



EDITORIAL

Prezados Colegas

É com grande satisfação que apresentamos a décima primeira edição do Boletim Informativo Consumidor! Pensando novamente em vocês queridos leitores, elaboramos esse periódico com o objetivo de comunicar mais uma vez aos membros e servidores do Ministério Público do Estado da Bahia algumas informações relacionadas à área de atuação consumerista.

Nesta edição serão divulgadas notícias diversas que apresentam o trabalho desenvolvido pelo CEACON juntamente com os Promotores de Justiça do Consumidor, bem como a colaboração dos órgãos parceiros para uma melhor atuação conjunta. Ao final do nosso Boletim, destacaremos também algumas peças que discutem temas relevantes para toda a sociedade.

Informamos que o Boletim Informativo Consumidor está acessível no site do Ministério Público do Estado da Bahia, na aba CEACON. Lembramos também que o Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça do Consumidor – CEACON estará sempre disponível para recebimento de sugestões de temas por parte de todos os nossos leitores através do e-mail ceacon@mpba.mp.br.

Por fim desejamos a todos uma proveitosa leitura!

Até mais!

Roberto de Almeida Borges Gomes

Promotor de Justiça

Coordenador do CEACON

Equipe Técnica:

Bianca Mattos

ÍNDICE

NOTÍCIAS

- MP aciona Extra e Atakarejo por violar direitos do consumidor 4 / 5
- Justiça proíbe TIM de habilitar novos celulares no DDD 77 no município de Barreiras 5 / 6
- MP aciona Avianca, Azul e Gol por cobrar multas abusivas a passageiros 6 / 7
- MP e GBarbosa de Alagoinhas firmam acordo para sanar problemas estruturais de duas lojas da cidade 8
- CEACON promove reunião com agências reguladoras 9
- Investigação do MPBA acerca dos acidentes decorridos do rompimento de adutora da Embasa 10
- CEACON promove iniciativas em prol de modernização 10
- MP instaura Inquérito Civil contra Faculdade Dom Pedro II e o Instituto Unyahna em Barreiras 11
- Investigação do MPBA acerca do reajuste de 9,97% nas tarifas de água e esgoto 11

PEÇAS

- Ação Civil Pública - Golden Park Ltda. 12 a 41
- Ação Civil Pública – Curso para Concursos Ltda. EPP (Casa dos Concursos) 42 a 69
- Ação Civil Pública – TIM Celular S.A 70 a 130

JURISPRUDÊNCIAS

- Plano de Saúde- Idoso / Energia Elétrica 131 a 139

NOTÍCIAS

MP aciona Extra e Atakarejo por violar direitos do consumidor

O Ministério Público estadual, por meio da promotora de Justiça Joseane Suzart, propôs no dia 27 de abril do ano corrente, juntamente com a Associação Baiana de Defesa do Consumidor (Abdecon), duas ações civis públicas contra o Extra Supermercados e o Atakarejo Distribuidor de Alimentos e Bebidas. De acordo com as ações, as duas empresas estão desrespeitando direitos do consumidor, “afrontando normas de caráter higiênico-sanitário, atendendo mal à coletividade consumerista e afixando preços de forma errônea”. Diante dos problemas constatados, o MP requer, em caráter liminar, que a Justiça determine que as duas empresas adotem uma série de medidas, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R\$ 50 mil, sem prejuízo de configuração do crime de desobediência.

Liminarmente, o MP solicita que a Justiça determine às redes de supermercados que cumpram e respeitem uma série de normas legais, dentre as quais se destacam: expor de forma clara e legível, junto aos itens expostos, informações relativas ao preço à vista do produto, prestando informação verdadeira que não possa induzir o comprador a erro e que possa ser entendida de forma imediata; disponibilizar equipamentos de leitura ótica para consulta de preços em perfeito estado de funcionamento. Pede ainda o MP que a Justiça estabeleça que os supermercados não disponibilizem produtos sem as informações devidas e necessárias sobre a sua origem, data de validade e demais dados essenciais previstos em lei; não ofertem produtos com prazo de validade vencido, impróprios para o consumo, submetidos a temperatura inadequada, amolecidos, deteriorados ou com a embalagem violada.

As ações requerem ainda que as redes de supermercados respeitem as normas sobre condições higiênicas e sanitárias, realizem a manutenção preventiva e corretiva dos refrigeradores e freezers, não expondo o consumidor a risco de saúde e zelando pela conservação dos produtos perecíveis. Também que as redes adequem o seu sistema de atendimento ao consumidor, adotando, dentre outras medidas, a disponibilização de caixas em funcionamento em número suficiente para se evitar filas nas quais os consumidores permaneçam por mais de 30 minutos; a realização de treinamento com os seus funcionários, para que sejam aptos a atender aos consumidores de forma satisfatória; disponibilizar empacotadores em número compatível com a demanda local para atender aos consumidores. Caso a Justiça acate os pedidos do MP, cada uma das duas redes deverá pagar indenização, pelo dano difuso causado à sociedade, no valor equivalente a R\$ 1 milhão, montante a ser revertido para o Fundo Estadual dos Direitos do Consumidor.

Fonte: CECOM com modificações

Justiça proíbe TIM de habilitar novos celulares no DDD 77 no município de Barreiras

A Justiça determinou que a operadora TIM está proibida de habilitar novas linhas de aparelhos celulares no âmbito do DDD 77 e de fazer portabilidade de códigos de acesso de outras operadoras até que garanta a prestação efetiva dos serviços de telefonia móvel a todos seus clientes do município de Barreiras nos parâmetros estabelecidos pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). Enquanto isso, a empresa não poderá cobrar nas faturas quaisquer valores referentes ao serviço de franquia de dados 2G, 3G ou outra superior, como também

terá que conceder desconto de 50% nos valores de recargas das linhas pré-pagas dos seus consumidores com aquele DDD. A decisão judicial, proferida no dia 06 de maio do ano corrente pela juíza Marlise Alvarenga, acatou pedido liminar apresentado em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público estadual juntamente com o Município, por meio do promotor de Justiça Alex Santana Neves. Em caso de descumprimento, será aplicada multa de R\$ 10 mil por cada linha habilitada, e no mesmo valor por cada desconto não concedido.

Segundo a decisão, a operadora tem 30 dias para apresentar um projeto de melhorias da rede, que deverá ser aprovado pela Anatel, e mais 30 dias para iniciar sua implementação, sob pena de multa diária de R\$ 10 mil. A ação civil pública é resultado de inquérito civil instaurado pelo MP, que constatou diversas deficiências apontadas pela Anatel, como congestionamento da rede, interrupção de chamadas, e problemas de sinal e de conexão de dados do serviço 3G, no período de janeiro de 2013 a janeiro de 2015. “As deficiências vinham causando embaraços na prestação de serviços públicos municipais aos cidadãos usuários da telefonia móvel”, afirmou o promotor Alex Santana.

Fonte: CECOM com modificações

MP aciona Avianca, Azul e Gol por cobrar multas abusivas a passageiros

O Ministério Público estadual ajuizou no dia 06 de maio do ano corrente ação civil pública com pedido de medida liminar contra as companhias aéreas Avianca, Azul e Gol, por adotarem práticas abusivas em prejuízo dos usuários de transporte aéreo. Segundo a promotora de Justiça do Consumidor, Joseane Suzart, as empresas têm cobrado multas “exorbitantes” diante das solicitações de remarcação e cancelamento de passagens promocionais e também do não comparecimento justificado dos passageiros aos voos. A ação aponta ainda desrespeito às normas da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e às leis de proteção ao consumidor, com

prejuízos materiais e morais aos clientes em casos de extravio, perda e furto de bagagens, e na prestação de serviço precário de atendimento. “Tem-se observado que as empresas estão, constantemente, ofertando passagens áreas intituladas de promocionais com o objetivo expresso de fixarem altíssimos montantes para as hipóteses de remarcação, cancelamento ou não comparecimento justificado por parte do consumidor”, afirma Suzart na ação.

A promotora pede que a Justiça conceda liminar determinando que as três companhias limitem a 10% do valor reembolsável a multa ou a retenção pecuniária aplicada a passageiros que solicitem a remarcação até 30 dias antes da data do voo. Se o pedido for feito com antecedência inferior a 30 dias, a multa não pode extrapolar 20%. Em relação a cancelamentos, a penalidade pecuniária não pode ultrapassar 20%, nos casos das solicitações formalizadas até 30 dias de antecedência, e a 30% quando feitas com menos de 30 dias de antecedência. Joseane Suzart pede ainda que as empresas sejam impelidas a zelar e cuidar para que as bagagens dos usuários sejam entregues com “segurança, regularidade e eficiência no local de destino”, adotando, entre outras medidas, sistema tecnológico protetivo para a recepção e o traslado das malas. Outra exigência a ser cumprida é a disponibilidade gratuita, de forma ininterrupta 24 horas por dia, de serviço de atendimento ao consumidor. A promotora de Justiça, no pedido principal, solicita a restituição em dobro por cada empresa dos valores pagos pelos passageiros em razão das multas “arbitrárias” e que cada companhia pague R\$ 500 mil de indenização pelos danos morais causados à coletividade.

Fonte: CECOM com modificações

MP e GBarbosa de Alagoinhas firmam acordo para sanar problemas estruturais de duas lojas da cidade

O Ministério Público estadual e o GBarbosa do município de Alagoinhas firmaram Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) que prevê a realização de reformas estruturais em duas lojas do supermercado na cidade, localizadas nas ruas Padre Alfredo e Praça da Bandeira, no Centro. O termo foi proposto pela promotora de Justiça Suzana Monteiro e assinado pelo gerente geral do GBarbosa de Alagoinhas Manoel Félix Lima, representando a empresa responsável pela marca, a Cenconsud Brasil Comercial Ltda.

No TAC, a empresa se compromete com o MP a realizar um total de 27 intervenções para melhorias estruturais nas duas lojas, sendo dez no estabelecimento da Praça da Bandeira e 17 no da Rua Padre Alfredo. Entre as obras de reforma, está a renovação de piso, pintura, alvenaria, revestimentos, cobertura, forro, balcões refrigerados e de prateleiras. Os prazos para conclusão das intervenções variam do mínimo de 90 dias ao máximo de 300, a depender de cada intervenção. As obras abrangerão depósitos, salão de vendas, sanitários de funcionários, câmara e áreas externas e de preparo.

O descumprimento do TAC resultará em multa de R\$ 2 mil para cada infração verificada. A situação estrutural das duas lojas foi identificada e atestada pela Vigilância Sanitária Municipal (Visa) e registrada em relatórios do órgão, os quais foram considerados pelo MP dentro do inquérito instaurado para solucionar o problema.

Fonte: CECOM com modificações

CEACON promove reunião com agências reguladoras

O CEACON – Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça do Consumidor, por meio do Coordenador Roberto Gomes, no dia 07 de abril do ano corrente, se reuniu com algumas agências reguladoras. O objetivo da reunião foi estreitar a relação do Ministério Público do Estado da Bahia com as instituições que tem como missão a regulação e fiscalização das empresas fornecedoras de serviços públicos e produtos no Estado da Bahia. Participaram do encontro a ANATEL- Agência Nacional de Telecomunicações, ANS- Agência Nacional de Saúde, ANP- Agência Nacional do Petróleo, ADAB- Agência Estadual de Defesa Agropecuária da Bahia, AGERSA- Agência Reguladora de Saneamento Básico do Estado da Bahia e AGERBA- Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos, de Energia, Transportes e Comunicação da Bahia.

Essa reunião foi importante para o aprimoramento do diálogo com os órgãos que compõem a rede de proteção do consumidor, sendo esta uma das iniciativas escolhidas pelo MP/BA a qual integra o Plano Geral de Atuação do Ministério Público.

Nesse encontro também foram discutidas estratégias para melhorar a atuação conjunta dos referidos órgãos.

Fonte: CEACON

Investigação do MPBA acerca dos acidentes decorrentes do rompimento de adutora da EMBASA

Conforme noticiado em diversos meios de comunicação do Município de Salvador e em outras localidades do Estado da Bahia, uma adutora de água se rompeu no dia 1º de abril de 2015, na BR-324, próximo à Junqueira Carneiro, culminando em bloqueio da rodovia na altura do km 621. A despeito de ter sido controlado o vazamento no início da tarde deste dia, o mesmo acarretou sérios prejuízos aos moradores das imediações, que tiveram suas casas inundadas, sofrendo, igualmente, com a falta de água.

Visando à investigação do rompimento de tal adutora, o CEACON monitorou os dados, reunindo informações através de meio jornalístico, bem como solicitando esclarecimentos à Embasa e Agersa. Foram reunidos os dados coletados e as representações apresentadas por consumidores ao Ministério Público do Estado da Bahia contra a Companhia do Metro da Bahia – CCR Metrô Bahia e a Empresa Baiana de Águas e Saneamento – Embasa, resultando na instauração de inquérito civil pela 2ª Promotoria de Justiça do Consumidor da Capital para fins de apuração dos eventuais danos causados aos consumidores.

Fonte: CEACON

CEACON promove iniciativas em prol de modernização

O CEACON vem, frequentemente, discutindo estratégias para aprimorar as atividades desenvolvidas pelo Centro com o setor de Modernização do MPBA. Para tanto, estão sendo criadas padronizações, rotinas e fluxos de informação tais como a distribuição de procedimentos, bem como tem se efetuado a atualização dos “kits” (conjunto de arquivos de apoio em determinadas áreas temáticas). A intenção subjacente à concretização de tais iniciativas visa à otimização de resultados no MPBA e aprimoramento no atendimento às demandas das Promotorias de Justiça do Consumidor da capital e do interior.

Fonte: CEACON

MP instaura Inquérito Civil contra Faculdade Dom Pedro II e o Instituto Unyahna em Barreiras

O Ministério Público estadual, por meio do Promotor Alex Santana com atuação na 9ª Promotoria de Justiça de Barreiras instaurou Inquérito Civil para apurar possíveis violações aos direitos dos consumidores, prática abusiva e propaganda enganosa, por parte da Faculdade Dom Pedro II e do Instituto de Educação Superior Unyahna de Barreiras, conforme Portaria de instauração nº 002/2015.

Segundo representação apresentada pelos consumidores a Faculdade Dom Pedro II, sucessora do Instituto de Educação Superior Unyahna de Barreiras está com problemas na transição de documentos perante o Ministério da Educação, o que estaria causando óbices à obtenção do financiamento pelo Programa de Financiamento Estudantil- FIES.

Fonte: CEACON

Investigação do MPBA acerca do reajuste de 9,97% nas tarifas de água e esgoto

Em face do reajuste de 9,97% em junho nas tarifas de água e esgoto, é factível que a conta de água ficará mais cara para os baianos a partir do dia 6 de junho de 2015. A correção efetuada se deu com base na variação da inflação, corrigida pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) e outros parâmetros, como a elevação de custos fixos.

Visando à anulação de tal reajuste, foi formulada representação no Ministério Público do Estado da Bahia, a qual culminou, posteriormente, na instauração de inquérito civil na 2ª Promotoria de Justiça do Consumidor da Capital de Salvador para fins de apuração de eventuais ilegalidades na fixação da tarifa reajustada.

Fonte: CEACON

PEÇAS

EXCELENTÍSSIMO (A) SENHOR (A) DOUTOR (A) JUIZ (A) DE DIREITO DA __ VARA DOS FEITOS DAS RELAÇÕES CÍVEIS, DE CONSUMO E COMERCIAIS DA COMARCA DE SALVADOR/BA.

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA – (IN)SEGURANÇA EM PARQUE DE DIVERSÕES – RISCO PARA VIDA, SAÚDE E SEGURANÇA DOS USUÁRIOS — GRAVE ACIDENTE ENVOLVENDO CONSUMIDORES NO GOLDEN PARK – REGULARIZAÇÃO DE DETERMINADAS EXIGÊNCIAS – APRESENTAÇÃO DE PROPOSTA DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA – NEGATIVA QUANTO A MANIFESTAÇÃO A RESPEITO DA PROPOSTA DE TAC - CONDENAÇÃO DA RÉ AO CUMPRIMENTO DAS NORMAS JURÍDICAS E AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO PARA OS CONSUMIDORES EM RAZÃO DOS DANOS MATERIAIS E MORAIS SOFRIDOS – DANO MORAL DIFUSO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

1. Trata-se de Ação Civil Pública proposta contra a Empresa Golden Park devido a grave acidente ocorrido na Avenida Paralela, resultando em lesões aos usuários, fazendo-se necessária manutenção corretiva eficiente por parte do supracitado Parque de Diversões;
2. Torna-se fundamental garantir o direito dos consumidores à segurança.

“(...) o consumidor isolado, sozinho, não age; se o faz é um herói; no entanto, se é legitimado a agir não meramente para si, mas pelo grupo inteiro do qual é membro, tal herói será submetido ao ridículo destino de Dom Quixote, em vã e patética luta contra o moinho de vento. Os heróis de hoje não são mais, pois sim, os cavaleiros errantes da Idade Média, prontos a lutar sozinhos contra o prepotente em favor do fraco e inocente; mas são, mais ainda, os Ralph Nader, são os Martin Luther King, são aqueles, isto sim, que sabem organizar seus planos de luta em grupo em defesa dos interesses difusos, coletivos metaindividuais, tornando a submeter as tradicionais estruturas individualistas de tutela – entre as quais aquelas judiciais – às necessidades novas, típicas da moderna sociedade de massa”.
CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 56.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, por intermédio da Promotora de Justiça signatária, dando cumprimento a sua função institucional de zelar pela defesa dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos - diante do quanto previsto nos arts. 5º, inciso XXXII, 127, inciso III, e 170, V, da Carta Magna Brasileira -, com fulcro no artigo 138, inciso III, da Constituição do Estado da Bahia e, ainda, nos artigos 25, inciso IV, alínea “a”, 72, inciso IV, alínea “b” e 3º, respectivamente, das Leis Orgânicas Nacional e Estadual do Ministério Público - Lei Federal n. 8.625/93, Lei Complementar n. 11/96 e Lei Federal n. 7.347/85, bem como embasado no quanto previsto nos arts. 81, parágrafo único, inciso III, 82, inciso I e 90, todos do Código de Defesa do Consumidor Pátrio e diante das informações coletadas no **Inquérito Civil n. 003.0.39569/2014** – 5ª PJC, vem, perante Vossa Excelência, propor a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

com pedido de ordem liminar, seguindo o rito ordinário, em face de

GOLDEN PARK LTDA, pessoa jurídica de direito privado, registrada no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) sob o nº 03.239.122/0001-23, com sede na Rua Jose Mesquita da Silveira, 548, Bairro Anizio Amancio de Oliveira, Itabaiana-SE, CEP 49.500-000, em razão dos seguintes pressupostos fáticos e jurídicos:

I – DOS PRESSUPOSTOS FÁTICOS

Em 31 de março de 2014, a 5ª Promotoria de Justiça do Consumidor desta Capital instaurou, mediante a Portaria situada na fl.02, o Inquérito Civil nº. 003.0.39569/2014-PJC diante das informações jornalísticas remetidas pelo Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça do Consumidor desta Capital - CEACON/MP-BA. Nas citadas informações, foi constatada a ocorrência de um grave acidente com um dos brinquedos do Golden Park - "Serpentina" - que se encontrava alocada na Avenida Paralela, Salvador/BA, no qual foram vitimados dois ou mais usuários (fls. 03 a 13)¹.

