

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

VIVO S.A – responsabilidade por vício em aparelho celular por ela vendido. Garantia de troca somente até o prazo de sete dias ou uma hora de uso após a compra. Procedimento em desacordo com o art. 18 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, 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 **VIVO S/A**, inscrita no CNPJ/MF nº 02.4449.992/0181-01, com sede na AV. Ayrton Senna, nº2200, Barra da Tijuca, Rio de Janeiro, RJ, CEP 22775-003 pelas razões que passa a expor:

I- 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 expressivo e os fatos noticiados graves, expondo os consumidores a práticas lesivas. Claro, 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). “

“ PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. LEGITIMIDADE E INTERESSE PROCESSUAIS CONFIGURADOS.

- **O Ministério Público tem legitimidade processual extraordinária para a propositura de ação civil pública** objetivando a cessação de atividade inquinada de ilegal de captação antecipada de poupança popular, disfarçada de financiamento para compra de linha telefônica.

- **Não é da natureza individual, disponível e divisível que se retira a homogeneidade de interesses individuais homogêneos, mas sim de sua origem comum, violando direitos pertencentes a um número determinado ou determinável de pessoas, ligadas por esta circunstância de fato.**

Inteligência do art. 81, CDC.

- Os interesses individuais homogêneos são considerados relevantes por si mesmos, sendo desnecessária a comprovação desta relevância.

Precedentes.

Recurso especial provido.

(REsp 910.192/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/02/2010, DJe 24/02/2010). (Grifou-se).”

“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.

(...)

3. A nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.

4. **O novel art. 129, III, da Constituição Federal habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa de direitos difusos e coletivos não se limitando à ação de reparação de danos.**

5. Hodiernamente, após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, não há mais lugar para o veto da legitimatio ad causam do MP para a Ação Popular, a Ação Civil Pública ou o Mandado de Segurança coletivo.

6. Em consequência, **legitima-se o Parquet a toda e qualquer demanda que vise à defesa dos interesses difusos e coletivos, sob o ângulo material ou imaterial.**

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.

10. **A ação civil pública, na sua essência, versa interesses individuais homogêneos e não pode ser caracterizada como uma ação gravitante em torno de direitos disponíveis. O simples fato de o interesse ser supra-individual, por si só já o torna indisponível, o que basta para legitimar o Ministério Público para a propositura dessas ações.**

(...)

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). “

II-DOS FATOS

A empresa ré é uma conhecida operadora de telefonia móvel, que comercializa, em suas lojas ou através da internet, aparelhos celulares produzidos por diferentes fornecedores.

Conforme se apurou no Inquérito Civil nº 410/2009, a ré adota a prática de conceder ao consumidor um prazo de garantia para vícios limitada a até sete dias após a compra dos aparelhos celulares ou até uma hora de uso. Após esse período, o consumidor deve enviar o produto para a assistência técnica do fabricante. Sendo assim, a Vivo somente se responsabiliza por vícios nos celulares que comercializa até este diminuto espaço temporal.

Oficiada a se manifestar, a ré detalhou sua política de trocas em fls. 20 do IC nº 410/2009, informando que para compras efetuadas nas lojas vivo ou através de call Center ou vivo empresas, o consumidor dispõe de garantia de até 15 dias ou 60 minutos de uso para efetuar troca diretamente na loja vivo. Para compras efetuadas na loja vivo, o consumidor possui uma garantia ainda menor: sete dias ou 60 minutos de uso para troca imediata nas lojas.

Porém para vícios que se apresentem após esses prazos, a empresa adota o seguinte procedimento, descrito em ofício de fl. 29 do IC 410/2009:

“A primeira ação a ser tomada é o encaminhamento do aparelho pelo cliente à **assistência técnica do fabricante(...)**. Esse encaminhamento ocorre exatamente porque é o fabricante que detém o conhecimento técnico para a perfeita avaliação do produto, detectando a real existência de defeitos e a necessidade de conserto ou de eventual necessidade de troca”. (grifo nosso)

Ou seja, baseando-se em argumento de superior conhecimento técnico do fabricante, a empresa, na prática, exime-se da responsabilidade pelos vícios, transferindo-a somente ao fabricante. Cabe ao consumidor, então, o ônus de procurar a assistência técnica do fabricante para apresentar o aparelho, não lhe sendo possível se dirigir diretamente ao estabelecimento onde adquiriu o produto viciado, para reclamar seu conserto.

