/97, pode ser estendida às ações em que se busca a tutela dos direitos transindividuais protegidos pelo CDC? A resposta só pode ser negativa. Isso porque, se a LACP somente se aplica às relações de consumo no que não contrariar o CDC, ela somente terá incidência nas hipóteses em que este diploma legal seja omissivo. Ocorre que o CDC contém, em seu art. 103 e §§, uma disciplina expressa a respeito da formação da coisa julgada, disciplina essa que não contém qualquer limitação territorial para seu alcance. Assim, o art. 16 da LACP, como norma geral, mesmo tendo sido posteriormente introduzido no ordenamento jurídico, somente se aplicará às hipóteses dos incisos I, III, IV, V e VI do art. 1º dessa lei. Jamais às hipóteses do inciso II.(...); Prossegue o voto trazendo argumento subsidiário, no sentido de que o disposto no artigo 16 da Lei nº 7347/85 somente se aplicaria às hipóteses de direitos difusos e coletivos, em relações de consumo, mas nunca aos direitos individuais homogêneos: ; Ainda que não se coadune do entendimento ora defendido, e se entenda que, efetivamente, o art. 16 da LACP poderia estender sua eficácia também a hipóteses em que se discutem relação de consumo, tal extensão deveria se limitar aos direitos difusos e aos coletivos, jamais alcançando os direitos individuais homogêneos. Isso por dois motivos. Em primeiro lugar, porque o escopo da LACP é, como já referido acima, o de tutelar apenas direitos difusos ou coletivos. A tutela a direitos individuais homogêneos foi introduzida originariamente pelo Código de Defesa do Consumidor e é nesse diploma que encontra sua regulação exhaustiva. Em segundo lugar, porque a própria redação do art. 16 da LACP aponta no sentido de que tal norma visa abranger apenas essas duas

modalidades de direitos. Com efeito, tanto o art. 16 da LACP, como o art. 103, incs. I e II do CDC, disciplinam da mesma forma produção da coisa julgada erga omnes, ou seja: mencionam que ela se forma independentemente de a sentença julgar procedente ou improcedente o pedido, e excetuam expressamente a hipótese de improcedência por insuficiência de provas. Ao utilizarem praticamente a mesma redação, tais normas dão uma indicação bastante significativa de estarem regulando as mesmas hipóteses. A coisa julgada erga omnes que se forma com relação aos direitos individuais homogêneos, todavia, é completamente distinta. Ela, nos expressos termos do inc. III, do art. 103 do CDC, ocorre apenas no caso de procedência do pedido, e não há qualquer menção ao julgamento de improcedência por ausência de provas. Também dessa circunstância, portanto, decorre que essa modalidade de direitos é autônoma em relação aos direitos difusos e coletivos.(...)' (STJ - Resp. nº 411.529 - Rel. Min. Nancy Andrighi - 3ªTurma). Pelo exposto, JULGO PROCEDENTE EM PARTE A PRETENSÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO para declarar nula, em todo o território nacional, as cláusulas que estabeleçam a responsabilidade do consumidor pela perda, furto, roubo ou pela utilização indevida como meio de pagamento, antes da eventual comunicação, e condenar o réu a abster-se de tais cobranças e a expurgar tais cláusulas contratuais, isto no prazo de 30 dias a contar do trânsito em julgado deste decisum. Condene o réu a devolução, NA FORMA SIMPLES, dos valores cobrados indevidamente cobrados desde que comprovado o pagamento por cada consumidor em pedido individualizado de liquidação do dano após o trânsito em julgado da presente sentença. Condene o réu, ainda ao pagamento de R\$100.000,00 (cem mil reais)

a título de dano moral coletivo, corrigidos monetariamente a contar da publicação desta e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação, na forma do artigo 13 da Lei 7.347/85. Condeno o réu, por fim, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que fixo em 10% (dez por cento) do valor da condenação, que serão revertidos que serão revertidos ao Centro de Estudos Jurídicos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Ciência ao MP. P.R.I. Rio de Janeiro, 18 de janeiro de 2012. NATASCHA MACULAN ADUM DAZZI Juíza de Direito