Conforme as informações encaminhadas a esta Promotoria do Consumidor, no dia 25 de fevereiro de 2014, ao utilizarem um brinquedo conhecido como "Serpentina", pertencente

¹ Nas fls. 03 a 13, vislumbram-se matérias jornalísticas extraídas de diversos sítios eletrônicos, contendo os seguintes títulos: “Brinquedo descarrilha em parque e fere duas pessoas”; “Salvador: Sucom interdita parque de diversões na Paralela nesta quarta (26)”; “Duas pessoas ficam feridas em queda de montanha russa”; “Acidente no Golden Park deixa três feridos: Dono de parque ressalta: 'Estamos dando toda a assistência para a família'”; “Brinquedo descarrilha em parque e fere duas pessoas na Paralela”; “Acidente em Parque de Diversões deixa quatro feridos na Avenida Paralela”; “Acidente no Golden Park termina com duas vítimas encaminhadas ao HGE”.

ao parque de diversões Golden Park, o adolescente Vanderson Ramos e seu tio Francisco Carlos Santos, segundo relato do pai do jovem, que presenciou a cena, foram arremessados do carro, devido ao rompimento dos trilhos, chocando-se em barras de ferro. Vanderson Ramos acabou batendo sua cabeça, partindo seu lábio e tendo que imobilizar seu braço, enquanto seu tio, Francisco Santos, fraturou o nariz e teve um profundo corte na testa, sendo atendidos, no local, por duas ambulâncias do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência - SAMU e encaminhados ao Hospital Geral do Estado.

Sequencialmente, em 02 de abril de 2014, foi determinada a expedição da Notificação nº 124/2014 (fl. 16) para que o Fornecedor se manifestasse nos autos do Inquérito Civil, no prazo de 20 (vinte) dias. Todavia a Empresa já não se encontrava no antigo local - Avenida Paralela, sendo isso constatado no decorrer da apuração.

Na fl. 17, através de Ofício nº 147/2014, a 5ª Promotoria do Consumidor desta Capital, solicitou que a Superintendência de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON/BA realizasse inspeção no Golden Park. Sendo respondido, tempo depois, conforme fl. 19, que a Empresa já não se encontrava acampada no local, como demonstram as fotos presentes nas fls. 20 a 27. Foi realizada pesquisa junto ao Núcleo de Inteligência Criminal (NIC) do MPBA com o objetivo de localizar os nomes e endereços dos sócios do dito Fornecedor, bem como concretizou-se pesquisa via internet a fim de identificar onde se encontrava o aludido Parque. Além do já citado, foi requisitada a efetivação de pesquisa junto à Coordenadoria Municipal de Defesa do Consumidor (CODECON) e ao sistema PROJUDI, como se constata na fl 28.

Através de Certidão constante na fl. 31 dos autos, verificou-se que, após consulta, não foram encontrados, tanto no PROCON/BA quanto na CODECON, procedimentos correlatos à apuração em questão. Contudo, a não localização de reclamações de consumidores formalizadas perante tais órgãos, não significa que o Ministério Público não deva cumprir a sua

missão constitucional de zelar pela segurança dos consumidores, conforme previsto no art. 6º, inciso I, da Lei Federal n. 8.078/90. Já o Núcleo de Inteligência Criminal, por meio das fls. 34 a 38, encaminhou informações a respeito dos nomes e endereços dos sócios da referida Empresa.

Conforme consta na fl. 48, foi emitida nova Notificação de nº 448/2014, na qual a Fornecedora é intimada a, no prazo de 20 (vinte) dias, manifestar-se nos autos do Procedimento, devendo apresentar cópia dos seus atos constitutivos. Foi recebida por esta Promotoria, no dia 25 de setembro de 2014, resposta ao Ministério Público, fl. 40, referente a supracitada intimação, na qual o Fornecedor apresentou o seu Contrato Social (fls. 41 a 46), bem como, na fl. 47, instrumento de procuração assinado por um dos seus administradores.

A Ré, mediante fls. 49 a 84, apresentou sua defesa quanto à acusação que lhe foi imputada. Nas mencionadas folhas, a Acionada argumenta que as manutenções ocorrem sob a supervisão de profissionais especializados, além de aduzir a existência de Alvará de Autorização (fl.51) para o período em que ficou instalada no local onde se consumou o acidente, mencionando ainda a emissão de Atestado de Vistoria (fl. 52) pelo Comando de Operações de Bombeiros Militares, e ainda Laudo e Relatório Técnico.

O Ministério Público do Estado da Bahia, por meio de Despacho, na fl.85, requisitou que fosse oficiada a Superintendência de Controle e Uso do Solo do Município de Salvador – SUCOM para que remetesse os documentos referentes à interdição realizada no Golden Park quando se encontrava em funcionamento na Avenida Paralela. Ordenou-se também que as Promotorias de Justiça do Consumidor de Aracaju-SE e Itabaiana-SE, além do PROCON-SE e CODECON de Aracaju-SE, fossem instados com o objetivo de que informassem se tramitavam procedimentos apuratórios envolvendo a dita pessoa jurídica.

Nada foi encontrado a respeito da Ré nas Promotorias do Consumidor de Sergipe, semelhantemente, no PROCON-SE, como consta nas fls. 90 e 94 a 96. Foi recebida pelo Ministério Público do Estado da Bahia, no dia 08 de janeiro de 2015, conforme fl.98, resposta da SUCOM, a qual encaminhou nas fls.99-100, cópia do Relatório de Vistoria Preliminar nº 264 GEFIS/SUCOM/2014 e, mediante fls.101 a 137, dos demais documentos, restando as fotos do brinquedo viciado nas fls.138 a 140.

Elaborou-se Proposta de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), no dia 10 de março de 2015, de acordo com as fls.141 a 148, sobre a qual a Ré deveria manifestar-se, no prazo de 20 (vinte) dias, a contar do dia 12 de março de 2015, data da Notificação nº 167/2015. Porém, passado o período disponível para a manifestação, a Empresa não se posicionou de maneira alguma, sendo assim foi elaborado Relatório Final da Investigação a fim de que fosse proposta Ação Civil Pública.

Não obstante não tenha sido detectada a existência de procedimento apuratório nas mencionadas Promotorias de Justiça, bem como nos órgãos de proteção e defesa do consumidor do Estado da Bahia e de Sergipe, urge ressaltar que se deve zelar pela prevenção e precaução para que ulteriores acidentes não venham ocorrer envolvendo os equipamentos e brinquedos disponibilizados pela Ré. Não se deve esperar que outros tantos consumidores venham a sofrer acidentes, ao fazerem uso dos itens de entretenimento apresentados pela Acionada, para que providências judiciais sejam manejadas com o fito de a compelir ao constante e inarredável cumprimento das normas técnicas e jurídicas vigentes, evitando-se que fatos nefastos venham a se consumar.

Embora a Ré tenha concretizado a juntada de vários documentos, o Ofício GASUP/ASJUR n. 518/2014, expedido pela Superintendência de Controle e Ordenamento do Uso do Solo do Município de Salvador-BA (SUCOM), situado na fl. 98, remete o Relatório de Vistoria Preliminar n. 264 GEFIS/SUCOM/2014, no qual se observa, de forma clara e inquestionável, a ocorrência de vício no equipamento utilizado pela Empresa. Segundo tal órgão público, “em vistoria no local pelo agente de fiscalização da SUCOM, Paulo Pimentel, no dia 26/02/2014, constatou a existência de equipamento (brinquedo), onde havia ocorrido o sinistro. O primeiro carro do brinquedo teve o seu corpo arrancado da base do trem, sua base manteve-se fixada aos trilhos, ocasionada pela ruptura da fibra do brinquedo. Os quatro tripulantes do primeiro carro foram lançados juntamente com o corpo do carro”.

Diante do sério e trágico vício observado no equipamento, a SUCOM lavrou o Auto de Interdição n. 032101, com esteio nos arts. 227 e 228, incisos I e II, da Lei Municipal n. 5.503/99 (Código de Polícia Administrativa), sob a premissa fundamental de **“GARANTIR A INTEGRIDADE DOS USUÁRIOS ENQUANTO SERÁ REALIZADO NOVO LAUDO DE VISTORIA TÉCNICA”** (grifou-se). A própria SUCOM, através da Notificação n. 456619, constante na fl. 130, opinou pela liberação dos equipamentos “atestados no laudo de fls. 15 a 36”, promovendo a desinterdição do estabelecimento, porém, EXCETUOU O EQUIPAMENTO SINISTRADO (HAPPY MONTAIN).

A despeito de a Ré asseverar que respeita as normas de segurança vigentes, esta Promotoria de Justiça não poderia arquivar o Inquérito Civil em apreço sem ter a formalização do seu compromisso de que realizar periodicamente a manutenção preventiva e corretiva dos equipamentos utilizados, a fim de evitar que ulteriores sinistros venham acontecer. Apenas apresentar documentos e relatórios técnicos não constitui postura satisfatória quando se trata de situação envolvendo os bens jurídicos mais importantes, quais sejam: a vida, a saúde e a

segurança dos consumidores, pois, sem os quais, esses não poderiam usufruir de quaisquer outros.

Nessa senda, não há que se questionar a ausência de interesse de agir do *Parquet* e muito menos o atendimento por parte da Acionada das normas legais vigentes, visto que deverá ser obrigada a adotar providências corretivas e preventivas nos brinquedos para que novos acidentes não venham a emergir, colocando em risco a incolumidade física, psíquica e também econômica dos consumidores.

II - DOS PRESSUPOSTOS JURÍDICOS

Dispõe o art. 8º do CDC que os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou à segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito. A regra geral é que todo bem, para que possa ser disponibilizado para o público, atenda aos parâmetros de qualidade e não sujeitem os consumidores a sofrerem danos físicos, psíquicos e/ou morais².

O conceito de segurança é relativo e atrela-se, diretamente, com as informações sobre o uso ou fruição do bem de consumo³. A complexidade hodierna dos produtos e serviços,

² Sobre o tema, consultar: MORÁN, Luis González. El Derecho a la Salud y a la Seguridad de los Consumidores y Usuarios. In: ARCE, Alicia de León; GARCÍA, Luz María García (coords). *Derechos de Consumidores y Usuarios*. Valencia: Tirant lo blanch, 2007, tomo I, p. 1.158 a 1208.

³ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos; GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 10. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011, volume I, p. 190.

causada pela intensa evolução científica e tecnológica, faz com que informações relativas ao *modus* de seu uso sejam fundamentais para que não causem problemas aos consumidores. Nenhum bem pode ser absolutamente seguro, se não estiver acompanhado de explicações fundamentais concernentes ao seu adequado aproveitamento. A partir dessas considerações, pode-se inferir que a segurança não será jamais um conceito absoluto e vai depender não somente do respeito às normas regulamentares vigentes, mas também da orientação devida aos consumidores no que tange à utilização do bem.

A segurança dos bens de consumo compõe-se de dois elementos essenciais: a) *o cumprimento das normas técnicas e regulamentares vigentes*; e a b) *a prestação de informações sobre o seu adequado manejo e fruição*. Com base nos componentes da concepção de segurança, três características sobressaem: a *relatividade*, a *temporariedade* ou *transitoriedade* e a *heterogeneidade*. Observe-se que não há um conceito pronto e acabado de segurança dos produtos e serviços, podendo-se afirmar que consiste na sua adequação aos padrões aceitos como próprios em determinado período de evolução científico-tecnológica, acompanhada da completa e clara informação sobre a apreensão e exaurimento da sua essência.

O respeito às normas técnicas e regulamentares vigentes sobre os bens de consumo é a primeira etapa para que a segurança seja respeitada. As normas editadas pelo Poder Público devem ser obrigatoriamente cumpridas pelos fornecedores de produtos e serviços; já as instituídas por instituições privadas, como a Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, são de caráter facultativo. Trata-se, na primeira hipótese, da *regulamentação*, ou seja, do próprio aparato público, que, após pesquisas e estudos realizados por profissionais especializados, estabelece normas de caráter compulsório⁴. No segundo caso, as orientações

⁴ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos; GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN. et al.

normativas servem de parâmetro para a produção de bens de consumo sem um caráter obrigatório, denominando-se de *normalização*. Na ausência de regulamentação sobre determinado bem de consumo, pode-se exigir que o fornecedor cumpra as normas técnicas vigentes, ainda que facultativas, pois o que não se pode admitir é que um padrão mínimo de qualidade seja desprezado⁵. É importante registrar que existem normas editadas pela ABNT que são reconhecidas pelo Poder Público como obrigatórias, passando a integrar o que se denomina de regulação.

Quando o consumidor depara-se com um problema em certo produto ou serviço, deve ter o cuidado de pesquisar se existe regulamento ou norma técnica sobre o tema – situação que demonstra a vulnerabilidade da categoria, visto que há, conforme aduz Gerard Cas, “uma multiplicidade e complexidade de textos normativos e regulamentares”⁶. Se, por um lado, a confluência de normas e regulamentos sobre os múltiplos bens de consumo exige que os consumidores inteirem-se do seu conteúdo, por outro, no estágio atual da evolução humana, seria impossível dispensar-se a regulamentação e a normalização – *a contrario sensu*, a segurança estaria ameaçada.

A pós-moderna teoria contratual enfatiza o fator segurança dos bens de consumo e não se limita apenas a tratar dos elementos tradicionais, admitindo, segundo Ricardo Lorenzetti, três níveis de análise e perspectivas: *contratual, sistemática e institucional*⁷. No primeiro plano, no âmbito interno, além dos elementos clássicos, a responsabilidade dos participantes da relação contratual e as garantias dos bens de consumo são importantes

Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. 10. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011, volume I, p. 190.

⁵ Ibidem, idem.

⁶ Ibidem, idem.

⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis; MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos de Servicios a los Consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, p. 17.

aspectos considerados. No segundo prospecto, internamente, as relações entre as partes devem estar pautadas na informação e na lealdade. Por fim, o derradeiro aspecto envolve a funcionalidade, a eficácia e a eficiência da contratação, sem dispensar o ambiente econômico e social – não se poderia, nesse plano, desprezar a segurança dos bens de consumo e os cuidados imprescindíveis com a vida, a saúde e a segurança dos usuários.

2.1. TEORIA DA QUALIDADE DOS BENS DE CONSUMO

Resultado das transformações que marcaram o surgimento da sociedade massificada e dos contratos padronizados, a Teoria da Qualidade dos produtos e serviços é o tema nuclear que vai reger todas as relações de consumo⁸. No sistema norte-americano, em que o primeiro clamor ecoou para a proteção do consumidor, os riscos e os danos causados por bens defeituosos foram objeto de discussões e de análise⁹, bem como a qualidade em geral dos produtos e serviços. A Comunidade Econômica Europeia, de forma similar, preocupou-se também com a qualidade e a conformidade dos bens de consumo, prevendo normas sobre o assunto.

No Brasil, com a edição do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a citada teoria foi absorvida pelo ordenamento jurídico local, fazendo-se presente, de modo marcante, em toda a Lei n. 8.078/90¹⁰. Assinala Norbert Reich que a responsabilidade devido à deficitária qualidade dos bens de consumo “is a remedy under civil or common law by which the user of a

⁸ Gerard Cas apresenta uma “Esquisse d'une théorie de la qualité”, ou seja, a estrutura de Teoria da Qualidade. CAS, Gérard; FERRIER, Didier. *Droit de la consommation*. Paris: Presses Universitaire de France, 1986, p. 182 e ss.

⁹ PHILLIPS, Jerry J. *Products Liability*. 5. ed. St. Paul, Minn. West Group, 1998. p. 55 e seguintes.

¹⁰ Antônio Herman Vasconcellos e Benjamin, ao comentar o CDC, trata da Teoria da Qualidade dos Bens de Consumo. Conferir: BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e; GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 10. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011, volume I, p. 38-43.

product (be it a professional user or a private consumer), having suffered because of a defective product, can acquire compensation in the form of damages”¹¹. A qualidade dos produtos e serviços tem sido objeto de tratamento nos ordenamentos jurídicos dos países que deram guarida à proteção e à defesa dos consumidores.

Apesar de o título do mencionado capítulo IV do título I do CDC trazer expressamente menção à qualidade dos produtos e serviços, tal exigência dilui-se por todo o diploma legal. Os arts. 4º e 6º, que disciplinam, respectivamente, os princípios das relações de consumo e os direitos básicos dos consumidores, contemplam a qualidade dos bens de consumo e tratam sobre o atendimento às necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos e a melhoria da sua qualidade de vida. Sobre a temática, devem ser consultados os incisos II, “d”, V, e VII, do art. 4º desse Código, do mesmo modo que os incisos I, IV e X do art. 6º. Os capítulos acerca da proteção contratual, administrativa e penal também contêm normas referentes à qualidade dos produtos e serviços. Assim sendo, quando se trata da Teoria da Qualidade dos Bens de Consumo, não se pode ignorar que se espraia por todo o microsistema consumerista.