Em ofício de fl. 10 do inquérito civil a investigada esquematiza sua política para vícios nos produtos da seguinte forma:

“1) O cliente possuía a garantia simplificada da vivo para trocar o aparelho em sete dias ou uma hora de uso + 2) a garantia convencional dada pelo fabricante + 3) as garantias legais do CDC”

Ora, se os produtos que apresentam defeito após o prazo acima mencionado ficam cobertos apenas pela garantia do fabricante, a ré está se eximindo da garantia solidária legalmente prevista pelo CDC.

Sendo assim, apesar da afirmação da ré no sentido de respeitar as previsões consumeristas acerca da matéria,

resta evidente que há, factualmente, uma transferência da responsabilidade, que deveria ser solidária, exclusivamente para o fabricante.

Essa prática acarreta diversos prejuízos para o consumidor. Embora tenha adquirido o produto em uma loja de sua escolha e confiança, situada em localidade que lhe é vantajosa, o consumidor se vê obrigado a enviar o aparelho para a assistência técnica do fabricante, que comumente se situa em locais distantes de sua residência, demandando longos períodos de espera para efetuar a reparação do celular.

Diversas reclamações enviadas por clientes da Vivo ao site WWW.reclameaqui.com.br corroboram essas afirmações. Vejamos:

“Comprei um aparelho Sony Ericsson W380 na loja da Vivo do Shopping Tijuca, Rio de Janeiro(...). No dia seguinte, 10/07/2008, o mesmo começou a desligar e ligar sozinho, além de ficar travando.(...) No dia 13/07/2008, fui com minha mãe, a titular da conta, na loja onde o aparelho foi comprado, e fui informado que, mesmo estando ainda no prazo dos 7 dias corridos para a troca, não teria direito a troca, por ter ultrapassado 1 hora de chamadas, absurdamente reduzindo o prazo de 7 dias corridos para troca por defeito de fábrica do aparelho para 1 hora de uso do mesmo.

Lendo o manual do aparelho, a empresa Sony Ericsson também diz que a troca do aparelho só pode ser realizada em 7 dias corridos com no máximo 1 hora de uso do mesmo.(...) **Acho um verdadeiro desrespeito ao cliente essa redução do prazo de troca por defeito, feita pelas empresas Vivo Celular e Sony Ericsson.** (site WWW.reclameaqui.com.br, acessado em 26 de outubro de 2010 - Grifo nosso)

“Comprei o celular ultimo modelo da Blackberry, o Curve 8520 e 4 meses depois da compra, simplesmente apos coloca-lo para carregar, ele passou a não funcionar mais, indicando um "Erro523"! Levei-o de novo na loja da Vivo onde o comprei, e me indicaram que eu tinha que resolver esse problema com a propria empresa Blackberry, através do suporte telefônico. Acontece que ja liquei 4 vezes, e ninguém consegue resolver o problema(...)

Por final, pediram para eu levar o aparelho na Assistência Técnica, longe da minha casa...e devo ficar sem o aparelho por 20 dias!! Ou seja:

- Aparelho novo, ja com problemas,
- Assistência técnica PESSIMA da Blackberry!
- **Vivo que não se responsabiliza pelo que vendeu, e que continua cobrando um serviço de telefonia sem que eu o esteja utilizando!(...)** (site WWW.reclameaqui.com.br, acessado em 26 de outubro de 2010- Grifo nosso.)

“ Adquiri em 11/03/08 na loja VIVO do Barrashopping um aparelho NOKIA MOD.6110. Em 19/03/08 apresentou defeito e a VIVO não efetuou a troca alegando ter passado 7 dias da venda.No dia 25/03/08 coloquei na autorizada NOKIA PRC CELL o aparelho para reparação.

A partir daí começou o meu suplicio, pois a Autorizada PRC CELL não me fornece nenhuma informação e a NOKIA quando ainda estava dentro dos 30 dias, informava-me que deveria aguardar pois a NOKIA de acordo com o Código do consumidor tinha 30 dias para reparar o aparelho.

Quando ultrapassou os 30 dias, diz agora que alguém irá me contactar....mas quando????? (...)

na hora de vender e fazer propaganda, eles mentem a vontade...mas na hora de dar assistência...somem todos eles... (...) (site WWW.reclameaqui.com.br, acessado em 26 de outubro de 2010- Grifo nosso)

III-DO DIREITO

Responsabilidade solidária dos fornecedores

O art. 18 da lei consumerista dispõe:

“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 a 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. (Grifo nosso)”

Portanto, observa-se que dito dispositivo legal prevê a responsabilidade objetiva e solidária dos fornecedores, como uma garantia ao direito básico do

consumidor de ter efetiva reparação e prevenção de danos patrimoniais e morais, consagrado no art. 6º, VI, da mesma norma.

Destarte, é conferida ao consumidor a possibilidade de exigir de quaisquer dos fornecedores que tenham participado da cadeia de produção e circulação do bem, as medidas previstas no art. 18, §1º do CDC.