O progresso industrial, científico e tecnológico possibilitou a criação e o desenvolvimento de produtos e serviços diversificados e complexos para o atendimento às necessidades e comodidades humanas. As inovações estimularam o consumo e, ao mesmo tempo, foram atraindo um público cada vez maior, interessado em se deleitar com as benesses

¹¹ “é um remédio de direito civil ou comum pelo qual o usuário de um produto (seja um profissional ou um consumidor privado), tendo sofrido em razão do defeito de um produto, poderá adquirir compensação em forma de danos” (traduziu-se). REICH, Norbert. In: COSSU, Cipriano (a cura di). *L'attuazione della direttiva comunitaria sulla responsabilità del produttore*. Milano: Edizioni Cedam – Padova, 1990, p. 204.

incorporadas ao mercado de consumo. A garantia legal dos bens de consumo, instituída pela Lei n. 8.078/90, tem por escopo assegurar aos adquirentes e utentes de produtos e serviços com qualidade e segurança, evitando-se ocorrências que afetem a vida, a saúde e a segurança daqueles e a adequação esperada. A garantia legal dos produtos e serviços tem por escopo proteger os consumidores perante os vícios que podem impregná-los e, nessa toada, é de fundamental relevância conceituá-los e expor as suas características para a melhor compreensão do objeto dessa lide.

2.2. VÍCIOS POR INSEGURANÇA E OS ACIDENTES DE CONSUMO

Em resposta aos acontecimentos nefastos decorrentes do uso ou da fruição de bens de consumo, revolucionaram-se os pilares da responsabilidade civil, abandonou-se a investigação do elemento subjetivo e foram cunhadas normas específicas para a proteção dos consumidores. A Lei n. 8.078/90 denominou responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, o conjunto normativo voltado para os defeitos ou vícios por insegurança, que coloquem em risco a vida, a saúde ou a segurança dos consumidores, ou que lhes causem danos. A expressão “acidente de consumo”, argumenta Marc Fallon, serve melhor para significar tal responsabilidade, não somente pela “extensão desejável da perspectiva de caracterizar uma atividade humana e não o fato de um bem, mas também pela perenidade do consumerismo e por sua institucionalização”¹².

Segurança e prevenção são os valores que norteiam as normas sobre acidentes de consumo, guiando o legislador infraconstitucional a estruturar um regime específico de responsabilidade civil.¹³ Quando aqueles valores são ameaçados ou violados, a vida e a saúde do consumidor são tocados e a sua integridade física, psíquica, moral e, em geral, econômica,

¹² FALLON, Marc. *Les accidents de la consommation et le droit*. Bruxelas: Bruylant, 1982, p. 222.

¹³ *Ibidem*, *idem*.

colocadas em risco ou mesmo prejudicadas pela iniciativa privada econômica¹⁴. Entre as normas cujo objetivo prioritário é evitar a produção de danos tem especial relevância, aduz Parra Lucan, “la que establece la obligación de los empresarios de introducir en el mercado productos seguros en condiciones normales o previsibles de utilización”¹⁵. As normas, que serão objeto de exame nos próximos tópicos, integram uma política de caráter preventivo direcionada para estimular os fornecedores a modificarem a técnica de produção a fim de evitarem ulteriores eventos danosos¹⁶.

De um modelo individualista e autônomo, em que a autonomia privada espargia sem maiores freios, transpôs-se para um modelo dualista e coletivo, afirma Thierry Bourgoignie¹⁷. O direito das relações de consumo, dentro dessa estrutura, desempenha duas funções principais: (i) “corrigir as falhas do mercado, mais a título de meio do que como um fim em si mesmo;” (ii) “e responder às preocupações sociais de uma política ativa de consumo que vise à redução de custos atribuídos à coletividade em razão do comportamento privado dos atores econômicos”¹⁸. Garantir ao consumidor, através dos ideais democráticos e igualitários, um mínimo de proteção imperativa e intangível¹⁹ é a razão das normas sobre acidentes de consumo.

Produtos e serviços defeituosos são aqueles que não oferecem a segurança que dele legitimamente se espera, conforme dispõem, respectivamente, os arts. 12 e 14 do CDC e

¹⁴ ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *La Responsabilità del Produttore*. 4. ed. Milão: Dott. A Giuffrè, 1999, p. 1.

¹⁵ “a que estabelece a obrigação dos empresários de introduzir no mercado produtos seguros em condições normais ou previsíveis de utilização”. PARRA LUCAN, Maria Angeles. *Daños por Productos y Proteccion del Consumidor*. Barcelona: Bosch Editor S.A. 1990, p. 635.

¹⁶ *Ibidem*, p. 32.

¹⁷ BOURGOIGNIE, Thierry. *Éléments pour une Théorie du Droit de la Consommation*. Bruxelles: Story Scientia, (Coll. « Droit et consommation », XVI) 1988, p.156.

¹⁸ (traduziu-se) *Ibidem*, p. 165.

¹⁹ *Ibidem*, *idem*.

respectivos parágrafos. A ausência de segurança pode dar-se em decorrência de defeitos na própria estrutura do produto ou na prestação do serviço ou pela ausência de informações adequadas sobre o seu uso ou fruição. Desse modo, podem os defeitos ser classificados em três espécies: a) de *planejamento*; b) de *operacionalização*; e de c) *informação*²⁰.

As duas primeiras espécies são *vícios* ou *defeitos intrínsecos*, já que, afirma Calvão da Silva, “inerentes à própria estrutura do produto”. Os defeitos de informação ou de instrução²¹, diferentemente dos demais, correspondem a *vícios* ou *defeitos extrínsecos*, “resultantes do não cumprimento ou cumprimento imperfeito do dever de advertir ou instruir (*warnings or instructions*)” - não são, pois, ínsitos ao produto²².

Defeitos de *planejamento* são aqueles que surgem no momento em que estão sendo projetados os produtos e os serviços. É a fase preliminar da produção de certo bem de consumo e deve ser realizada com cuidado e zelo com vistas a promover a segurança aguardada pelo público consumidor²³. O projeto do produto ou serviço deve ser confeccionado por profissionais experientes e em harmonia com as normas regulamentares vigentes. Nessa

²⁰ Afirma Jerry Phillips que “É dito frequentemente que existem três tipos de defeitos relacionados aos produtos: 1) defeitos de fabricação ou produção; 2) defeitos de design; 3) inadequadas instruções e avisos”. PHILLIPS, Jerry. *Products Liability*. 5. ed. St. Paul, Minn. West Group, 1998, p. 5.

²¹ Os alemães os denominam de *Instruktionsfehler*. Consultar: JAUERNIG, Othmar; MANSEL, Peter. et al. *Bürgerliches Gesetzbuch*. 11. ed. Munique: Beck, 2004.

²² CALVÃO DA SILVA, João. *A Responsabilidade Civil do Produtor*. Coimbra: Livraria Almedina, 1990, p. 659.

²³ “Em 1997, o Instituto de Direito Americano adotou o *Restatement 3d of Torts: Products Liability*, dividindo os defeitos dos produtos em: defeitos de fabricação (quando produtos se afastam do seu projeto original), defeitos de design e inadequadas instruções ou avisos” PHILLIPS, Jerry., op. cit., p. 29.

etapa, serão definidos as metas e os objetivos relativos ao bem de consumo e a sua posterior estrutura terá que atender aos padrões de qualidade, eficiência e, principalmente, segurança.

Na fase de *operacionalização*, o fornecedor executará as atividades necessárias para que o produto seja materializado ou o serviço prestado. É o momento no qual o projeto ganha corpo e dá origem ao bem de consumo através de atividades diversas, que precisam ser guiadas pela atenção daqueles que as desenvolvem²⁴. Pronto o produto ou executado o serviço, compete ao fornecedor prestar informações completas, claras e ostensivas sobre a sua utilização ou fruição e riscos. Se um bem de consumo foi devidamente planejado e executado, mas não forem prestados esclarecimentos suficientes ou adequados sobre o seu manejo e aproveitamento, surge o *defeito por informação*.

É possível que um acidente de consumo aconteça não em razão da estrutura física do bem, mas, sim, devido à falta de informação necessária²⁵. O produto pode não oferecer a segurança legitimamente esperada porque seu fabricante o pôs em circulação sem as adequadas instruções sobre o modo do seu emprego, assinala Calvão da Silva, “sem as advertências para os perigos que o seu uso incorreto comporta, sem a menção das contra-indicações da sua utilização, sem as informações sobre as suas propriedades perigosas”²⁶. O dever de informação ao consumidor é uma obrigação contratual acessória de caráter fundamental para se evitar acidentes de consumo. Cabe ao fornecedor adverti-lo sobre as vantagens e os riscos do produto ou serviço, assim como de todas as demais circunstâncias

²⁴ “A defesa da pessoa humana e o respeito a sua dignidade são o fim supremo da sociedade e o Estado de Direito o que alberga a regra de não gerar danos por defeitos dos produtos que são colocados no mercado” (tradução livre). CÁCERES, Silvia Roxana Sotomarino. *Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos*. Peru: Ara Editores, 2007, p. 325.

²⁵ Sabrina Ianni salienta o direito fundamental do consumidor à informação e a sua vulnerabilidade. IANNI, Sabrina. *America Latina e Tutela del Consumatore*. Le Prospettive del Mercosur tra Problemi e Tecniche di Unificazione del Diritto. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, p. 65.

²⁶ CALVÃO DA SILVA, João. *A Responsabilidade Civil do Produtor*. Coimbra: Livraria Almedina, 1990, p. 636.

importantes²⁷. É essa informação prévia que, se for realmente prestada a contento e de modo condizente com o produto ou serviço, vai evitar que acidentes aconteçam e que danos sejam ocasionados. Seria, como anuncia De Cupis, “una reacción del derecho para facilitar la represión del daño”²⁸.

2.2. RESPONSÁVEIS PELOS ACIDENTES DE CONSUMO

No atual estágio de evolução econômica e mercadológica, no entanto, dificilmente o consumidor consegue adquirir um produto ou contratar um serviço que tenha sido originado por apenas uma pessoa física ou jurídica.

Com a edição do Novo Código Civil, cuja vigência iniciou-se em 2002, restou estabelecida a responsabilidade objetiva dos empresários individuais e das empresas pelos danos causados pelos produtos postos em circulação, consoante dispõem os arts. 927, parágrafo único, e 931, tornando-se possível, através do diálogo das fontes, a incidência desses dispositivos legais às relações de consumo²⁹. Aplicando-se aquela regra cível, os interessados poderão ingressar com demandas contra os integrantes da cadeia de fornecimento, incluindo-se o comerciante – situação que fortalece a defesa do consumidor, visto que amplia o rol de legitimados³⁰.

²⁷ TOURNEAU, Philippe le., op. cit., p. 17.

²⁸ “uma reação do direito para facilitar a repressão do dano”. DE CUPIS, Adriano; SARRIÓN, Angel Martinez. *El Daño: Teoría general de la responsabilidad civil*. Barcelona: Editorial Bosch S.A., 1975, p. 15.

²⁹ Reza o art. 927, parágrafo único, do NCC: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Dispõe o art. 931 do NCC: “Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação”.

³⁰ Afirma Leonardo Medeiros Garcia que, por outro lado, alguns autores têm entendido que “a responsabilidade do comerciante seria solidária, principalmente, porque o art. 13 aduz que o comerciante “é igualmente responsável” nos termos do art. 12. Assim, o comerciante

A sociedade massificada e a contratação padronizada, frutos das transformações sociais, econômicas e tecnológicas examinadas no capítulo segundo, não mais poderiam conviver com o sistema tradicional de responsabilidade civil com base na culpa do fornecedor dos bens de consumo³¹. A responsabilidade subjetiva, lastreada na culpa - ou na *faute* do Código Civil francês de 1804, atendeu ao período em que o individualismo kantiano dominava e estava de acordo com razões econômicas. A visão humanística da sociedade, fundada no livre arbítrio, pregava sempre uma análise do motivo subjetivo de determinada conduta. A predominância do elemento subjetivo também facilitava o espírito de iniciativa e impulsionava a ação no campo econômico, estimulando os empreendimentos³².

Com as alterações vivenciadas no decorrer do desenvolvimento industrial e do galopante capitalismo, a máxima: “nenhuma responsabilidade sem culpa”, ou como ensinava

responderia solidariamente com o fabricante, produtor, construtor e o importador”. GARCIA, Leonardo Medeiros. *Direito do Consumidor*. Código Comentado e Jurisprudência. 8. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 157. Nesse mesmo sentido: NUNES, Rizzato. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 275. ALMEIDA, João Batista de. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 62. O STJ também se posiciona assim: “O indeferimento do pedido de denúncia à lide de incorporadora falida, pela sua sucessora, na comercialização das unidades imobiliárias, está baseado na responsabilidade solidária do comerciante, prevista no art. 13 do CDC, na possibilidade do direito de regresso (art. 13, parágrafo único, do CDC); na vedação à denúncia da lide (art. 88, CDC) e na ocorrência de prejuízo aos consumidores pelo deslocamento da ação para o juízo universal da falência (STJ, AgRg no Ag 364178/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ 11/06/2001).

³¹ Afirma Pessoa Jorge que as dificuldades para a demonstração da culpa do agente conduziram à objetivação da responsabilidade. JORGE, Fernando Sandy Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

³² LE TOURNEAU, Philippe. *La Responsabilidad Civil*. Trad. Javier Tamayo Jaramillo. Bogotá: Legis S.A. p. 27/28.

Rudolf Von Ihering “sem culpa, nenhuma reparação”, não mais podem prosperar³³. A responsabilidade civil, atrelada ao individualismo liberal do século XIX, tinha como pressuposto a conduta dolosa, negligente ou imprudente, que causava malefícios para os interessados. Na pós-modernidade, a responsabilidade civil associou-se ao solidarismo, à cooperação e à eticidade, não mais sendo imprescindível a descoberta de quem tenha sido o autor direto da conduta nem o motor subjetivo que o impulsionou a agir ou a omitir-se, prejudicando ou colocando em risco outrem³⁴.

A objetivação da responsabilidade não foi um fenômeno repentino e subreptício, leciona Josserand que “é a história e o triunfo da jurisprudência e, também, de alguma forma, da doutrina; é, mais geralmente, o triunfo do espírito do senso jurídico”³⁵. As normas não foram modificadas com rapidez e facilidade para a recepção da responsabilidade objetiva - o direito foi evoluindo “sob uma legislação imóvel” e “o juiz foi a alma do progresso científico, o artífice laborioso do direito novo contra as fórmulas velhas do direito tradicional”³⁶. Os acidentes de consumo, que se tornaram tão frequentes e as constantes reclamações dos contratantes diante dos vícios por inadequação dos produtos e serviços, foram fortes fatores para a mudança de paradigmas. As dificuldades para se identificar o “autor anônimo” da conduta causadora do problema, havendo uma constante transferência de responsabilidade entre os integrantes da cadeia de fornecimento, fez com que a responsabilidade fosse objetivada³⁷.

³³ Consultar: VON IHERING, Rudolf. *A Luta pelo Direito*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

³⁴ Examinar: WRIGTH, Richard W. *Right, Justice and Tort Law*. Philosophical Foundations of Tort Law. Oxford University Press, 1995.

³⁵ Confira-se: JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *RF*, Rio de Janeiro, v. 38, n. 86, p. 539, abr., 1941, passim.

³⁶ *Ibidem*, *idem*.

³⁷ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por Daños*. Parte geral, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 56.

Sendo o Direito um “modo de resolver casos concretos”, afirma Canaris que “ele sempre teve uma particular aptidão para aderir à realidade: mesmo quando desamparado pela reflexão dos juristas, o Direito foi, ao longo da história, procurando as soluções possíveis”³⁸. Dessa forma, o contrato teve que se transformar para se adequar “à objectividade e impessoalidade do moderno sistema de relações económicas”³⁹. Raymond Saleilles, Louis Josserand e Georges Ripert elaboraram obras pioneiras sobre a teoria objetiva da responsabilidade civil⁴⁰, defendendo a necessidade de substituição da culpa pela causalidade, mediante interpretação da palavra *faute* do art. 1382 do Código Civil francês, sem indagação do elemento psicológico.

No final do século XIX, período em que a evolução industrial, científica e tecnológica avançava e, paralelamente, os acidentes de consumo aconteciam, os juristas franceses desenvolveram a teoria do risco, visando fundamentar e justificar a responsabilidade objetiva. Como aduz Le Tourneau, “toda actividad que provoque un riesgo para otro torna a su autor responsable del perjuicio que dicha actividad pueda causar, sin que tenga que probar una culpa como origen del daño”⁴¹. Resume-se a teoria com a seguinte assertiva: todo e qualquer prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, mesmo que não tenha agido com culpa. A valorização da pessoa humana, que se traduz por uma menor resignação

³⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 4. ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2008, p. XXIV.

³⁹ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1947, p. 309.

⁴⁰ SALLEILES, Raymond. *De la declaracion de voluntad*. Paris: Rousseau, 1.901, p. 76.

⁴¹ “toda atividade que provoque um risco para o outro torna o seu autor responsável pelo prejuízo que dita atividade possa causar, sem que tenha que provar uma culpa como origem do dano” (traduziu-se). LE TOURNEAU, Philippe. *La Responsabilidad Civil*. Trad. Javier Tamayo Jaramillo. Bogotá: Legis S.A., p. 35.

das vítimas, acompanhada de uma maior solidariedade frente aos eventos danosos, afirma Le Tourneau, conduz a não se tolerar mais que “una víctima quede sin recursos luego de un daño, bajo el pretexto de que su autor no está identificado o es insolvente, no solo cuando la víctima es perfectamente inocente, sino cuando ella há cometido una falta que haya concurrido al accidente”.⁴²

O risco tornou-se objeto de estudos daqueles que pregavam a responsabilidade objetiva para substituir a culpa como anterior elemento vinculativo. A culpa era ligada ao ser humano, sendo por isso pessoal e subjetiva, pressupondo o “complexo de operações do espírito humano, de ações e reações”; o risco arrima-se ao serviço, à coisa, à atividade empresarial, “ultrapassa o círculo das possibilidades humanas para filiar-se ao engenho, à máquina, à coisa, pelo caráter impessoal e objetivo”⁴³. A criação da teoria do risco decorreu da inaptidão da doutrina da responsabilidade subjetiva, mesmo com presunção de culpa anunciada⁴⁴. A responsabilidade pelo risco, anuncia Karl Larenz, trata-se de uma imputação mais intensa desde o ponto de vista social, de “uma distribuição de riscos de dano inerentes a uma determinada atividade segundo os padrões ou medidas, não da imputabilidade e da culpa, senão da assunção de risco àquele que o cria ou domina, ainda que somente em geral”⁴⁵

2.4. DOS PREJUÍZOS CAUSADOS AOS CONSUMIDORES, DO DANO MORAL COLETIVO E DO ÔNUS PROBANDI

⁴² “uma vítima que sem recursos sofre um dano, apesar do pretexto de que seu autor não está identificado ou é insolvente, sendo ela perfeitamente inocente, senão quando ela houver cometido uma falta que haja concurrido com o acidente” (tradução livre). Ibidem, p. 41.