Assim se posiciona a doutrina:

“Isto significa que a pretensão do consumidor em relação à substituição do produto, à devolução do valor pago ou ao abatimento proporcional do preço, além das perdas e danos, pode ser dirigida tanto ao comerciante, como ao fabricante ou a qualquer outro fornecedor intermediário que tenha participado da cadeia de produção e circulação do bem (importador, distribuidor, etc). **Trata-se da hipótese legal de solidariedade passiva. O credor (consumidor) possui o direito a exigir de um ou de alguns dos devedores (comerciante, fabricante, distribuidor, etc.), parcial ou totalmente, a ‘dívida comum’.** Se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores ‘continuam obrigados solidariamente pelo resto’, tudo em conformidade com o disposto no art. 275 e SS. do Código Civil.” (fls. 152 – Manual de direito do consumidor – Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2009- Grifo nosso)

Nessa esteira, a conduta da ré constitui flagrante violação ao mecanismo trazido pela norma consumerista. Não cabe a VIVO condicionar a reparação pelo produto viciado ao envio, pelo consumidor, do produto à assistência técnica do fabricante. Tal encargo não deve ser incumbido ao consumidor, como parte vulnerável da relação de consumo.

Celular- produto essencial - possibilidade de exigir a troca imediata do produto ou a restituição imediata da quantia paga

Por outro lado, indubitável que, hoje em dia, no mundo globalizado em que vivemos, o aparelho de celular é um produto essencial. Além de permitir a comunicação telefônica em qualquer lugar, o celular é, cada vez mais, o único aparelho telefônico a que uma imensa parcela da população tem acesso.

Trata-se de um bem utilizado para o trabalho, constituindo, para um grande número de consumidores, um fator essencial para o exercício de sua atividade profissional. Ademais, é fundamental em situações de emergência, permitindo que se contate a qualquer tempo amigos, familiares, hospitais, corpo de bombeiros, órgãos de polícia...

Portanto, a prática adotada pela ré consistente em exigir do consumidor o envio do produto viciado para assistência técnica do fabricante, que apenas o devolverá em prazo de trinta dias, implica em prejuízos imensos para os hipossuficientes. O comprador adquire o produto com a expectativa legítima de utilizá-lo imediatamente, paga por ele e se vê privado de um bem essencial por grande período de tempo.

Assim possível ao consumidor, nos termos do § 3º, do art. 18, exigir imediatamente a substituição do celular por outro da mesma espécie ou, à sua escolha, a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos, dispensando o prazo de 30 dias, previsto no seu §1º, para resolução do vício:

§ 1º. Não sendo o vício sanado no prazo máximo de 30 (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.

§ 3º O consumidor poderá fazer **uso imediato das alternativas do § 1º** deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou **se tratar de produto essencial.**” (grifou-se)

Neste sentido os seguintes julgados, que consideram o celular produto essencial:

“EMENTA: CONSUMIDOR. VÍCIO DO PRODUTO. TELEFONE CELULAR. PRODUTO ESSENCIAL. EMPRESA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA. OPÇÃO DO CONSUMIDOR COM BASE NO ART. 18, §1º E §3º DO CDC. SUBSTITUIÇÃO IMEDIATA DO PRODUTO. NEGATIVA DA VENDEDORA. POSTERIOR CONserto DO APARELHO PELA ASSISTÊNCIA TÉCNICA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESSARCIMENTO. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70030724124, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Antônio Kretzmann, Julgado em 26/11/2009) - Grifo Nosso”

“CONSUMIDOR. VÍCIO DO PRODUTO. USO IMEDIATO DA ALTERNATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DO PRODUTO. INCIDÊNCIA DO ART. 18, §1º E §3º DO CDC. ALTERNATIVA DO CONSUMIDOR NÃO RESPEITADA PELA RÉ (SUBSTITUIÇÃO DO PRODUTO). PRODUTO ESSENCIAL AO AUTOR. ENVIO DO PRODUTO À ASSISTÊNCIA TÉCNICA, POR DIVERSAS VEZES. AUSÊNCIA DE SOLUÇÃO DO DEFEITO APRESENTADO. DANO MORAL. SENTENÇA MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1 - Ação onde postula a parte a reparação por danos morais. **Consumidor que adquire telefone celular com defeito, não se prontificando a ré a realizar a troca do aparelho. Incidência do art. 18, §1º e do §3º, do CDC, o qual autoriza o consumidor, imediatamente, vez que produto essencial, a exigir, a sua própria escolha, a substituição do produto, a restituição da quantia paga, ou o abatimento proporcional do preço.**