⁴³ PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1930, p. 661.

⁴⁴ BARRENA, Cristian. *El Daño Moral en la Responsabilidad Contravtual y Extracontratual*. Valparaíso: Editorial Libromar, 2001, p. 41.

⁴⁵ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, t. II, p. 665.

Os consumidores que contrataram os serviços de entretenimento disponibilizados pela parte Ré podem ter sofrido sérios e reais prejuízos diante das práticas ilícitas acima descritas. Nesta senda, devem também ser indenizados pelos danos materiais e morais sofridos, sendo que podem ser cumulados nos termos da Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça⁴⁶.

As novas premissas da teoria geral dos contratos superaram os paradigmas clássicos, fincados no caráter absoluto do princípio da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*. Hodiernamente, o fornecedor continua tendo liberdade para atuar no mercado, mas não de forma arbitrária e desmedida, conforme acentua Nathalie Souphanor⁴⁷. Houve, na realidade, uma profunda influência e intervenção do Estado na autonomia das partes contratantes, para se evitar que abusos continuassem a ser cometidos sem um efetivo controle⁴⁸.

A despeito da autonomia privada do Acionado, não poderia jamais, utilizando-se do seu poder de fornecedor, negar-se ao cumprir os termos legais, devendo arcar com a indenização dos consumidores e o ressarcimento necessário dos valores pagos⁴⁹. Não se pode

⁴⁶ Súmula 37 do STJ: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”. Sobre o tema, consultar: MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002, p. 408-446.

⁴⁷ SOUPHANOR, Nathalie. *L'influence du droit de la consommation*, p. 35 e seq.

⁴⁸ CHARDIN, Nicole. *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*. Paris: LGDJ, 1988, p. 216.

⁴⁹ ALTERINI, Atílio; CABANA, Roberto M. López. *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1989, p. 9.

admitir que os consumidores sejam lesados em seus interesses econômicos mediante a contratação de produtos e/ou serviços inadequados em virtude da ausência de segurança⁵⁰.

A conduta da parte Ré ofende também os valores vigentes no seio da comunidade, ensejando, assim, o reconhecimento do dano moral coletivo. De acordo com Roscoe Bessa, a análise do dano moral coletivo não passa pela existência de afetação da integridade psicofísica da pessoa ou da coletividade⁵¹. O referido autor afirma ainda que em se tratando de direitos difusos e coletivos, “a condenação por dano moral (*rectius*: extrapatrimonial) se justifica em face da presença do interesse social em sua preservação”. Trata-se de mais um instrumento para conferir eficácia à tutela de tais interesses, considerando justamente o caráter não patrimonial desses interesses metaindividuais.

Nessa linha, a ofensa a direitos dos consumidores revela a necessidade de reparação dos danos morais sofridos no plano difuso, haja vista que o patrimônio valorativo da comunidade foi agredido de maneira injustificável, o que redundaria na necessidade de fixação de montante indenizatório, para que amenize o dissabor sofrido pela coletividade. A indenização por danos morais encontra esteio, inclusive, no art. 6º, VI do Código de Defesa do Consumidor⁵². Demais disso, deve-se ter em conta que a indenização por danos morais tem grande papel pedagógico, porquanto o abalo financeiro vivenciado pelo indenizado inibe a sua reincidência nas práticas abusivas, bem como serve de exemplo para que outras empresas do mesmo ramo não pratiquem conduta similar.

⁵⁰ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 11.

⁵¹ BESSA, Leonardo Roscoe. *Dano Moral Coletivo*. Disponível em: <http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.11175>. Acesso em 06 de maio de 2011.

⁵² “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) VI – a efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

O legislador consumerista, objetivando tutelar os direitos básicos do consumidor, estabeleceu a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências⁵³. Nesta senda, da análise do caso, ora, em comento, depreende-se a verossimilhança das alegações deste Órgão Ministerial, haja vista que realmente os Réus, conforme apurado, atuam de modo irregular, causando prejuízos para os consumidores e para a coletividade, ensejando a inversão do ônus *probandi*.

III – DA MEDIDA LIMINAR

O Ordenamento Jurídico Brasileiro permite que, em determinadas situações nas quais a realização do direito não pode aguardar a longa e inevitável demora da sentença final, seja concedida, sob forma de liminar, a tutela antecipada, de cunho satisfativo provisório⁵⁴. Dispõe o art. 84 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor que será possível a antecipação dos efeitos da tutela pleiteada quando houver receio de ineficácia do provimento final e forem verossímeis as alegações da parte interessada - o mesmo dispõe o art. 273 do Código de Ritos Cíveis Pátrio. Segundo Marinoni⁵⁵, “É preciso, portanto, que os operadores do Direito compreendam a importância desse instituto e o usem

⁵³ Art.6º, inciso VIII, CDC: “VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados”.

⁵⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. V. I. 48ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 424.

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 24.

de forma adequada. Não há razão para timidez no uso da tutela antecipatória, pois o remédio surgiu para eliminar um mal que já está instalado”.

Nesta senda, complementa o citado processualista, “É necessário que o magistrado compreenda que não pode haver efetividade, em muitas hipóteses, sem riscos”. A tutela antecipatória permite perceber que “não é a ação (o agir, a antecipação) que pode causar prejuízo, mas também a omissão”. O juiz que se omite, complementa o Processualista, “é tão nocivo quanto o juiz que julga mal. Prudência e equilíbrio não se confundem com medo, e a lentidão da Justiça exige que o juiz deixe de lado o comodismo do velho procedimento ordinário – no qual alguns imaginam que ele não erra”⁵⁶.

Nesta esteira, alerta o autor que para assumir as responsabilidades de um novo juiz, de um juiz que trata dos 'novos direitos' e que também tem que entender – “para cumprir sua função sem deixar de lado a sua responsabilidade ética e social – que as novas situações carentes de tutela não podem, em casos não raros, suportar o mesmo tempo que era gasto para a realização dos direitos de sessenta anos atrás (...)”⁵⁷.

In casu, vicejam os requisitos que autorizam a concessão liminar da tutela pretendida, pois existe prova razoável das práticas abusivas implementadas pela Ré, conforme acima exposto. Ademais, caso não deferida a medida, a Acionada continuará descumprindo as normas jurídicas vigentes, devendo ser compelida a respeitá-las Zavascki⁵⁸, ao discorrer sobre os elementos necessários para que a pretensão judicial seja antecipada, elucubra que:

⁵⁶ Idem, ibidem.

⁵⁷ Idem, ibidem.

⁵⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 75.

Atento, certamente, à gravidade do ato que opera restrição a direitos fundamentais, estabeleceu o legislador, como pressuposto genérico, indispensáveis à qualquer das espécies de antecipação da tutela, que haja (a) prova inequívoca e (b) verossimilhança da alegação. O *fumus boni iuris* deverá estar, portanto, especialmente qualificado: exige-se que os fatos, examinados com base na prova já carreada, possam ser tidos como *fatos certos*. Em outras palavras: diferentemente do que ocorre no processo cautelar (onde há juízo de *plausibilidade* quanto aos fatos alegados), a antecipação de tutela de mérito supõe *verossimilhança* quanto ao fundamento de direito, que decorre de (relativa) *certeza* quanto à verdade dos fatos.

Os elementos fáticos, coligidos na investigação cível, encetada pelo Ministério Público denotam a real possibilidade de ser efetivada a antecipação da tutela. Para Athos Gusmão Carneiro⁵⁹, quando a pretensão exposta na inicial se apresenta desde logo como indiscutível, ou seja, em caso de 'juízo de certeza', a prestação jurisdicional *definitiva* “deverá ser, em princípio, deferida independentemente de instrução em audiência, através do instituto do julgamento antecipado (*rectius*, julgamento 'imediato') da lide – CPC, art. 330”.

No caso *sub judice*, impõe-se a expedição de ordem liminar, *inaudita altera parte*, com base no art. 12 da Lei n. 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública), uma vez que se encontram caracterizados seus pressupostos jurídicos, quais sejam, a prova inequívoca da verossimilhança do pedido, ou seja, a “fumaça do bom direito”. Há, inexoravelmente, ofensa a direitos legítimos assegurados em sede constitucional e uma violenta transgressão aos princípios que vicejam no universo do Direito das Relações de Consumo, eis que a parte acionada, por meio de descumprimento das normas que versam sobre segurança, prejudica os interesses dos consumidores.

⁵⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Antecipação de Tutela*. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 25.

Outrossim, o *periculum in mora* está patenteado na necessidade de inibir, o quanto antes, as referidas práticas abusivas. Existe, sem dúvida, fundado receio de dano a caracterizar o perigo resultante da demora na decisão, pois a parte Ré não continuará zelando pela segurança dos usuários dos brinquedos disponibilizados, descumprindo os ditames legais, atuando, pois, em descompasso com a legislação vigente.

Diante do exposto, pugna-se pela concessão de MEDIDA LIMINAR, *inaudita altera parte*, para que a parte Ré, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a contar da intimação da decisão concessiva da liminar, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), sujeitos à atualização monetária, para serem recolhidos ao Fundo previsto no art. 13 da Lei nº 7.347/85, sem prejuízo de configuração do crime de desobediência, seja compelida nos seguintes termos:

1) GOLDEN PARK LTDA deve manter um programa de manutenção, conservação e fiscalização rigorosa, sendo compelido a:

1.1) Disponibilizar para o público consumidor, de modo que não causem acidentes, como o ocorrido, todos os equipamentos (brinquedos), evitando que os corpos dos usuários, sejam arremessados da base do trem, com esteio na Vistoria realizada pela Superintendência de Controle e Ordenamento do Uso do Solo do Município - SUCOM;

1.2) Evitar a ruptura da fibra do brinquedo, a fim de que os usuários não sejam lançados juntamente com o corpo do carro;

1.3) Adotar todas as providências cabíveis para que não venha a ser interditada, como se verificou com o ato sob o número 032101 com base nos artigos 227 e 228, incisos I e

II da Lei n. 5503/99 (Código de Polícia Administrativa), a fim de garantir a integridade dos usuários enquanto a SUCOM realiza novo laudo de vistoria técnica;

1.4) Dispor constantemente de profissionais competentes para concretizem, periodicamente, as vistorias destinadas à manutenção e correção dos equipamentos que integram as atividades de diversão e entretenimento;

1.6) Continuar realizando os serviços de desmontagem, revisão, reparos e montagem das estruturas de cada brinquedo do parque, fazendo a supervisão dos serviços de manutenção periódica e corretiva;

1.7) Dispor de Alvará de funcionamento, de Atestado de Vistoria da Polícia Militar e do Laudo de Montagem e Manutenção dos Equipamentos Atualizados e regulares;

1.8) Renovar periodicamente o RELATÓRIO TÉCNICO DO PARQUE DE DIVERSÕES – Inspeção de Montagem e Manutenção, conforme norma ABNT 15926-3:2011;

1.9) Manter continuidade nos estudos que se fizerem necessários para concluir se os equipamentos estão em condições de funcionamento e uso, bem como se dispõe de dispositivos que neutralizam ou minimizam os riscos de pânico;

2) Apresentar Laudos Técnicos que atestam a segurança dos brinquedos utilizados, bem como somente desenvolver atividades em toda e qualquer localidade do País, após a obtenção de Alvará de Autorização Especial e Atestado de Vistoria da Polícia Militar.

IV – DO PEDIDO

Em caráter definitivo, pugna o Ministério Público pelo julgamento procedente integral desta demanda, **mantendo-se integralmente a medida liminar concedida**, sendo a parte Ré também compelida a:

1) efetivar o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios referentes à presente demanda judicial coletiva;

2) indenizar os consumidores em razão dos danos materiais e morais sofridos diante das práticas abusivas identificadas e denunciadas nesta Ação Coletiva;

3) Indenizar pelo dano causado, de forma difusa, à coletividade mediante o pagamento do valor equivalente a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), devendo o montante ser revertido para o Fundo Estadual dos Direitos do Consumidor.

V – DOS REQUERIMENTOS

a) seja determinada a citação da parte Ré, na pessoa do seu representante legal, a fim de que, advertida da sujeição aos efeitos da revelia, a teor do artigo 285, última parte, do Código de Processo Civil, apresente, querendo, resposta à demanda ora deduzida, no prazo de 15 (quinze) dias;

b) a dispensa do pagamento de custas, emolumentos e outros encargos, desde logo, em face do previsto no artigo 18 da Lei nº 7.347/85 e do art. 87 da Lei nº 8.078/90;

c) sejam as intimações do Autor feitas pessoalmente, mediante entrega dos autos, na 5ª Promotoria de Justiça do Consumidor, situada na Avenida Joana Angélica, nº 115, 2º andar, Nazaré, Centro, Salvador/BA, com vista, em face do disposto no art. 236, § 2º, do Código de Processo Civil e no art. 199, inciso XVIII, da Lei Complementar Estadual nº 11/96 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado da Bahia);

d) a inversão do ônus da prova, em favor da coletividade de consumidores substituída pelo Autor, conforme previsto no art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor;

e) a publicação do edital previsto no artigo 94 da Lei nº 8.078/90, para conhecimento dos interessados e eventual habilitação no feito como litisconsortes;

f) protesta provar o alegado por todos os meios de prova admitidos em direito, especialmente pela produção de prova testemunhal e pericial, e, caso necessário, pela juntada de documentos, e por todos os demais instrumentos indispensáveis à cabal demonstração dos fatos articulados na presente inicial.

Atribui-se à causa o valor de no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), para efeitos fiscais.

Acompanha a presente Ação Civil Pública o Inquérito Civil n. 003.0.39569/2013, contendo 159 (cento e cinquenta e nove) folhas.

Cidade de Salvador, Estado da Bahia, Ano 2015, 18 de maio.

JOSEANE SUZART LOPES DA SILVA
Promotora de Justiça

PEDRO CAMPOS COSTA
Estagiário Voluntário

EXCELENTÍSSIMO (A) SENHOR (A) DOUTOR (A) JUIZ (A) DE DIREITO DA __ VARA DOS FEITOS DAS RELAÇÕES CÍVEIS, DE CONSUMO E COMERCIAIS DA COMARCA DE SALVADOR/BA.

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IRREGULARIDADES NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS – COBRANÇA ABUSIVA PARA EMISSÃO DE COMPROVANTE DE CONCLUSÃO DE CURSO PREPARATÓRIO - LESIVIDADE AO PÚBLICO CONSUMIDOR DIANTE DA JUSTA EXPECTATIVA DE OBTENÇÃO DE CERTIFICADO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - OFENSA À BOA FÉ OBJETIVA - DANOS PATRIMONIAIS E MORAIS AOS CONSUMIDORES - DANOS À COLETIVIDADE – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – NECESSÁRIA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA.

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA**, pela Promotora de Justiça signatária, dando cumprimento a sua função institucional de zelar pela defesa dos interesses e direitos coletivos e individuais homogêneos - consoante previsto nos artigos. 5º, inciso XXXII, 127, inciso III, e 170, V, da Carta Magna Brasileira -, com fulcro no artigo 138, inciso III, da Constituição do Estado da Bahia e, ainda, nos artigos 25, inciso IV, alínea “a”, 72, inciso IV, alínea “b” e 3º, respectivamente, das Leis Orgânicas Nacional e Estadual do Ministério Público -

Lei Federal nº 8.625/93, Lei Complementar nº 11/96 e Lei Federal nº 7.347/85, bem como embasado no quanto previsto nos artigos. 81, parágrafo único, inciso III, 82, inciso I e 90, todos do Código de Defesa do Consumidor Pátrio e diante das informações coletadas no **Inquérito Civil nº 003.0.127819/2012** – 2ª PJC, vem, perante Vossa Excelência, propor a presente **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** com pedido de ordem liminar, seguindo o rito ordinário, em face de **CURSOS PARA CONCURSOS LTDA EPP (CASA DOS CONCURSOS)**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF 09.109.908/0001-02, localizada na Rua Amazonas, nº 597, Pituba, CEP 41830-380, Salvador, Bahia.

I - DA LEGITIMIDADE DO ÓRGÃO MINISTERIAL

Antes de adentrar ao mérito, imprescindível destacar que a legitimação ativa do Ministério Público para a propositura desta ação decorre de mandamento constitucional, vez que lhe é incumbida "*a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*" (artigo 127, *caput* da CF/88), bem como o disposto no artigo 129, III desta Magna Carta, autorizando tal instituição a "*promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*".

Comentando o referido dispositivo constitucional, Alexandre de Moraes aduz que o rol de funções trazidas no mesmo é meramente exemplificativo "*possibilitando ao Ministério Público exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade constitucional*"⁶⁰.

⁶⁰ MORAIS, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo, Atlas, 1999, p. 460.

Delinea também a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei nº 8.625/93, algumas das funções do *Parquet*, determinando em seu artigo 25, IV, alínea “a”, que, além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público, a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;

Por outro lado, pontue-se os seguintes artigos da Lei da Ação Civil Pública, Lei 7.347/85:

“**Art. 5º** Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público”; e “**art. 21** Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”⁶¹.

⁶¹ Destacando-se, em consonância, o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90:

Art. 81 A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

O artigo 21, da Lei nº 7.347 de 1985 estendeu, de forma expressa, o alcance da ação civil pública à defesa dos interesses e "direitos individuais homogêneos", legitimando o Ministério Público, extraordinariamente e como substituto processual, para exercitá-la, com esteio no artigo 81, § único, III da Lei nº 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor. Entende-se por direito individual homogêneo aquele em que se verifica um número definido de interessados e o fato da pretensão de cada um deles poder ser aquilatada de modo divisível, o que se constata no caso *in concreto*.

Ressalte-se que, inobstante existam opiniões divergentes, o entendimento que prevalece na doutrina e jurisprudência é o da legitimação do Ministério Público para a propositura da Ação Civil Pública, com fundamento na proteção dos direitos e interesses homogêneos, que está condicionado à indisponibilidade e relevância social do interesse e do direito tutelado. Para MIGUEL REALE, direitos indisponíveis são "*aqueles que, por sua natureza essencial ao valor e à sobrevivência da pessoa humana ou ao bem da coletividade, não poderão ser objeto de renúncia, de troca ou de cessão a terceiros*".

É nesse sentido que vêm decidindo o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA Agravo regimental no agravo de instrumento. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Ofensa reflexa. Interesses individuais homogêneos. Legitimidade ativa do Ministério Público para

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

seu ajuizamento reconhecida.

1. A jurisdição foi prestada pelo Tribunal de origem mediante decisão suficientemente fundamentada.

2. A afronta aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição da República. Constituição

3. Em ações civis públicas em que se discutem interesses individuais homogêneos, dotados de grande relevância social, reconhece-se a legitimidade ativa do Ministério Público para seu ajuizamento.

4. Agravo regimental não provido.

(839152 RJ , Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 07/02/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-054 DIVULG 14-03-2012 PUBLIC 15-03-2012)

Destarte, por meio da presente demanda, busca-se a proteção de interesses de natureza: a) difusa, uma vez que toda a coletividade sofre os efeitos negativos das práticas abusivas combatidas nessa Ação Civil Pública; b) coletiva, no tocante a todos os alunos matriculados na instituição, enquanto grupo, que está vinculado ao curso por uma relação jurídica base e possui o interesse comum na adequação do comportamento abusivo que redunde em locupletamento ilícito, através da cobrança para emissão de certificado de conclusão; c) individual homogênea.

Resta demonstrada, assim, a legitimidade do Ministério Público para a propositura desta ação civil pública, tendo em vista que o direito à educação constitui um dos aspectos basilares para o desenvolvimento do indivíduo, propiciando-lhe o conhecimento intelectual, cultural e social para exercer suas atividades com plenitude.

II - DOS FATOS

A Casa dos Concursos, ora demandada, atua no mercado de consumo na condição de prestadora de curso preparatório para concurso público, conforme contrato localizado nas fls. 35 a 40 dos autos. A Acionada constitui fornecedora nos moldes do art. 3º da Lei nº 8.978/90 e, por via de consequência, os interessados, que entabulam relação contratual com a mesma, são concebidos como consumidores, com base no quanto disposto pelo art. 2º daquele diploma legal.

Em 16 de outubro de 2012, esta Promotoria de Justiça instaurou o procedimento apuratório supracitado, considerando as informações reportadas na Representação formulada pelo consumidor Daniel Oliveira Cersosimo (Doc. Fl. 03), face a cobrança indevida, perpetrada pela empresa Demandada, para a emissão de certificados de conclusão de curso preparatório para concursos.

No decorrer da instrução do Inquérito Civil, restou comprovado que a empresa CASA DOS CONCURSOS, ora Ré, realiza cobrança indevida e abusiva para emissão de comprovante ou certificado de conclusão de curso, conforme relato dos fatos.

Cumprе salientar, que a postura inicial da promotora de Justiça oficiante junto à 2ª Promotoria de Justiça do Consumidor da Capital foi pela decisão do indeferimento da representação formalizada pelo consumidor Daniel Cersosimo, conforme documento fl. 09.

Diante de sua convicção da abusividade da postura da empresa, o consumidor apresentou PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO em face do indeferimento (fls. 11 a 13) e, em conformidade com o art. 5º, § 2º a 4º da Resolução MP nº 006/2009 do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça do Estado da Bahia, o pedido de reconsideração foi encaminhado ao Conselho Superior do Ministério Público.

Conforme exposição da Conselheira Relatora Natalina Maria Santana Bahia, o Conselho Superior do MP (fls. 16 a 19), decidiu pelo provimento do Recurso Administrativo, determinando a instauração do Inquérito Civil, o que veio a ocorrer posteriormente (fl. 02).

No transcorrer do Voto da Conselheira Relatora, restaram perfeitamente delineadas as razões pelas quais a Representação deveria ser admitida, mormente ao destacar que, apesar da classificação do curso ministrado pela CASA DOS CONCURSOS não possuir vinculação com o Ministério da Educação, evidente é a sua condição de fornecedora nas suas relações de consumo, conforme dispõe o art. 3º do Código de Defesa do Consumidor.

Prosseguiu a Conselheira Relatora argumentando que há real expectativa, por parte de seus consumidores, de que haja recebimento de alguma espécie de certificado comprovando, ao mínimo, a participação do aluno nas aulas, devendo ser respeitada cláusula contratual referente ao aproveitamento das aulas, e que a cobrança pela emissão de 1ª VIA de certificado é vista como abusiva, notadamente diante de não haver previsão contratual da emissão ou não desse certificado.

A Acionada, após ser notificada nos autos do Inquérito Civil que serve de lastro à presente, formalizou defesa (doc fls 30-34), requereu juntada dos documentos constantes nas fls. 24 a 29 e suscitou os seguintes aspectos: 1 - A cobrança pelos certificados não constitui prática lesiva aos consumidores, uma vez que seu funcionamento não é vinculado ao Ministério da Educação, já que ministra CURSOS LIVRES. 2 – Por se tratar de curso preparatório para concursos, não realiza qualquer tipo de controle de aproveitamento do aprendizado ou frequência das aulas ministradas. O Certificado ou Diploma seria implausível caso fosse emitido. 3 - Não há qualquer abuso de direito ou prática de ilícito, já que o contrato é posto para discussão entre as partes e seus consumidores seriam, em sua maioria, portadores de curso superior, então hipersuficientes. A Fornecedora, ora demandada, tenta, ainda, justificar sua postura pela suposta falta de interesse por parte de seus alunos e ainda afirma que o pedido feito pelo representante foi apenas por um interesse profissional, um caso fortuito, conjuntamente com a justificativa que tal valor (R\$ 20,00) iria elevar os custos de seu curso, resultado em elevação para o consumidor. Nas cláusulas PRIMEIRA, DÉCIMA e DÉCIMA QUARTA de seu contrato de prestação de serviços, apresenta aquilo que será fornecido pelo fornecedor, e não se inclui comprovante ou diploma que ateste participação no curso. Reitera ainda com uma menção ao parecer ministerial da Promotora de Justiça que indeferiu a primitiva representação.

Após o recebimento da defesa formalizada pela Ré, o Ministério Público designou audiência para elaboração de minuta do Termo de Ajustamento de Conduta, com a finalidade para evitar a judicialização de tal questão, caso houvesse compromisso da CASA DOS CONCURSOS em modificar o seu comportamento, conforme fl. 41. A empresa não compareceu à audiência designada para 05 de abril de 2013, mesmo que devidamente notificada. Novamente, na data de 28 de outubro de 2014, conforme despacho na fl. 48, outra audiência

foi designada para tratar da proposta de TAC, entretanto, uma vez mais, a referida fornecedora não compareceu (fl. 50).

A recalcitrância da Investigada em comparecer à audiência, indica sua falta de interesse em celebrar um ajustamento de conduta, não restando ao Ministério Público outra alternativa, que não a judicialização da questão, em vista do compromisso da função institucional deste Órgão Ministerial.

Ao longo da investigação cível, que serve de supedâneo para a propositura desta ação, restou expressamente demonstrado, por parte da Acionada, o descumprimento dos ditames estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor, no que pertine à sua proteção face as cláusulas abusivas. Sua posição enquanto fornecedora de serviços educacionais, ainda que de cursos livres, não a permite que se exima de fornecer certificado de conclusão de curso.

Ademais, está patente a violação da cláusula geral da boa fé objetiva, mormente em função da apresentação de certificados apenas mediante pagamento, quando se está implícito como direito do contratante receber tal documento, ainda que não haja lei que expressamente preveja o não pagamento ou que o contrato tenha sido omissivo ao não estabelecer tal compromisso.

Desse modo, cumpre levar a pretensão coletiva à apreciação do Poder Judiciário, a fim de que este possa conhecer do caso, e aplicar o direito de modo à salvaguardar a proteção ao consumidor.

III - DO DIREITO

III.1. DA RELEVÂNCIA DOS SERVIÇOS EDUCACIONAIS

Na parceria entre o Estado e a sociedade, estão as instituições de ensino, que, na forma pública ou privada, desempenham papel relevantíssimo no desenvolvimento de cada cidadão e da própria sociedade.

No artigo 209 da Constituição Federal, assegura-se que o ensino é livre à iniciativa privada, porém condicionada ao cumprimento das normas gerais da educação nacional, autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público. É por isto que os fornecedores de serviços educacionais devem agir com extrema cautela e respeito aos princípios e regras que tratam da matéria. A respeito da extrema relevância do tema, destaque-se:

Por tudo isso, dignidade, cidadania e qualidade, quer de Ensino, quer de Vida do cidadão consumidor, se entrelaçam e só se concretizam por meio da Educação, não qualquer Educação, mas aquela que instrumentalize o cidadão a realizar-se profissionalizante e socialmente, competindo em igualdade de condições no mercado interno e externo. Denota-se, portanto, que a Educação de Qualidade prevista na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, é cada vez mais a condição 'sine qua non' para a qualidade de vida pretendida pela Política Nacional das Relações de Consumo, para que, verdadeiramente, o cidadão brasileiro passe a gozar de todos

*os direitos que lhe cabe usufruir, para a plenitude da dignidade humana, princípio supremo da Constituição Federal do Brasil.*⁶²

Oportunamente, observa-se o disposto no artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 39 É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços:

VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - CONMETRO;

Com base no artigo supracitado, infere-se que as normas regulamentares têm por finalidade assegurar padrões mínimos de segurança e de qualidade para produtos e serviços, considerando-se como prática abusiva, por esta razão, a inserção de produto ou serviço em desacordo com tais parâmetros normativos.

A Ré oferece cursos preparatórios para concursos, regulamentados como “cursos livres”, que não apresentam legislação específica e não são fiscalizados pelo Ministério de Educação ou Secretarias de Educação. Entretanto, prestam, claramente, serviços educacionais, que, conforme o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 7º, possibilita que outros direitos possam derivar por analogia de outros documentos.

⁶² NISKIER, A. *Qualidade de Ensino. A grande Meta*. São Paulo: Ltr, 1996, p. 26.

Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

O Contrato apresentado pela CASA DOS CONCURSOS não especificava entrega de certificados de conclusão de curso, mas pareceres de MEC, usados por cabível analogia, determinam a integração do referido documento com o contrato. A perceber, “O diploma integra a prestação do serviço educacional e sua expedição não pode ser cobrada à parte”,⁶³“O diploma é consequência do ensino ministrado, atestando a sua conclusão [...]. Eventuais custos por sua emissão deverão ser absorvidos no preço das mensalidades”.⁶⁴

Deve-se entender, então pela obrigatoriedade do curso livre em oferecer certificado de conclusão de curso como dever contratual implícito, respeitando os referidos posicionamentos do MEC.

III.2. DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

O legislador consumerista, objetivando a viabilidade da reparação integral dos danos causados aos consumidores, estabeleceu como regra no CDC a

⁶³ PARECER MEC/CNE/CES N° 011/2010.

⁶⁴ PARECER MEC/CNE/CES N° 164/2009.

responsabilidade objetiva, prescindindo, assim, da análise de culpa. Conforme lição de Cavalieri Filho⁶⁵:

Conquanto não tenha a lei repetido nos arts. 18 e 20 a locução independentemente da existência de culpa, inserida nos arts. 12 e 14, **não há dúvida de que se trata de responsabilidade objetiva, tendo em vista que o texto dos citados arts. 18 e 20 não faz nenhuma referência à culpa** (negligência ou imprudência), necessária para a caracterização da responsabilidade subjetiva.

O Autor acrescenta, ainda, que não teria sentido que assim não o fosse. Se nem mesmo o Código Civil exige culpa em se tratando de vícios redibitórios, seria um retrocesso adotar tal posição no sistema protetivo do CDC. Ademais, com base no art. 23 deste código, o fornecedor não se exime de responsabilidade, ainda que desconheça os vícios de qualidade ou quantidade.

A CASA DOS CONCURSOS é objetivamente responsável pelos danos impostos ao consumidor. A cobrança de um valor para a emissão de um certificado de conclusão é abusiva, ferindo os princípios do Código de Defesa do Consumidor e a sua responsabilidade não pode ser afastada na busca pela presença ou não de culpa. Tal averiguação não é pertinente.

⁶⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 266 (grifo nosso).

III.3. DA VIOLAÇÃO À CLÁUSULA GERAL DA BOA FÉ OBJETIVA

Observa-se, pela análise do quanto disposto pelo art. 51, inciso IV, do CDC, a presença da boa-fé como uma cláusula geral que orientará as relações estabelecidas entre os fornecedores e os consumidores, a fim de que possa ser aquilatada ou não a sua abusividade. Trata-se da boa-fé objetiva, consistindo esta no bom e razoável comportamento das partes na fase das negociações preliminares, no ato de formalização do contrato, no decorrer da vigência deste, no ápice da sua finalização e após esta etapa conclusiva. A atuação das partes contratantes deverá estar pautada na lealdade, nos bons costumes e no padrão de moralidade média vigente em dada sociedade, resultando, daí, a confiança mútua.

A presença da boa-fé nas relações contratuais somente poderá ser verificada através da análise de cada situação concreta, de forma casuística. Franz Wieacker⁶⁶ aduz que *“Buena fe’o buenos constumbres’ no son moldes acabados, que el juez calca sencillamente sobre el material que há colocado debajo, sino una extraordinaria tarea que tiene que realizar el proprio juez en la situación determinada de cada caso”*. Segundo Clóvis do Couto e Silva, define-se a boa-fé como um princípio de repersonalização da relação contratual: *“... o dever que promana da concreção do princípio da boa-fé é dever de consideração para com o ‘alter’”*.⁶⁷

Fundamenta-se o princípio da boa-fé no respeito aos bons costumes e à moral que impera em dada sociedade. A conduta da Acionada vai de encontro a uma expectativa que qualquer aluno de qualquer instituição de ensino tem, que seja o recebimento de um certificado de conclusão. O contrato de prestação de serviço omite a presença do

⁶⁶ WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. Madrid: Civitas, 1986, p. 36.

⁶⁷ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushtasky, 1976, p. 29.

certificado, inclusive se haverá ou não cobrança para emissão desse documento. Ademais, atinge o princípio da confiança e o dever lateral de proteção que tem o fornecedor em face do consumidor. Agem, pois, com escancarada má-fé e deslealdade, tal certificado pode até se configurar como enriquecimento ilícito.

Neste sentido, pronuncia-se Antunes Varela⁶⁸ “Entre os fins visados por semelhantes restrições, destacam-se o de assegurar a lisura e a correção com que as partes devem agir na preparação e execução dos contratos, o de garantir quanto possível a justiça real (não a simples justiça formal expressa pela igualdade jurídica dos contraentes)”. Pugna-se, nas relações consumeristas, pelo respeito à boa-fé com o escopo de que determinados valores fundamentais para a existência da vida em sociedade, dentre os quais a moralidade, os bons costumes e a confiança permitam que os indivíduos convivam bem e que os conflitos seja evitados ou melhor solucionados.

Além de servir como instrumental para a interpretação e integração dos negócios jurídicos, a boa-fé, também, exerce a função de controle, contribuindo para a fiscalização da autonomia da vontade e da contenção do ímpeto da ganância dos que ocupam posições dominantes⁶⁹. No caso em análise, é inadmissível que uma conduta desidiosa da acionada termine por constranger seus alunos. Afinal, afirmam que não precisam emitir certificado, entretanto emitem, desde que haja uma taxa. Não há qualquer previsão contratual para cobrança por esse serviço. Diante de uma razoável expectativa, comum em qualquer relação de consumo que tenha como finalidade a ministração de um curso, é incontestável, no caso concreto, a violação do princípio da boa-fé objetiva. É imperioso reiterar o entedimento da Conselheira Relatora Natalina Maria Santana Bahia:

⁶⁸ 1970, p. 185 e 189-191.

⁶⁹ **Direito Contratual**, Saraiva. São Paulo, 1999, p.159.

Ao se contratar os serviços de um curso de caráter educacional, é ínsita à pactuação a expectativa de que o contratante terá, ao final dele, obedecidas as cláusulas contratuais relativas ao aproveitamento das aulas, uma certidão de que, pelo menos, dele participou. Uma eventual cobrança pela emissão da 1ª via desse certificado mostra-se, em tese, abusiva, notadamente diante da ausência de previsão contratual sobre a emissão ou não deste certificado.⁷⁰

Em sua defesa, no curso do Inquérito Civil, a Ré se eximiu de oferecer o certificado, alegando, dentre outros motivos, que não realizaria qualquer controle de frequência ou aproveitamento de aprendizado, como uma avaliação. Alegou, ainda, que se reserva apenas ao controle de acesso às dependências. Tal alegação mostra-se infundada, duvidosa, conflituosa com a própria postura da Empresa.

De fato, conforme se depreende das fls. 04 e 05, há emissão de certificado, ainda que este não garanta presença ou aproveitamento de aprendizado, donde se conclui, que a emissão é realizada, e que não há, conforme alegara, motivos de desconhecimento de frequência ou aproveitamento de aprendizado que impossibilite a emissão de tal documento, desde que haja o pagamento das taxas cobradas.

Evidente, portanto, o descumprimento do princípio da boa-fé objetiva, restringindo direitos de seus alunos e proporcionando enriquecimento ilícito por meio de uma

⁷⁰ RECURSO CONTRA INDEFERIMENTO DE REPRESENTAÇÃO, CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO – BA, PROCESSO N. 003.0.127819/2012.

cobrança abusiva.

III.4. DOS DANOS MORAIS E MATERIAIS

Segundo Cavaliere Filho, o objeto da indenização é a reparação do prejuízo (dano) sofrido pela vítima, na tentativa de retornar o *status quo ante*⁷¹. Dessa forma, não há que se falar em indenização sem tratar de dano, pois aquela depende, diretamente, da ocorrência deste. O dano é fator preponderante para a existência da responsabilidade civil. Diante disso, indenização sem dano, importaria em enriquecimento ilícito, sendo que este pode ser material ou moral.

O prejuízo material atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, sejam eles corpóreos ou incorpóreos. Conforme afirma Antunes Varela⁷², o dano material:

“é susceptível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado, senão – mediante restauração natural ou reconstituição específica da situação anterior à lesão –, pelo menos indiretamente – por meio de equivalente ou indenização pecuniária.”

No que tange ao dano moral, faz-se mister destacar que este é a violação do direito à dignidade da pessoa humana assegurado na Carta Magna, em seu art. 1º, III.

⁷¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9ª edição. São Paulo: Atlas, pg: 73.

⁷² VARELA, Antunes. **Das Obrigações em Geral**. 8ª edição, v.I. Coimbra: Livraria Almedina, pg. 611.