2 – Descumprimento de dever contratual de parte da ré. (...)”(Apelação Cível Nº70025048943, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Antônio Kretzmann, Julgado em 30/10/2008 Grifo Nosso)

“APELAÇÃO. INDENIZATÓRIA. **TELEFONE CELULAR**. DEFEITO NO APARELHO. CONSERTO NÃO REALIZADO. DANO MORAL CONFIGURADO E RAZOAVELMENTE ARBITRADO. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 1. A responsabilidade do fornecedor de produto é objetiva, nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, exigindo-se para sua configuração a demonstração do fato, do dano e do nexa causal. 2. Aparelho de telefone que, após ser remetido ao fabricante, lá permaneceu por prazo superior a trinta dias, sem conserto ou justificativa, situação que extrapola o mero aborrecimento, **privando o consumidor de serviço considerado essencial nos dias atuais**. 3. Danos morais configurados e razoavelmente arbitrados. 4. Honorários advocatícios fixados de acordo com os parâmetros do art. 20, §§ 3º e 4º, que não merecem alteração. 5. Desprovemento do recurso ” (Apelação Cível nº 0108354-05.2009.8.19.0001, SEXTA CAMARA CIVEL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, relator: DES. ELTON LEME, julgado em 01/09/2010) – Grifo Nosso.

“Direito do Consumidor. Ação de reparação por danos materiais e morais em razão de defeito apresentado em aparelho **celular** no prazo de garantia. Danos material e moral caracterizados. Indenização pelo dano moral fixada em R\$ 7.000,00 (sete mil reais). Recurso do fornecedor sustentando a licitude da sua conduta ante a possibilidade de as partes convencionarem a dilação do prazo para ser sanado o defeito do produto, tendo o consumidor concordado tacitamente com a referida dilação. Aduz ainda inocorrência de dano moral postulando subsidiariamente a redução do valor arbitrado. Rejeição. Manutenção da sentença. Não há que se falar em concordância tácita do consumidor quanto à ampliação do prazo de 30 (trinta) dias para ser sanado o **vício** no aparelho, na medida em que as sucessivas prorrogações para o conserto do aparelho foram impostas ao consumidor, deixando-o sem qualquer outra alternativa. Inegável o dano moral decorrente dos fatos narrados, tendo o valor da indenização sido arbitrado com razoabilidade, diante do porte empresarial dos fornecedores e da extensão do dano, **devendo ser destacada a circunstância de o consumidor ter ficado praticamente 01 (um) ano privado de usar com regularidade seu aparelho celular, produto considerado essencial**. Desse modo, o valor de R\$ 7.000,00 (sete mil reais) revela-se apto a atender o caráter punitivo-pedagógico da indenização sem ser fonte de enriquecimento sem causa, ao mesmo tempo em que guarda consonância com os valores que vem sendo fixados por esta Corte Estadual em casos semelhantes. Correção de ofício somente para determinar que no tocante à indenização pelo dano moral os juros moratórios deverão incidir a partir da data da sentença, assim como a correção monetária, por ser a data que fixou o valor da indenização. Negativa de seguimento ao recurso, na forma do art. 557, do Código de Processo civil, ante sua manifesta improcedência” (Apelação Cível nº 0028986-36.2008.8.19.0209, SEXTA CAMARA CIVEL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, relator: DES. NAGIB SLAIBI, julgado em 23/06/2010) – Grifo Nosso.

“DECISÃO (...)Trata-se de relação de consumo aplicando-se as regras do Código de Defesa do Consumidor e em decorrência disto a responsabilidade da ré é objetiva.**A pertinência subjetiva para a propositura da demanda está presente, porque restou comprovado que a autora adquiriu o aparelho defeituoso junto à loja credenciada pela ré, sendo considerada fornecedora consoante o artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor. No caso em tela a apelante alega que adquiriu um aparelho de telefonia celular da empresa ré e que, no dia seguinte o mesmo parou de funcionar.**Sendo assim, a autora compareceu à loja da ré nos três dias subsequentes para efetuar a troca do aparelho, a qual foi recusada pela demandada. **O dano moral se constata in re ipsa, decorrente da frustração do consumidor na utilização de aparelho novo, porque com defeito e recusa da empresa em substituir o produto, privando a autora de sua utilização, serviço de telefonia que é considerado essencial.**O valor do dano moral foi fixado de forma módica, em R\$ 2.500,00, observando os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, não comportando reparo.Assim, com respaldo no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego provimento à Apelação, nos termos do decisum. (Apelação Cível nº 0056405-39.2009.8.19.0001, PRIMEIRA CAMARA CIVEL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, relator: DES. CAMILO RIBEIRO RULIERE, julgado em 19/03/2010) – Grifo Nosso.

Vale salientar, que a interpretação doutrinária em voga privilegia a imediata substituição do produto ou devolução do dinheiro, deixando a faculdade ao fornecedor de reparar o vício em 30 dias para hipóteses excepcionais. Sempre que o consumidor possui expectativa de utilizar o produto logo após a compra, em caso de vício ele deve ser substituído imediatamente:

“Somente para situações excepcionais, em caso de exercício abusivo do direito do consumidor, deve incidir o prazo de 30 dias. Para tanto, as hipóteses previstas no § 3º, do art. 18, que permitem o afastamento do referido prazo, devem ser visualizadas com atenção ao princípio da efetiva proteção aos interesses materiais e morais do consumidor (art. 6, VI), ou seja, a regra é considerar a essencialidade dos produtos e, ainda, que a substituição das partes viciadas, em princípio, compromete a qualidade do produto ou diminui seu valor” (pág. 155 – Manual de direito do consumidor – Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa, 2a edição, Editora Revista dos Tribunais, 2009).

“(…) O CDC não define o que é um produto essencial; em princípio, todos os produtos comestíveis e de uso pessoal básico já podem ser aí incluídos. O critério deve ser lido

sob o impacto do princípio da proteção da confiança; assim, se o consumidor compra um sapato, mesmo que para utilizar em festas, e o sapato apresenta um vício de inadequação, a loja não pode exigir, como ocorreu em Porto Alegre, 'o prazo de legal de 30 dias' para consertar o sapato ou 'talvez depois substituí-lo por outro semelhante'. O produto é essencial, quanto à expectativa do consumidor em usá-lo de pronto; logo, tem o consumidor o poder de exigir, de pronto, a substituição do produto (...)." (pág 340-Cláudia Lima Marques, in Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais)

Portanto, diante do fato de o aparelho celular, entendido como produto essencial, ser totalmente impróprio para o fim a que se destina, impositiva a sua troca imediata ou a restituição integral e devidamente corrigida da importância paga, conforme estabelece o art. 18, § 3º, do CDC.

Esse entendimento foi confirmado pela nota técnica nº 62 de 2010 do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor:

“

22. Ante o exposto, este Departamento entende que:

a) à luz do Código de Defesa do Consumidor, o serviço de telefonia móvel é considerado essencial, por ser imprescindível ao atendimento das necessidades dos consumidores e indispensável para a proteção de sua dignidade, saúde e segurança;

b) aparelhos celulares são produtos essenciais, pois constituem o único meio de prestação dos serviços essenciais de telefonia móvel;

c) é direito do consumidor, em caso de vício em aparelho celular, exigir de imediato as alternativas previstas no art. 18, §1º, da Lei nº 8.078/90 perante quaisquer fornecedores, inclusive varejistas, importadores e fabricantes;

d) quando ao fornecedor não for possível, de imediato, precisar a causa do vício ou comprovar a culpa do consumidor, devem ser presumidas a boa-fé deste e a veracidade de suas alegações. ”

Por todo o exposto, fica o dever da ré em trocar o aparelho viciado ou restituir a quantia integral paga pelo comprador. Essas opções devem ser apresentadas ao consumidor imediatamente, quando ele apresentar um aparelho celular viciado adquirido em lojas da Vivo.

IV-Do dano moral

A moral é reconhecida como bem jurídico, recebendo dos mais diversos diplomas legais a devida proteção, inclusive, estando amparada pelo art. 5º, inc. V da Carta Magna:

“Art. 5º:

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;”

Outrossim, o art. 186 e art. 927 do Código Civil assim estabelecem:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

O dano moral, como sabido, deriva de uma dor íntima, uma comoção interna, um constrangimento gerado naquele que o sofreu e que repercutiria de igual forma em outra pessoa nas mesmas circunstâncias. Esse é o caso em tela, no qual os consumidores viram-se submetidos a uma situação de estresse constante, indignação e constrangimento, por serem obrigados a procurar a assistência técnica do fornecedor para efetuar reparo de um produto viciado, adquirido em um dos estabelecimentos da ré, e a aguardar longos períodos de tempo até o seu conserto.

Vejamos o que ensina o Mestre SÍLVIO DE SALVO VENOSA em sua obra sobre responsabilidade civil:

“Os danos projetados nos consumidores, decorrentes da atividade do fornecedor de produtos e serviços, devem ser cabalmente indenizados. No nosso sistema foi adotada a responsabilidade objetiva no campo do consumidor, sem que haja limites para a indenização. Ao contrário do que ocorre em outros setores, no campo da indenização aos consumidores não existe limitação tarifada.” (Sílvio Salvo Venosa, Direito Civil. Responsabilidade Civil, São Paulo, Ed. Atlas, 2004, p. 206).