Consoante assevera Kant, citado por Cavalieri Filho com propriedade⁷³:

“a dignidade é o valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço, ou seja, que não é passível de ser substituído por um equivalente. É uma qualidade inerente aos seres humanos enquanto entes morais. Na medida em que exercem de forma autônoma a sua razão prática, os seres humanos constroem distintas personalidades humanas, cada uma delas absolutamente individual e insubstituível. A dignidade é totalmente inseparável da autonomia para o exercício da razão prática. A vida só vale a pena se digna.”

Além disso, vale ressaltar que a prova do dano moral é inerente ao próprio fato ofensivo, uma vez provado a ofensa ao direito, *ipso facto* está demonstrado o dano moral.

O dano moral consiste, então, na violação dos bens que integram a personalidade e não são passíveis de qualquer avaliação econômica, mas uma obrigação pecuniária imposta ao causador do dano deve ser a compensação que minimize tais agressões à personalidade. Vale, também, ressaltar que a prova do dano moral é inerente ao próprio fato ofensivo, uma vez provado a ofensa ao direito, *ipso facto* está demonstrado o dano moral.

Como transcorrido ao longo da Ação, os acionados, primeiramente, omitem contratualmente qualquer menção a alguma espécie de certificado que comprove a conclusão do curso preparatório. Entretanto, passa a cobrar para emitir tal declaração, mesmo sem

⁷³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9ª edição. São Paulo: Atlas, pg: 83.

qualquer espécie de previsão.

Os alunos inscritos nos cursos ministrados pela Acionada, conquanto tenham empreendido esforços, energia e tempo, têm a normal expectativa de, ao final do curso, obterem algo que certifique a participação no curso, ao contrário, tiveram frustrada essa expectativa.

Esse consumidor está inserido em uma coletividade de pessoas, ligadas ao demandado por uma relação jurídica de base, que sofrem idêntica violação de direito. Esse direito consiste em garantir a certificação da participação dos alunos nos cursos oferecidos pela Acionada, sem o pagamento de valor adicional, para tanto

Além de ofensa aos direitos coletivos, o mau proceder da Ré resultou em violação a direitos individuais homogêneos daquelas pessoas, pois outros prejuízos causados, podem ser mensurados individualmente, já que, dependendo de suas particularidades, cada indivíduo foi afetado em maior ou menor grau, em diversos aspectos de suas vidas.

III.5. DO DANO MORAL COLETIVO

As práticas abusivas perpetradas pelos acionados resultaram em danos morais aos direitos dos consumidores no plano difuso. Com efeito, a cobrança abusiva pela emissão da primeira via de certificado de conclusão do curso livre oferecido desvirtua o princípio da boa-fé objetiva, que deve imperar nas relações de consumo, de modo que resta inequívoco o desrespeito das demandadas em face dos consumidores.

De acordo com Roscoe Bessa, a análise do dano moral coletivo não passa pela existência de afetação da integridade psicofísica da pessoa ou da coletividade⁷⁴. O referido autor, afirma ainda:

Em se tratando de direitos difusos e coletivos, a condenação por dano moral (rectius: extrapatrimonial) se justifica em face da presença do interesse social em sua preservação. Trata-se de mais um instrumento para conferir eficácia à tutela de tais interesses, considerando justamente o caráter não patrimonial desses interesses metaindividuais.

Nessa linha, a ofensa aos direitos dos consumidores revela a necessidade de reparação dos danos morais sofridos no plano difuso, haja vista que o patrimônio valorativo dos consumidores foi agredido de maneira injustificável, redundando na necessidade de fixação de montante indenizatório, para que amenize o dissabor sofrido pela coletividade. A indenização por danos morais encontra esteio, inclusive, no art. 6º, VI do Código de defesa do consumidor⁷⁵.

Demais disso, deve-se ter em conta que a indenização por danos morais tem grande papel pedagógico, porquanto o abalo financeiro vivenciado pelo indenizante inibe a sua reincidência nas práticas abusivas, bem como serve de exemplo para que outras empresas do mesmo ramo não pratiquem conduta similar.

⁷⁴ BESSA, Leonardo Roscoe. **Dano Moral Coletivo**. Disponível em: <http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.11175>. Acesso em 06 de maio de 2011.

⁷⁵ “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) VI – a efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

No mais, deve-se atentar para o fato de que a fixação do montante indenizatório perpassa pela análise do manancial econômico das partes envolvidas. Observe que a demandada é uma grande fornecedora de serviços educacionais com atuação por vários anos no Município de Salvador, revelando, destarte a necessidade imperiosa de fixação de um valor pecuniário representativo, com o condão de realmente puni-la.

III.6. DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Como é sabido, o instituto da inversão do ônus da prova traduz a necessidade de facilitação da defesa do consumidor em juízo, quando assim for pertinente. Tal mecanismo imputa ao réu fornecedor o ônus de provar o contrário dos fatos constitutivos do direito alegado pelo autor. Neste caso, o réu não é obrigado a produzir tais provas, entretanto, em não o fazendo, as alegações da parte autora ganharão presunção de veracidade, para efeito da decisão do juiz. Sendo tal presunção *iuris tantum*, caberá ao réu fornecedor afastá-la, por meio de instrumento probatório. Para tanto, deve existir o requisito da verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor.

O conceito de verossimilhança diz respeito àquilo que tem semelhança com a verdade, aparenta ser verdadeiro. É necessário que as alegações guardem pertinência com o que é verídico⁷⁶. Tal requisito mostra-se reputado no caso em tela, visto nas fls. 04 e 05, as declarações emitidas mediante pagamento, fl. 06, a não previsão contratual para emissão do certificado e a conclusão da irregularidade deste comportamento, fls. 18 e 19.

⁷⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 275.

O conceito de hipossuficiência, por sua vez, guarda pertinência com a vulnerabilidade⁷⁷ dos consumidores. Entretanto, enquanto a vulnerabilidade é presumida (*juris et de jure*), sendo inerente a todas as relações de consumo, a hipossuficiência somente será apresentada por parte dos consumidores. Tal conceito corresponde a uma espécie de vulnerabilidade agravada⁷⁸, que, quando presente, torna ainda mais difícil para o consumidor a possibilidade de ter seus direitos tutelados e respeitados.

Salienta-se, ainda, que a hipossuficiência se apresenta como um conceito de direito material, e não processual, embora somente possa ser averiguada dentro de uma relação jurídica processual⁷⁹. O requisito refere-se à relação material de consumo, de forma que a condição de insuficiência (não apenas vulnerabilidade) do consumidor pode se constatada mesmo antes do processo judicial, seja na aquisição do produto, na obtenção de informações relativas ao mesmo etc., ainda que as implicações práticas, de fato, são reputadas apenas quando do processo. Não é outro o entendimento do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ART. 6º, VIII, DO CDC. PRESSUPOSTOS LEGAIS. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. CABIMENTO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. A tese recursal de que a inversão do ônus da prova não pode ser

⁷⁷ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 16.

⁷⁸ ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Comentários ao Código de Defesa do consumidor**: direito processual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 13.

⁷⁹ SOUZA, Rogério de Oliveira. **Da hipossuficiência**. In: Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, n.48, p. 15-23, jul./set. 2001, p. 17.

deferida em favor do Ministério Público em Ação Civil Pública (...) não prospera. **A uma, porque a hipossuficiência refere-se à relação material de consumo, e não à parte processual.** A duas, porque, conforme esclarecido alhures, tal medida também pode se sustentar no outro pressuposto legal, qual seja, a verossimilhança das alegações. (Recurso Especial nº 773.171-RN. Segunda Turma. Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 20.08.2009).

Com base no que foi exposto, não pode ser negada a ação coletiva a aplicação da inversão do ônus da prova porque um ente legitimado à sua propositura está a representar os consumidores e a coletividade, neste caso, o Ministério Público. Afinal, consoante primitivamente mencionado, a hipossuficiência se refere à relação material de consumo, acarretando, também, na dificuldade de reunião de provas, sendo possível sua verificação no caso em questão.

Satisfaz-se, assim, ambos os requisitos autorizadores da inversão do ônus da prova, ainda que somente um fosse necessário.

VI - DO PEDIDO LIMINAR

Impõe-se, no caso presente, a concessão da tutela liminar, vez que perfeitamente caracterizados os seus pressupostos autorizadores, previstos no artigo 84, § 3º

do CDC:

Art. 84 Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

Assim, restam-se configurados a relevância do fundamento da demanda (*fumus boni juris*) e o justificado receio de ineficácia do provimento final (*periculum in mora*).

O *fumus boni juris*, conforme disposto pelo artigo 273 do Código de Processo Civil, é a prova inequívoca da verossimilhança do pedido, ou seja, a “fumaça do bom direito”. No caso em tela, a e da cláusula geral da boa fé objetiva, como supra mencionado.

O *periculum in mora* resta patente pela necessidade de regularização dos consumidores com os solicitantes dos certificados, já que ao terem contratado com os demandados, assistiram aos cursos, porém, está sem a devida certificação de conclusão.

A conduta da Ré, ao insistir em sua prestação educacional frustrando a emissão dos certificados aos alunos dos cursos livres, ameaça permanecer ocasionando lesões,

que podem se tornar irreparáveis aos destinatários dessa atividade, pois que acarretará danos materiais e morais aos consumidores.

Além disso, faz-se necessário que os acionados, em respeito à boa fé objetiva, passem a emitir a 1ª via do Certificado de Conclusão de Curso sem qualquer cobrança ou obstáculos para os consumidores.

Imprescindível, ainda, é a determinação de que os réus instruem seus funcionários para o devido proceder quando for realizada a emissão dos certificados sem o estabelecimento de cobrança.

Desta forma, presentes os requisitos necessários, o **MINISTÉRIO PÚBLICO** pede que seja concedida **medida liminar inaudita altera parte**, com fulcro nos artigos 3º da Lei nº 7.347/85 e 84 do CDC, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), sujeitos a atualização monetária, a ser recolhida ao Fundo de Reparação de Interesses Difusos Lesados, previsto no artigo 13 da Lei nº. 7.347/85, sem prejuízo do crime de desobediência, a fim de que a Ré seja compelida a:

Emitir, sem a realização de qualquer cobrança, as primeiras vias dos certificados de conclusão dos cursos livres ministrados pela empresa RÉ;

Não criar obstáculos para a implementação desse novo comportamento;

Orientar e treinar devidamente os funcionários responsáveis acerca da necessária expedição do documento sem o estabelecimento de cobrança;

V - DOS PEDIDOS

Em caráter definitivo, o Ministério Público requer seja mantido o pleito liminar, julgando-se, ao final, procedente esta demanda, determinando-se, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), sujeitos a atualização monetária, a ser recolhido ao Fundo de Reparação de Interesses Difusos Lesados, previsto no art. 13 da Lei nº 7.347/85, sem prejuízo do crime de desobediência, que a Acionada seja compelida a:

a) Restituir em dobro, em valor corrigido e atualizado, a quantia cobrada aos estudantes/consumidores para a obtenção do Certificado de Conclusão de Curso, consoante autoriza o art. 42, Parágrafo Único do CDC;

b) Abster-se de cobrar pela emissão do Certificado de Conclusão da Curso;

c) Fazer constar de cláusula contratual que não será cobrado ao consumidor/aluno, qualquer valor, pela emissão do Certificado de Conclusão da Curso;

d) A efetuar o pagamento de indenização pelo dano moral coletivo no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a ser revertido para o Fundo de que trata a Lei nº 7.347/85.

V - DOS REQUERIMENTOS

a) Seja determinada a citação da Ré, na pessoa de seu representante legal, a fim de que, advertidos da sujeição aos efeitos da revelia, a teor do artigo 285, última parte, do Código de Processo Civil, apresentem, querendo, resposta à demanda ora deduzida, no prazo de 15 (quinze) dias;

b) A dispensa do pagamento de custas, emolumentos e outros encargos, desde logo, em face do previsto no artigo 18 da Lei nº7.347/85 e do art. 87 da Lei nº 8.078/90;

c) Sejam as intimações do Autor feitas pessoalmente, mediante entrega dos autos, na 5ª Promotoria de Justiça do Consumidor, situada na Avenida Joana Angélica, n. 1312, 2º andar, Centro, Salvador-BA, com vista, em face do disposto no art. 236, § 2º, do Código de Processo Civil e no art. 199, inciso XVIII, da Lei Complementar Estadual nº 11/96 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado da Bahia);

d) A inversão do ônus da prova, em favor da coletividade de consumidores substituída pelo Autor, conforme previsto no art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor;

e) A publicação do edital, previsto no artigo 94 da Lei nº 8.078/90, para conhecimento dos interessados e eventual habilitação no feito como litisconsortes;

Pretende-se provar o alegado por todos os meios de prova admitidos em Direito, especialmente pela produção de prova testemunhal e pericial e, caso necessário, pela juntada de documentos, bem como por todos os demais instrumentos indispensáveis à cabal demonstração dos fatos articulados na presente inicial.

Atribui-se à causa o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Acompanha a presente Ação Civil Pública o Inquérito Civil nº 003.0.127819/2012– 2ª PJC, de 57 laudas.

Nestes Termos,
Pede Deferimento.

Salvador/BA, 15 de maio de 2015

ANA PAULA LIMOEIRO CARVALHO MACÊDO

Promotora de Justiça

Consumidor

EXCELENTÍSSIMA SENHORA DOUTORA JUIZA DE DIREITO DA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE BARREIRAS

SINOPSE: Ação civil pública indenizatória. Falha na prestação de serviços essenciais de telefonia, internet móvel e conexão de dados. Descumprimento de obrigações legais de continuidade e eficiência. Danos materiais e morais causados a centenas de consumidores. Responsabilidade por ilicitude e por violação de direitos de usuários de serviços de telecomunicações.

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA**, por meio do Promotor de Justiça signatário, e o **MUNICÍPIO DE BARREIRAS**, através de sua Procuradoria Geral, vêm, perante Vossa Excelência, para, com fundamento no art. 129, inc. III, da Constituição Federal, nos arts. 81, parágrafo único, incs. I e III, e 82, inc. I, ambos do Código de Defesa do Consumidor (CDC), no art. 5º, *caput* e incisos I e III da Lei Federal nº 7.347/85, e no art. 25, inc. IV, *a*, da Lei Federal nº 8.625/93, propor

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO LIMINAR, a ser processada pelo rito ordinário, em face de:

TIM CELULAR S.A. (“TIM”), sociedade empresária com sede na Av. Giovanni Gronchi, 7143, Vila Andrade, São Paulo-SP, inscrita no CNPJ/MF sob o n. 04.206.050/0001-80, CEP 05724-005

a fim de que sejam acolhidos os pedidos ao final formulados em razão dos fatos e fundamentos jurídicos a seguir aduzidos:

DOS FATOS

**1 - BREVE SÍNTESE DO
INQUÉRITO CIVIL Nº 593.0.82892/2014**

A sociedade barreirense vem sofrendo, nos últimos anos, contínuas interrupções no serviço de telefonia móvel. Além de danos morais, os problemas na prestação do serviço importam em danos materiais, implicando prejuízos nos setores econômico e social.

Com vistas a apurar quais as causas de consumo de maior incidência nos Juizados Especiais da Comarca de Barreiras, oficiamos aquele Juízo, obtendo como resposta o Ofício 087/2014 **(fl.06 do IC)**, na qual a MM Juíza Titular informa estarem inseridas em tal relação, as ações movidas contra as operadoras de telefonia, por conta da baixa qualidade da internet fixa e móvel.

Por conta disso, foi instaurado, no âmbito desta Promotoria, o inquérito civil público nº **593.0.82892/2014**, visando à apuração de possíveis irregularidades e prestação

deficitária do serviço de telefonia móvel, inclusive da internet móvel, notadamente interrupções, qualidade de sinal, congestionamento na rede, deficiência na conexão de dados e do serviço 3G, queda de chamadas ocorridas no Município de Barreiras, tendo em vista as constantes notícias locais acerca da prestação deficitária dos serviços de comunicação, notadamente pela operadora ré.

Constam nos autos do referido Inquérito Civil, diversas notícias jornalísticas dando conta da **publicidade e notoriedade** da deficiência do serviço em Barreiras (f. 119/126, 140/142, 148 do IC), inclusive com mídia de 6 (seis) reportagens exibidas pela emissora de TV Local, TV Oeste.

Além disso, o próprio **Poder Público municipal** deixou assentado no Ofício PGM 642/2014 (**fls. 149/156 do IC anexo**), o evidente *periculum in mora* ao qual estão submetidos não apenas os consumidores, mas todos os cidadãos de Barreiras, em face das **dificuldades enfrentadas por diversos órgãos voltados à prestação de serviços públicos essenciais à população**, como atendimento de emergência, saúde pública e segurança, vez que a falta de comunicação proveniente da ineficiência das operadoras (VIVO, TIM, CLARO e OI), ocasiona a não prestação de forma eficiente, destes serviços em decorrência da ausência da rede de comunicação, seja de voz, seja de dados.

Tais informações apenas confirmam o que já é sentido por todos os consumidores e diversos segmentos da comunidade de Barreiras, cuja indignação com a **péssima qualidade** do serviço de telefonia/internet está registrada nos autos destes Inquéritos Cíveis, o que levou, inclusive, à realização de **Audiência Pública da Comissão Parlamentar de Inquérito da Assembleia Legislativa do Estado da Bahia, no dia 11 de junho de 2014, onde Deputados Estaduais ouviram as reclamações da comunidade.**

Para instrução do inquérito civil público, este órgão ministerial encaminhou notificação à operadora ré, para que prestasse esclarecimentos acerca dos fatos narrados nos autos, bem como oficiou à ANATEL para que encaminhasse o mais recente Relatório de Fiscalização, especialmente quanto aos parâmetros técnicos intrinsecamente relacionados ao desempenho da rede, (taxa de chamadas originadas completadas, estabelecimento de chamadas em menos de 10 segundos, taxa de bloqueio, taxa de queda de chamadas, área de cobertura, etc...).

Em resposta, a operadora ré alegou que já presta seus serviços dentro dos parâmetros de qualidade exigidos pela ANATEL (**fls. 43/69 do IC**).

Por sua vez, a ANATEL encaminhou diversos Relatórios de Fiscalização e Notas Técnicas, referentes aos períodos de **janeiro de 2013 a janeiro de 2014** e **de fevereiro de 2014 a janeiro de 2015**, apontando **DIVERSAS DEFICIÊNCIAS** nos serviços prestados pela ré, conforme demonstrado no **item 5** desta peça, que deste modo lesa os consumidores.