Sendo assim, é de se ressaltar a angústia e a situação de estresse prolongados a que os adquirentes de

celulares viciados foram submetidos, evidentes nas reclamações acima transcritas. Os consumidores adquiriram o produto, constataram a ocorrência de um vício, buscaram as lojas vivo, sendo informados de que não poderiam efetuar no estabelecimento a troca necessária, e foram obrigados a enviar o celular ao fornecedor, aguardando longos períodos até sua devolução.

Vale lembrar, como já dito, que hoje em dia, no mundo globalizado em que vivemos o celular é um produto essencial à comunicação. Esse fato torna a configuração do dano moral dos consumidores ainda mais contundente.

Sendo assim, demonstrados o dano e a conduta do agente, evidente se mostra o nexu causal. Como visto, derivaram-se da conduta ilícita da ré os constrangimentos e vexações causados a diversos consumidores, sendo evidente o liame lógico entre um e outro.

Vejamos a jurisprudência pátria acerca de casos semelhantes:

CONSUMIDOR – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR – VÍCIO DE QUALIDADE – DANOS MATERIAIS E MORAIS CARACTERIZADOS – 1. Pela sistemática do CDC a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, como oriunda do vício do produto ou serviço, é de natureza objetiva, prescindindo do elemento culpa para que haja o dever do fornecedor de indenizar. 2. Se o consumidor, adquirente do automóvel, sofreu o dano e nenhuma responsabilidade sua pelo evento danoso restou comprovada, cumpre ao fornecedor arcar com a devida reparação. 3. **O aborrecimento decorrente do fornecimento de produto viciado constitui motivo suficiente para ensejar a indenização por danos morais.** 4. Apelação cível da ré não-provida. Recurso adesivo do autor provido. Por maioria. (TJDF – APC 20020110263185 – DF – 2ª T.Cív. – Relª Desª Carmelita Brasil)

DIREITO DO CONSUMIDOR – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA – VÍCIO DO PRODUTO OU DO SERVIÇO – RESPONSABILIDADE IN RE IPSA – SUJEIÇÃO PASSIVA – FABRICANTE DO PRODUTO E A PRESTADORA DO SERVIÇO – SOLIDARIEDADE – ARTIGO 25, PARS. 1º E 2º DO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – Vício oculto do produto. Prova documental. Excludente de responsabilidade civil. Ônus da prova: fornecedores. Dano moral. Configuração. 1. A relação jurídica de direito material entre as partes é de consumo e, portanto, irrecusável a incidência ao caso do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. 2. **Ação que tem por fundamento o artigo 18, par. 1º, II, da Lei nº 8078/90. A responsabilidade civil por vício do produto ou do serviço nenhuma relação guarda com a responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço, já que se ocupa somente da existência dos vícios inerentes ao produto ou ao serviço. A responsabilidade está in re ipsa e seu fundamento é diverso daquele que enucleia a responsabilidade por danos.** 3. Respondem objetiva e solidariamente os fornecedores de produtos ou de serviços pelos vícios a eles inerentes. O par. 1º reafirma a solidariedade de todos aqueles que, de qualquer modo, concorreram para a causação do dano. Trata-se de solidariedade pura e simples, que não comporta o benefício de ordem. 4. Comprovada documentalmente a existência do vício, na sistemática da legislação consumerista, só se exime de responsabilidade o fornecedor se prover que o defeito não existe ou, se existente, causado por fato exclusivo da vítima ou de terceiro. Ônus da prova que compete ao fornecedor. 5. **Dano moral configurado. Caráter preventivo-pedagógico da indenização.** 6. Sentença totalmente reformada. Recurso provido. (IRP) (TJRJ – AC 21276/2001 – (2001.001.21276) – 3ª C.Cív. – Rel. Juiz Subst. Werson Rego – J. 13.12.2001)

É importante frisar, com relação ao dano moral coletivo, a sua previsão expressa no nosso ordenamento jurídico nos art. 6º, 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 judiciais 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:
II – ao consumidor;” (grifou-se).

Assim, como ensina 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". (*Dano moral coletivo*. In Revista de Direito do Consumidor nº 59/2006).

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

Tratamos, nesse momento, 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". (*Dano moral coletivo*. In Revista de Direito do Consumidor nº 59/2006).

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.

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

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.” (Dano moral coletivo. In Revista de Direito do Consumidor nº 59/2006)

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.

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.

Colocar no mercado de consumo produto com vícios ocultos e não tomar providências para que os mesmos sejam sanados

viola o Código de Defesa do Consumidor. É necessário, pois, que o ordenamento jurídico crie sanções a essa atitude da ré, a par da cessação da prática, sendo esta a função do dano moral coletivo.

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

2008.001.35720 – APELAÇÃO, DES. ANA MARIA OLIVEIRA - Julgamento: 07/10/2008 - OITAVA CÂMARA CÍVEL Ação civil pública proposta pelo Ministério Público objetivando compelir a ré, fornecedora de serviço de energia elétrica, a não condicionar a ligação da luz no imóvel ao pagamento de débito de terceiro, sob pena de multa, bem como, a indenizar seus consumidores por danos material e moral. Sentença que julga procedente o pedido, arbitrando indenização por dano moral coletivo em R\$ 5.000,00. Apelação da Ré. Legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo de ação civil pública que envolve interesses individuais homogêneos. Inteligência dos artigos 81, parágrafo único, inciso III e 82, inciso I da Lei 8.078/90. Reiteradas ações judiciais individuais sobre a questão objeto desta controvérsia que comprovam a prática de atribuir indevidamente ao débito da tarifa de energia elétrica a natureza *propter rem*, o que não tem amparo legal, nem nas resoluções da ANEEL. Prática abusiva que conduziu com acerto à imposição à Ré de se abster de qualquer ato que atribua ao consumidor responsabilidade por débitos anteriores, inclusive, condicionando o fornecimento do serviço à quitação desse débito. Multa cominatória arbitrada em valor compatível com o caráter coercitivo do instituto. Dever de indenizar corretamente reconhecido na sentença. Dano material que será apurado em liquidação de sentença, ocasião em que o consumidor deverá comprovar o fato gerador do direito reclamado. **Dano moral coletivo corretamente reconhecido ante a intranquilidade gerada pela ofensa à proteção legal do direito do consumidor.** Indenização arbitrada observando critérios de razoabilidade e de proporcionalidade. Desprovimento da apelação. (grifou-se).

2008.001.08246 – APELAÇÃO, DES. JOSE CARLOS PAES - Julgamento: 13/08/2008 - DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL AGRAVO INOMINADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO MORAL COLETIVO.1. A alegação da ocorrência de cerceamento de defesa não prospera, visto que, conforme expresso na sentença, basta a verificação da documentação acostada para que o Juízo possa aferir se houve violação ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor, não dependendo, portanto, de conhecimento técnico para tal. Assim, a hipótese se enquadra no art. 420, parágrafo único, I, do CPC.2. O argumento de que nas promoções realizadas não havia qualquer condição de consumo dos minutos do plano de franquia é facilmente afastado, diante de suas próprias alegações de que as publicidades ofertadas foram claras em informar que dependia do consumo dos minutos da franquia.3. Da mesma forma, as afirmativas de que informou expressamente em seu material publicitário que a

tarifa promocional somente seria válida após o consumo da franquia e do pacote principal não merecem amparo, uma que dispostas de forma difícil de ler, em letras miúdas, que não chamam a atenção do consumidor, dificulta-lhe a leitura. 4. **O dano moral coletivo é direito básico do consumidor. Art. 6º, VI, da lei 8078/90.** Precedentes do STJ, TJ/MG e TJ/RS.5. Todavia, não há de se falar em condenação da ré em honorários ao Ministério Público. Precedente do STJ.6. Negado provimento ao recurso. (grifou-se)

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 probatória 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) (grifou-se)

V- DO PEDIDO LIMINAR

É flagrante a fumaça de bom direito que emana da tese ora sustentada, não só à luz dos preceitos constitucionais que conferem ao consumidor o direito a receber especial proteção do Estado, mas também do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor que erige a direito básico do

consumidor a proteção contra práticas abusivas no fornecimento de produtos e serviços.

Por prova inequívoca deve-se entender, de preferência, a prova documental ou inconteste dos fatos alegados na inicial, de que não paire qualquer dúvida. No caso, diversas reclamações foram apresentadas no mesmo sentido, além da confissão da própria ré de que exige, em caso de vícios nos celulares, o envio, pelo consumidor, do aparelho à assistência técnica do fabricante. Ademais, comprova a alegação cópia da nota fiscal de aquisição dos aparelhos de celular, fornecida pela VIVO e acostada em fl. 04 do Ic nº 410/2009, em que aparece a informação " troca por defeito, 7 dias corridos ou no máximo uma hora de uso". Tais fatos demonstram a existência de prova inequívoca.

Verifica-se, outrossim, que a demora de um provimento jurisdicional definitivo acerca da matéria em exame implica **perigo de dano irreversível** ao consumidor, pois, se subsistir vigente essa prática abusiva até o término desta ação diversos consumidores continuarão privados de um bem de consumo considerado essencial.