Estes são os fatos averiguados no âmbito do presente inquérito civil público e que deram origem à presente ação civil pública. A propositura desta ação tem por vista a proteção do direito dos consumidores do Município de Barreiras, além da necessidade de precaução quanto à adequada prestação do serviço de telefonia móvel, que incide diretamente em atividades de ordem econômica e social da população barreirense, inclusive nos serviços públicos municipais.

Em razão de tudo o quanto restou apurado nos autos do **Inquérito Civil Nº 593.0.82892/2014**, presidido pelo Promotor de Justiça que subscreve esta peça, e do

conteúdo do Ofício PGM 642/2014 (fls. 149/156 do IC anexo), a 9ª Promotoria de Justiça de Barreiras convidou o Município de Barreiras, através de sua Procuradoria, a aderir a esta demanda, o que foi prontamente aceito nos termos da Ata de Reunião constante da fl. 203 do IC, constituindo-se o presente litisconsórcio ativo autorizado pela Lei 7.347/85, art. 5, incisos I e III .

2 - DA LEGITIMIDADE ATIVA

A legitimidade ativa para a causa há de ser analisada à luz dos dispositivos constitucionais pertinentes à matéria, bem como em razão do fundamento da própria demanda.

O art. 1º da Lei nº 7.347/85 contempla as hipóteses de cabimento da Ação Civil Pública como as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor histórico, turístico e paisagístico, qualquer outro interesse difuso ou coletivo, infração da ordem econômica. O Código do Consumidor ampliou a abrangência desta lei, incluindo também a defesa de direitos individuais homogêneos.

Segundo o art. 127 da Constituição Federal "**O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.**" Dentre as funções institucionais do Ministério Público, elencadas no art. 129 da Constituição da República, está a de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a

proteção do patrimônio público e social, *do meio ambiente e de outros interesses difusos ou coletivos*.

Por sua vez, **o Município teve sua legitimidade ativa assegurada pela Lei 11.448/2007**, que acrescentou o inciso III no art. 5º da Lei 7.347/1985:

“Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: [\(Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007\)](#).

*I - **o Ministério Público**; [\(Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007\)](#).*

*III - a União, os Estados, o Distrito Federal e **os Municípios**; [\(Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007\)](#).”*

Trata-se, nas palavras de Hugo Nigro Mazzilli, **legitimação extraordinária**, na modalidade **substituição processual**, consistente na possibilidade dos legitimados irem a juízo, em nome próprio, defender interesse alheio, qual seja, o da coletividade de lesados, no presente caso, os consumidores.

A legitimação para ambos é ampla, haja vista que *“não tem sentido exigir pertinência temática do Ministério Público, da União, dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal. Em vista de sua vocação para a defesa de interesses públicos e interesses coletivos lato sensu, presume-se possam, em tese, defender interesses transindividuais de qualquer natureza”*. (MAZZILLI, H.N. A defesa dos Interesses Difusos em Juízo, 22 Ed., p.311)

Preciso seja traçado o contorno exato sobre a natureza do direito dos consumidores dos serviços de telefonia móvel, uma vez que é anatureza do direito que se pretende defender coletivamente capaz de definir, não apenas a legitimidade ativa, mas, também, os limites da eficácia e efetividade do julgado.

Hugo Nigro Mazzili, em sua obra "A Defesa dos interesses difusos em juízo", 8ª ed., Saraiva, p. 3/11, ensina: "(...) O Código do Consumidor considerou difusos os interesses ou direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (...) Para conceituar interesses coletivos, o art. 81 do Código do Consumidor considerou sua indivisibilidade entre o grupo reunido por uma relação jurídica básica comum (...) Os interesses coletivos e os interesses individuais homogêneos têm também um ponto de contato: reúnem grupo, categoria ou classe de pessoas; contudo, só estes últimos são divisíveis e supõem origem de fato comum (...) Inovando na terminologia legislativa, o Código do Consumidor mencionou os interesses individuais homogêneos, 'assim entendidos os decorrentes de origem comum.' Encontram-se reunidos por essa categoria de interesses os integrantes determinados ou determináveis de grupo, categoria ou classe de pessoas que compartilhem prejuízos divisíveis, oriundos das mesmas circunstâncias de fato."

A evolução das ações coletivas no Brasil é tema tratado por Galeno Lacerda, (Eficácia da Prestação Jurisdicional no Atendimento às Demandas Sociais, Revista Ajuris), que assenta se ter ultrapassada a característica individualista clássica do processo brasileiro, dizendo que, "... como exemplo de preceitos individualistas em nosso sistema, podemos apontar o art. 76 do CC, segundo o qual 'para propor ou contestar uma ação, é necessário ter interesse econômico ou moral'; o art. 3º do CPC, que fala em 'interesse e legitimidade', e o art. 6º do mesmo Código: 'Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei'. Acrescente-se, nesse modelo individualista, o art.472 do CPC: 'A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros'." Em breve histórico sobre a introdução da processualística em demandas coletivas, como ação popular e ação civil pública, o autor parte da Constituição de 1988, sendo lícito falar em **processo coletivo social**, pois, conforme Galeno, "uma das marcas mais

características do Direito brasileiro, na atualidade, consiste em sua abertura para o social, acentuada, principalmente, a partir da CF de 1988... essa abertura para o social supera, em definitivo, a formação individualista que sempre caracterizou a cultura jurídica da Europa continental, retratada de modo geral, em nossas instituições. (op. Cit.)."

Pode-se concluir, portanto, que toda a apreciação que se faz da legitimidade processual em demandas coletivas tem gênese constitucional. Nestes termos, pode-se afirmar que, no caso dos autos, tem os autores legitimação para a defesa dos interesses dos consumidores dos serviços de telefonia móvel no Município de Barreiras, pois age na defesa de direito transindividual, visto que a incidência da norma atinge, de modo absolutamente igual, todo aquele que demonstrar ser titular de qualquer dos aparelhos telefônicos atingidos pelas deficiências do serviço, bem como o direito do número indefinido de cidadãos terem os serviços públicos prestados de acordo como os princípios que informam a administração pública, e as relações de consumo.

Não há dúvida quanto à **relevância social** do direito ora em discussão, o que, por si só autoriza sua defesa coletiva em ação civil pública.

Ora, o direito em apreciação foi erigido a direito do consumidor, além de essencial, como melhor se explicitará ao cuidar da responsabilidade civil, tudo por força da Lei 8.078/90, em seu artigo 22, com o que mais ainda se reforça o cabimento de sua proteção por meio da ação civil pública, conforme expressa o art. 1º da Lei 7.347/85.

Ademais, a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) dispõe, em seu artigo 81 e parágrafo único, que a defesa dos interesses e direitos dos consumidores pode ser exercida individual ou coletivamente, entendendo-se dentre estes últimos, além dos

interesses coletivos e difusos, também os interesses ou direitos individuais homogêneos. A mesma lei atribui tanto ao Ministério Público quanto ao Município a legitimidade para ajuizar as ações civis coletivas alusivas ao assunto (artigos 91 e 92):

“Art. 81 - A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de :

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Art. 82 - Para os fins do artigo 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público;

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

(...)

Art. 91 - Os legitimados de que trata o artigo 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”.

A legitimidade é corroborada ainda pelos pelos preceitos normativos da Lei nº 7347/85, que disciplina a ação civil pública:

*“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; (...)*

Nessa esteira, a lesão e a contínua ameaça de dano a interesses coletivos e difusos dos consumidores usuários do serviço de telefonia móvel oferecido no Município de Barreiras, bem como a necessidade de proteção a estes direitos, legitimam o Ministério Público e o Poder Público Municipal a proporem esta ação civil pública.

3 - DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL

Importante destacar aqui que em matéria de fixação do órgão jurisdicional responsável pela demanda, como alerta Alexandre de Moraes, *“a competência da Justiça Federal vem taxativamente prevista na Constituição. Dessa forma, conclui-se que a competência da Justiça comum (rectius: Justiça Comum Estadual) é subsidiária”*²³.

No caso em apreço, é preciso deixar claro que a questão restringe-se à análise da **relação entre a ré e os consumidores**, ou seja, da má prestação de serviços.

Não se formula nos autos qualquer demanda em face da ANATEL. Ao contrário, valemo-nos da vasta informação por ela produzida para justificar a defesa da sociedade de consumo, posto que uma das causas de pedir da presente ação é justamente o

conjunto de deficiências na qualidade da prestação dos serviços efetuados pela empresa ré, detectadas no relatório de fiscalização da agência reguladora.

Além de o assunto já se encontrar pacificado em **súmula vinculante nº 27** editada pelo Supremo Tribunal Federal, não é outro o entendimento manifestado tanto pelo Supremo Tribunal Federal quanto pelo Superior Tribunal de Justiça:

*EMENTA. Embargos de declaração no agravo de instrumento. Conversão dos embargos declaratórios em agravo regimental. **Serviço de telefonia**. Pulsos além da franquia. Matéria infraconstitucional. **Competência. Justiça estadual**. Precedentes. 1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. 2. O processamento e o julgamento dos feitos em que se discute a possibilidade da cobrança dos chamados “pulsos excedentes” estão no âmbito da competência da Justiça comum. 3. Matéria adstrita à legislação infraconstitucional. Inadmissível, em recurso extraordinário, o exame de ofensa reflexa à Constituição. 4. Agravo regimental não provido. (Embargos de Declaração no AI 795702 – Relator Ministro Dias Toffoli – julgamento em 27/03/2012 – Primeira Turma)*

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSUMIDOR. NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL DE FIDELIZAÇÃO. ONEROSIDADE EXCESSIVA. CLÁUSULA PENAL. CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR. ROUBO E FURTO DE APARELHO CELULAR. AUSÊNCIA DO NECESSÁRIO PREQUESTIONAMENTO. DEMANDA QUE NECESSITA DA ANÁLISE DE EDITAL. ÓBICE DA SÚMULA 454 DO STF. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO JÁ CARREADO AOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279/STF.

1. O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso que inviável a apreciação, em sede de recurso extraordinário, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, incidindo o óbice da Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal. 2. A violação indireta ou reflexa das regras constitucionais não enseja recurso extraordinário. Precedentes: AI n. 738.145 - AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 2ª Turma, DJ 25.02.11; AI n. 482.317-AgR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, 2ª Turma DJ 15.03.11; AI n. 646.103-AgR, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, DJ 18.03.11. 3. As cláusulas contratuais ou editalícias e a verificação de suas validades encerram reexame de norma infraconstitucional, insuscetível de discussão via recurso extraordinário, incidindo, in casu, o óbice da súmula 454 do STF, verbis: *Simple interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário.* Precedentes: RE 599.127-AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Ayres Britto, Dje de 04/03/11, e AI 829.036-AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, Dje de 24/03/11. 4. A Súmula 279/STF dispõe, verbis: *“Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”*. 5. É que o recurso extraordinário não se presta ao exame de questões que demandam revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, adstringindo-se à análise da violação direta da ordem constitucional. 6. In casu, o acórdão recorrido assentou: *“CIVIL, CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEGITIMIDADE - MINISTÉRIO PÚBLICO - DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS - **COMPETÊNCIA - JUSTIÇA ESTADUAL - INEXISTÊNCIA DE LITISCONSORTE PASSIVO - ANATEL - RELAÇÃO DE DIREITO PRIVADO** - NULIDADE - CLÁUSULA CONTRATUAL DE FIDELIZAÇÃO - ONEROSIDADE EXCESSIVA - CONSUMIDOR – CLÁUSULA PENAL - INEXIGÊNCIA - CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR - ROUBO E FURTO - APARELHO CELULAR - EFEITOS DA SENTENÇA - ABRANGÊNCIA AO ESTADO DE PERNAMBUCO - OBRIGAÇÃO - OPERADORA - ESCOLHA - ENTREGA NOVO APARELHO ATÉ O FINAL*

DA CARÊNCIA OU RESCISÃO CONTRATUAL E REDUÇÃO PELA METADE DA MULTA - RESTITUIÇÃO PELA METADE DE VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE - POSSIBILIDADE -PRESCRIÇÃO QUINQUENAL A PARTIR DA CITAÇÃO VÁLIDA - APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS - DECISÃO UNÂNIME. 1. O Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública para defender direitos individuais homogêneos. Precedentes do STJ. 2. **A discussão sobre a ilegalidade de cláusula em contrato de adesão celebrado entre operadora de telefonia móvel e seus usuários é relação de direito privado que não justifica a presença da ANATEL para compor o pólo passivo da demanda, mantendo a competência da justiça estadual....** .” 7. Agravo Regimental desprovido. (AgReg. No Recurso Extraordinário com Agravo 653956 – Ministro Relator Luiz Fux – Julgamento em 20/03/2012 – Primeira Turma)

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO DA ANATEL NA LIDE. SÚMULA 150/STJ. 1. **Não há falar em litisconsórcio passivo necessário da Anatel, pois esta pleiteia a intervenção no feito apenas como amicus curiae; além disso, a ação proposta pelo Parquet estadual cinge-se à irregularidade imputada somente à concessionária do serviço de telefonia (deficiência no serviço), sem alcançar a esfera do poder regulador daquela Entidade reguladora.** 2. A competência cível da Justiça Federal encontra-se definida, como regra geral, com base na natureza das partes envolvidas no processo (*ratione personae*), independentemente da índole da controvérsia exposta em juízo, por força das disposições do art. 109, I, da Constituição Federal 3. Desse modo, nos termos do que dispõe a Súmula 150/STJ, "compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença,

no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas". 4. Competência para o julgamento da demanda do Juízo Direito da 1ª Vara de Ouricuri - PE. Agravo regimental improvido. (STJ – Relator: Ministro Humberto Martins – AgRG no CC 120.783 – Julgamento em: 23/05/2012).

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOREGIMENTAL NO CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA FEDERAL. TELEFONIA MÓVEL. TARIFAÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DA ANATEL. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 150 E 254/STJ. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, ORA SUSCITANTE. 1. A decisão agravada foi proferida nos autos de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais perante o Juízo da 1ª Vara Cível, Criminal e da Infância e Juventude de Brumadinho/MG, que, em decisão monocrática, declarou-se incompetente para processar e julgar o feito sustentando a existência de notório interesse da Anatel, remetendo os autos à Justiça Federal. **2 .** A Primeira Seção, no julgamento do Conflito de Competência 35.972/SP, Rel. para acórdão o Ministro Teori Albino Zavascki, **decidiu que o critério definidor da competência da Justiça Federal é *ratione personae* , isto é, leva em consideração a natureza das pessoas envolvidas na relação processual, sendo irrelevante, para esse efeito e ressalvadas as exceções mencionadas no texto constitucional, a natureza da controvérsia sob o ponto de vista do direito material ou do pedido formulado na demanda.** **3 .** No caso dos autos, havendo manifestação expressa do Juízo Federal reconhecendo inexistir interesse da União ou da Anatel a justificar o processamento do feito naquela Justiça especializada, não há como afastar a competência estadual, conforme o teor da Súmula 150 desta Corte, que reconhece a competência da Justiça Federal para

decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, na relação processual, da União, suas autarquias ou empresas públicas. Precedentes: CC 54.832/PB, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, DJU 19.6.2006; CC 50.029/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJU de 18.4.2005, CC 35.386/RR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJU 29.9.2003. 4 . Agravo regimental não provido" (AgRg no CC 99.252/MG, Primeira Seção, Ministro Benedito Gonçalves, DJe de 20.10.2010).

Assim, e se **a competência da Justiça Federal é taxativa**, conclui-se que as ações cíveis, incluídas as ações civis públicas, somente serão processadas e julgadas pela Justiça Federal quando a *“União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem autoras, rés, assistentes ou oponentes”*.

Além disso, não é porque um fornecedor possui regulação advinda de autarquias federais que toda ação em face dele será no âmbito da Justiça Federal. Se este entendimento simplório e equivocado fosse acatado, milhares de ações que tramitam na Justiça Estadual deveriam estar sendo julgadas pela Justiça Federal. Como exemplo, podemos citar as ações envolvendo serviço de telefonia (setor regulado pela ANATEL), de energia elétrica (setor regulado pela ANEEL), as ações contra os planos de saúde (setor regulado pela ANS), e assim por diante.

No que se refere à natureza da relação, discorre Alexandre Freitas Câmara, que *“há litisconsórcio necessário quando a presença de todos os litisconsortes é essencial para que o processo se desenvolva em direção ao provimento final”* o que não acontece na presente ação, uma vez que os pedidos pleiteados na inicial independem da presença da

ANATEL, visto que a ação busca apenas tutelar os direitos de inúmeros consumidores que foram (e podem continuar sendo) lesados pela ré.

Assentada a competência da Justiça Estadual, resta, portanto, o ajuizamento da demanda na **Vara da Fazenda Pública, por decorrência da competência absoluta em razão da pessoa**, por figurar no polo ativo da demanda o Município de Barreiras, nos termos do art. 70, inciso II, alínea “a”, da Lei 10.845 de 27 de novembro de 2007, LOJ- Lei de Organização Judiciária do Estado da Bahia.

DO DIREITO

4- DA ESSENCIALIDADE DO SERVIÇO – DESATENDIMENTO DOS PADRÕES DE QUALIDADE DA ANATEL – DESOBEDIÊNCIA AO MÍNIMO ESSENCIAL DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

As características dos serviços prestados pela ré agravam a vulnerabilidade dos consumidores e o impacto dos danos multitudinários causados.

Os serviços de telefonia e de internet móvel possuem relevância significativa para a economia e para as relações sociais no cotidiano da população brasileira. Dificilmente, nos dias atuais, qualquer pessoa que tenha acesso a esses serviços é capaz de passar um único dia sem se comunicar com alguém por telefone ou sem acessar a Internet, ou mesmo se comunicar através dos modernos aplicativos de conversação.

O ordenamento jurídico reconhece essa realidade quando a Lei Federal nº 9.472/97⁸⁰ estabelece, em seu art. 2º, inc. I, que “o Poder Público tem o dever de garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações” e em seu art. 3º, inc. I, que “o usuário de serviços de telecomunicações tem direito de acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza, em qualquer ponto do território nacional”.

Ora, a telecomunicação é um bem essencial à população, e não meramente facultativo, como dantes se pensava. Não se pode olvidar o fato de que a convivência social entre seres humanos, bem como o desenvolvimento de atividades econômicas em geral pressupõe o uso do serviço de telecomunicação, no qual está inserido a telefonia móvel, pelo que está inserido no rol do art. 22 do CDC, que preleciona a continuidade na sua prestação.