Assim, **presente o periculum in mora**, visto que a não substituição do produto defeituoso pode acarretar danos de proporções imensuráveis ao consumidor, pois qualquer bem essencial que seja suprimido da pessoa humana, acarreta violação em sua dignidade.

Pelo exposto, REQUER o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro acolha esse r. Juízo o presente requerimento de antecipação da tutela para determinar, sob pena de multa diária de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), que **a ré** adote, em casos de vícios nos celulares por ela comercializados, a prática de substituir, imediatamente, o celular viciado por um novo, de iguais funcionalidades e em perfeitas condições de uso OU restituir integralmente a quantia paga pelo produto, monetariamente atualizada, à escolha do consumidor, sem que o comprador seja obrigado a contatar previamente o fabricante. Medidas a incidir em relação a todos os consumidores que apresentem celulares viciados dentro dos prazos previstos no art. 26 do CDC.

Em caráter subsidiário, caso V. Exa. entenda não aplicar o art. 18, § 3º, do CDC, requer que **a ré** adote, sob pena de multa diária de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), a prática de receber o aparelho celular e sanar o vício, devolvendo-o em perfeito estado de funcionamento ao consumidor, no prazo de trinta dias, sem que o comprador seja obrigado a contatar previamente o fabricante. Caso o vício não seja sanado nesse prazo, deverá, no trigésimo primeiro dia, substituir o aparelho por um novo, de iguais funcionalidades e em perfeitas condições de uso OU restituir integralmente a quantia paga pelo produto, monetariamente atualizada, à escolha do consumidor. Medidas a incidir em relação a todos os consumidores que apresentem celulares viciados dentro dos prazos previstos no art. 26 do CDC.

VI- DOS PEDIDOS PRINCIPAIS

Pelo exposto, **REQUER finalmente o MP:**

a) a citação da ré para, querendo, contestar a presente, sob pena de revelia, sendo presumidos como verdadeiros os fatos ora deduzidos;

b) que, após os demais trâmites processuais, seja finalmente julgada procedente a pretensão deduzida na presente ação, condenando-se a ré, sob pena de multa diária de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), **a adotar**, em casos de vícios nos celulares por ela comercializados, a prática de substituir, **imediatamente**, o celular viciado por um novo, de iguais funcionalidades e em perfeitas condições de uso **OU** restituir integralmente a quantia paga pelo produto, monetariamente atualizada, à escolha do consumidor, sem que o comprador seja obrigado a contatar previamente o fabricante. Medidas a incidir em relação a todos os consumidores que apresentem celulares viciados dentro dos prazos previstos no art. 26 do CDC.

Em caráter subsidiário, caso V. Exa. entenda não aplicar o art. 18, § 3º, do CDC, requer que a ré seja condenada a adotar, sob pena de multa diária de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), a prática de receber o aparelho celular e sanar o vício, devolvendo-o em perfeito estado de funcionamento ao consumidor, no prazo de trinta dias, sem que o comprador seja obrigado a contatar previamente o fabricante. Caso o vício não seja sanado nesse prazo, deverá, no trigésimo primeiro dia, substituir o aparelho por um novo, de iguais funcionalidades e em perfeitas condições de uso **OU** restituir integralmente a

quantia paga pelo produto, monetariamente atualizada, à escolha do consumidor. Medidas a incidir em relação a todos os consumidores que apresentem celulares viciados dentro dos prazos previstos no art. 26 do CDC.

c) que seja a ré condenada a indenizar, da forma mais ampla e completa possível, os danos materiais e morais causados aos consumidores, individualmente considerados, em consequência dos fatos narrados;

d) que seja a ré condenada a reparar os danos materiais e morais causados aos consumidores, considerados em sentido coletivo, no valor mínimo de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais), em consequência dos fatos narrados;

e) que seja a ré condenada a publicar, às suas custas, em dois jornais de grande circulação de todas as capitais do país, a parte dispositiva de eventual sentença condenatória, a fim de que os consumidores dela tomem ciência, para exercício de seus direitos individuais, sob pena de multa diária de R\$10.000,00 (dez mil reais) corrigidos monetariamente.

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

h) que seja a ré condenada nos ônus da sucumbência.

Protesta-se por todos os meios de prova em direito admitidos, em especial pela prova testemunhal, por depoimento pessoal do representante legal da ré, bem como pela prova

documental superveniente, sem prejuízo da inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Dá-se a esta causa, por força do disposto no art. 258 do Código de Processo Civil, o valor de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais).

Rio de Janeiro, 5 de novembro de 2010.

Julio Machado Teixeira Costa

Promotor de Justiça

Mat. 2099