Por sua relevância, os serviços prestados pela ré são considerados essenciais, expressamente, pela Lei Federal nº 7.783/89⁸¹, que prevê:

Art. 10 - São considerados serviços ou atividades essenciais:

(...)

VII - telecomunicações;

A presente ação civil pública relaciona-se com um dos temas mais relevantes da atualidade quando se pensa na relação entre consumidores e fornecedores.

⁸⁰ Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995.

⁸¹ Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências.

Desatender os padrões mínimos de qualidade fixados na regulamentação da ANATEL é desobedecer à mínima e mais básica proteção aos consumidores. Na condição de concessionária do serviço público essencial de telecomunicações, a ré, deve respeitar as imposições da legislação que disciplina o regime de concessões, em geral, e o de telecomunicações, em particular.

A Lei Federal nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, traz os seguintes dispositivos:

Art. 6º - Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º - Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. (...)

Art. 7º - Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

I - receber serviço adequado;

Assim, em relação ao **PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO**, tem-se que a adequação do serviço público é a sua perfeita conformação às necessidades e exigências qualitativas dos usuários, baseados em padrões técnicos e de qualidade.

Desse modo, a definição de serviço adequado passa pela determinação de critérios técnicos, como os enumerados pela ANATEL em seu relatório de fiscalização, que deu

conta da inadequação técnica da prestação do serviço de telefonia móvel pela concessionária demandada.

Do dispositivo citado acima, destacam-se ainda os princípios da continuidade, da eficiência, da segurança e da generalidade.

Pelo **PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE** os serviços públicos não devem sofrer interrupções, devendo a prestação ser contínua, evitando paralisações que provoquem problemas nas atividades ordinárias da população usuária dos serviços. Em sendo de natureza essencial, como é o caso do serviço de telecomunicações, no qual se insere a telefonia móvel, só não é observado o princípio em hipóteses restritas, quais sejam, as motivadas por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações ou por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

Com relação ao **PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA**, vale dizer que, além de figurar no caput do art. 22 do CDC, tal princípio atualmente possui *status* constitucional, incluído no rol de princípio que regem a Administração Pública, dispostos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Segundo tal princípio, os serviços públicos serão prestados com a maior eficiência e qualidade possíveis. Ou seja, deve o concessionário se atualizar com os novos processos tecnológicos, de modo que a produção seja a mais proveitosa possível, dando os resultados desejados pelos usuários.

Por seu turno, a Lei Federal nº 9.472/97 que, como vimos, dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, determina:

Art. 3º - O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:

I - de acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza, em qualquer ponto do território nacional; (...)

Art. 127 - A disciplina da exploração dos serviços no regime privado terá por objetivo viabilizar o cumprimento das leis, em especial das relativas às telecomunicações, à ordem econômica e aos direitos dos consumidores, destinando-se a garantir: (...)

III - o respeito aos direitos dos usuários;

Ocorre que, esta proteção estabelecida pela agência reguladora é apenas o **mínimo essencial** a que deve respeitar o concessionário do serviço público.

Enquanto fornecedora de serviços⁸², a ré submete-se também às normas de proteção e defesa do consumidor, **de ordem pública e interesse social**, e com **status de direito fundamental**, da Lei Federal nº 8.078/90 (CDC), que no art. 22 traz preceito específico aplicável às concessionárias de serviços públicos:

Art. 22 - Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

⁸² CDC, Art. 3º: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (...)”

“§ 2º - Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

Adequação, regularidade, continuidade, eficiência, generalidade, cortesia na sua prestação e respeito aos direitos dos usuários: os dispositivos legais transcritos são regras de direito material que, ao impor tais requisitos, convergem para criar uma expectativa de qualidade em relação aos serviços prestados pela ré aos consumidores. Uma expectativa de cumprimento daquilo que CLÁUDIA LIMA MARQUES chama de *deveres anexos de cooperação* do fornecedor:

Cooperar é um dever de conduta do parceiro contratual segundo a boa-fé. É o simples agir com lealdade, é colaborar com o “outro”, para que possa cumprir com suas obrigações e possa alcançar suas expectativas legítimas e interesses naquele tipo contratual. Cooperar é não obstruir ou impedir o acesso do consumidor à justiça, à possibilidade de reclamação ou efetivação de seus direitos, ou o seu acesso à prestação contratual (...)

*Para que o contrato possa cumprir sua função social, para que possa efetivamente ser um instrumento de segurança no mercado, sua interpretação não pode desconhecer a existência de deveres anexos a esta relação contratual, especialmente em se tratando de relações de longa duração, os contratos cativos.*⁸³

Para melhor compreensão da situação, importa considerar que nos anos 90 o Brasil conheceu processos de privatização de serviços públicos, além de fusões e aquisições de empresas, processos esses que resultaram no quadro atual de extrema concentração de mercado em vários setores. Assim, milhões de consumidores em todo o país se vêem compelidos a contratar a prestação de diversos serviços, alguns deles essenciais, como os de telefonia e internet, em contratos cativos, de longa duração, com as poucas empresas concessionárias disponíveis.

⁸³ *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: RT. 5ª ed., 2006, p. 1.024.

O crescimento desmesurado do Estado Social, determinado pela ampliação de suas atribuições, notadamente na prestação dos serviços públicos essenciais, tornou inevitável o seu redimensionamento, diminuindo-lhe o tamanho, pela denominada privatização.

Nesse novo contexto, enfatiza-se o papel regulador do Estado em relação às atividades desempenhadas por particulares, fazendo surgir as agências reguladoras.

Em relação às empresas de atividades que foram devolvidas ou entregues à iniciativa e capital privados, ou seja, nos casos em que houve a transferência para a iniciativa privada da exploração econômica de serviço público, a necessidade de regulação se torna evidente, sendo preciso harmonizar os interesses da empresa e os dos usuários. A regulação, então, deveria almejar assegurar a qualidade do serviço, protegendo o usuário.

Ocorre que, por outro lado, aos particulares exercentes da atividade econômica “serviço público” é garantido o **lucro** e demais características do comportamento empresarial privado.

Dessa forma, o regime regulatório decorrente das privatizações significa verdadeiro “**jogo concertado de complementação e restrição recíproca**”, em que os regimes público e privado pretéritos “se complementam em parte e alguns setores parcelares se restringem também reciprocamente”, nas expressões de *Karl Larenz*.

Deste modo, o fim precípua das normas regulatórias da ANATEL (assegurar a qualidade do serviço, protegendo o usuário) ganha limites no fim secundário do próprio Estado como agente concedente: garantir a sobrevivência da concessão.

E para que a concessão sobreviva é essencial que as empresas concessionárias tenham garantido o “lucro interessante”, ou seja, aquele suficiente para manter o capital privado interessado no setor de telefonia. E óbvio que o denominado “lucro interessante” não é apenas o lucro justo, mas sim aquele qualificado por ganhos de capital acima daqueles possíveis em diversos outros setores da atividade econômica ou mesmo de aplicações financeiras. Sem o lucro qualificado, o capital financiador das concessionárias migram de ramo, o que não interessa ao Estado cedente, apresentado, em sua função fiscalizadora, pela Agência Reguladora, neste caso a ANATEL.

Em razão dessa equação mais financeira que jurídica é que a proteção assegurada pela ANATEL ao consumidor é **mínima**, ou seja, aquela que assegure apenas os **essenciais e básicos direitos do consumidor**, limitado reciprocamente pela necessidade de viabilizar o “lucro interessante”.

È o “**jogo concertado de complementação e restrição recíproca**”, utilizando a expressão de *Karl Larenz*.

Assim, a regulação das agências visa a conjugar a eficiência privada – e seus interesses individuais e de lucratividade – com a satisfação dos fins públicos e objetivos

almejados pelo Estado/concedente. Possuem, portanto, função instrumental no que tange aos escopos almejados com a “reforma do Estado” pelo **Estado concedente**.

Ocorre que, não raro, os **interesses secundários do Estado (concedente)** não albergam com a necessária completude os **interesses primários (dos consumidores)**.

No que diz respeito às agências reguladoras, a possibilidade de tal discrepância é de obviedade natural quando lembramos que a legitimidade das normas elaboradas pelos integrantes do Poder Constituinte e mesmo do Legislativo decorre principalmente do fato de terem eles sido eleitos pelo povo e serem seus representantes, ao passo que as normas da ANATEL são elaboradas por uma diretoria de técnicos, onde ausente está qualquer representação democrática direta.

E justamente para proteger estes interesses primários (consumidores) do próprio Estado é que a Constituição Federal deixou nela assentada a **defesa do consumidor** como **direito fundamental**.

Aliás, lembremos que **o próprio Estado cedente responderia perante o CDC caso houvesse por bem prestar o serviço diretamente e não através de concessão!**

Por isso, a proteção ao consumidor frente às práticas das empresas operadoras de telefonia encontra assento muito mais amplo na **Constituição Federal**, norma máxima do nosso ordenamento, que atribui a proteção ao consumidor o status de **direito**

fundamental. O poder regulamentar da ANATEL se qualifica por ser inteiramente subordinado à lei.

“O essencial é que o executivo, ao expedir regulamento – autônomo ou de execução da lei –, não invada as chamadas reservas da lei, ou seja, aquelas matérias só disciplináveis por lei, e tais são, em princípio, as que afetam as garantias e os direitos individuais assegurados pela Constituição (art. 5º).” (Hely Lopes Meirelles) Os regulamentos não podem desrespeitar as normas e princípios de direito que lhe são superiores.

O princípio da legalidade supõe a submissão da Administração e dos atos administrativos – inclusive dos regulamentos da ANATEL- às disposições vigentes de caráter geral insertas no ordenamento hierárquico das fontes escritas do Direito e, em grau último, à Constituição Federal.

Diz-se, por isso, ser mínima a proteção conferida pela regulamentação da ANATEL, pois, acima dela, encontramos diversos instrumentos de amparo ao consumidor, previstos no Código de Defesa do Consumidor, lei federal elaborada por determinação constitucional (art. 48 do ADCT), como corolário da defesa do consumidor, que possui **status de direito fundamental** e de instrumento de efetivação da **dignidade da pessoa humana** (art. 5º, inc. 32, CF).

Registre-se, ainda, que sendo direito fundamental, e portanto **cláusula pétrea**, a defesa do consumidor está abrigada pelo princípio da **proibição do retrocesso**, mesmo quando parta o retrocesso de normativa de agência reguladora.

Assim é que, se por um lado a ANATEL considera adequado o fornecimento de apenas 80% da velocidade vendida pelas operadoras ao consumidor, as normas do CDC que proíbem a propaganda enganosa e estabelecem o caráter vinculativo à proposta e publicidade, obrigam-nas a cumprir integralmente com o que foi ofertado ao consumidor, ou seja, 100% da velocidade contratada!

Deste modo, concluindo, **desobedecer aos padrões referenciais de qualidade fixados pela ANATEL significa desobedecer ao mínimo essencial de qualidade ao qual as operadoras estão obrigadas.**

Conforme ficará demonstrado a seguir, as falhas e a descontinuidade dos serviços, aliada à respectiva cobrança indevida por um serviço que é mal prestado ou sequer é prestado, caracterizam ilícitos lesivos que, considerados em seu conjunto, produzem dano coletivo significativo que reclama medidas acautelatórias para resguardar os direitos dos consumidores, além da devida indenização.

5 - DA DEFICIÊNCIA DO SERVIÇO – DO DESATENDIMENTO AOS PADRÕES MÍNIMOS DA ANATEL

O Código de Defesa do Consumidor – CDC, em seu art. 6º, X, preceitua:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...)

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

O mesmo Código, especificando tal direito consumerista, afirma em seu art.

22, *in verbis*:

*Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer **serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.***

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

Do quanto será agora analisado, chegaremos à conclusão de que a prestação dos serviços públicos de telecomunicações não está atingindo patamares minimamente satisfatórios perante a população barreirense, caracterizando-se ofensa ao princípio da eficiência, segurança, continuidade e adequação dos serviços públicos, dispostos no CDC.

A ANATEL, em sua resposta inicial (**fls. 70/76 e 78/84 do IC**), apresentou a Nota Técnica n. 01/2014/GR08F11, referente à Missão de Fiscalização n. BA20140018, referente a Teste executado **em rota realizada no dia 25/03/2014**, com o objetivo de avaliar os seguintes itens: Cobertura, quanto à intensidade de sinal, Voz, quanto às estatísticas de acesso e queda de chamada, Dados, quanto às estatísticas de acesso e queda de *download*.

O referido teste foi realizado utilizando-se equipamentos conectados a antenas fixadas na parte externa do veículo. **Os testes foram realizados nas ruas, condição que entende a ANATEL mais favorável que a fruição do serviço em ambientes fechados.**

Observem que **o teste é realizado de modo mais benéfico à operadora**, haja vista que o consumidor utiliza seus equipamentos, na maior parte do tempo, em áreas fechadas (residência, locais de trabalho, academia, hospitais, prédios públicos, restaurantes, etc...)!

As operadoras, em que pese a tentativa de restringir em seus contratos de adesão a qualidade do sinal ao uso em áreas abertas, cláusula esta abusiva em razão de restringir o direito do consumidor (art. 51, incisos I e XV do CDC), via de regra **oferecem seus produtos nas campanhas publicitárias através de figuras e imagens de usuários utilizando o aparelho celular em suas residências, escritórios, etc... e não do alto das montanhas, torres de telefonia ou nas coberturas dos prédios!**

Deste modo, **são abusivas as cláusulas contratuais “2.1.3” (fl. 50 do IC) “2.1.4” e “2.1.2” (fl.137 do IC)**, que permitem à operadora ré interromper o serviço ou prestá-lo de modo “afetado” ou deficitário, em razão de reparos, interferências, manutenção ou substituição de equipamento, ou pelo bloqueio do sinal em função de barreiras artificiais **ordinárias, corriqueiras e previsíveis**, (como paredes e lajes), **sem prever a correspondente redução no seu preço.**

Ainda assim, segundo a Nota Técnica, em que pese não ter apresentado trechos sem cobertura, a operadora ré pode apresentar falhas de cobertura indoor em pontos específicos (fl. 73 do IC).

Também naquele específico teste, em que pese ter apresentado a taxa de sucesso de chamadas de voz próxima a 100%, a ANATEL registrou que esta situação pode não ser a mesma para o usuário dentro da sua residência, pois o teste é executado em equipamento situado em áreas externas, portanto, com menores dificuldades de recepção.

Quanto à **taxa média de download**, a ANATEL registrou que as taxas médias da operadora ré apresentadas no teste **“NÃO SÃO ADEQUADAS À TECNOLOGIA 3G” (fl. 74 do IC).**

Assevera que, conforme o artigo 23 do Regulamento de Gestão de Qualidade da Prestação do Serviço Móvel Pessoal – RGQ-SMP, **a prestadora deve garantir uma Taxa de Transmissão Média nas Conexões de Dados de pelo menos 70% da taxa contratadas, que para o 3G é de 1Mbps.** Observem também, que a tal norma regulamentar (infralegal, portanto) é também mais favorável à operadora, e viola o CDC (art. 20, art. 35), haja vista que permite a ele oferecer serviço em qualidade inferior àquela ofertada e vendida ao consumidor, padecendo de vício de inconstitucionalidade, portanto. Mesmo assim, nem mesmo sequer esta norma, que lhe é mais benéfica, a operadora ré consegue obedecer!

Também no que diz respeito às **Taxas de Conexão de Dados**, a operadora ré, **EM TODOS OS MESES DE 2013 E JANEIRO DE 2014, apresentou valores abaixo da referência da ANATEL que é de maior ou igual a 98%. (fl. 75 do IC)**

Em complementação solicitada pela Promotoria, a ANATEL encaminhou ofício 2811/2014/GR08F11/GR08-ANATEL, no qual registra que **“considerando que os valores de taxa média de download, apresentados na tabela I da Nota Técnica n. 01/2014/GR08F11 (referente ao teste realizado em ambiente aberto no dia 25/03/2014), estão abaixo do considerado adequado no regulamento, é esperada uma condição ainda pior em ambientes fechados”(fl, 108 do IC).**

Tais condições ainda piores esperadas pela ANATEL são sentidas no dia a dia pelos consumidores barreirenses!

Concluída a fiscalização de campo, a ANATEL encaminhou **o Relatório de n. 0309/2014/GR08 (FLS. 110/116 do IC)**, referente à fiscalização realizado no período de **06/03/2014 a 07/05/2014**, aferiu as seguintes deficiências da operadora ré nos resultados obtidos:

- 1) **3G**: *“A cobertura 3G no município é ampla, mas em regiões mais afastadas do centro, como nos bairros de Vila dos Funcionários e Morada da Lua existem pontos de cobertura residual, que podem apresentar problemas para conexões de dados ou chamadas dentro das casas ou estabelecimentos comerciais (ambientes indoor).”*
- 2) **DADOS**: *“A taxa de transmissão de dados (throughput) média ficou abaixo dos valores recomendados no Regulamento Geral de Qualidade do SMP (RGQ-SMP) de 70% do valor oferecido em ambos os municípios (reerindo-se a Barreiras e Luis Eduardo Magalhães)” (f. 113 do IC).*
- 3) **INDICADORES DE REDE**: *“Fica evidenciado que **por todo o período observado, ambos os municípios apresentaram problemas de conexão de dados, não sendo atingida a meta de 98% em nenhum dos meses**” (fl.113, verso, do IC).*

Observem que, **de Janeiro de 2013 a Janeiro de 2014 (fl.113 do IC)**, a operadora ré **manteve-se abaixo do valor referencial da ANATEL, prestando serviço absolutamente inadequado ao longo de um ano, período no qual cobrava o valor integral aos seus consumidores, que foram lesados portanto!**

Em conclusão, a ANATEL apresenta os seguintes efeitos em relação ao objeto da fiscalização:

“5.3.1. Para o serviço. O serviço de dados prestado em ambas as cidades possui uma qualidade inferior à esperada.” (FL. 114 do IC)

“5.3.2. Para o usuário. O USUÁRIO TEM UM SERVIÇO DE QUALIDADE INFERIOR À QUE DEVERIA SER OFERECIDA, CONFORME CONTRATAÇÃO.” (FL. 114 do IC)

“5.3.5. Benefícios Auferidos pelo Infrator. A operadora não vem executando o investimento adequado em otimização e manutenção da rede para garantir o pleno funcionamento desta dentro dos parâmetros de qualidade necessários.” (fl. 114 do IC)

E finaliza a ANATEL: **“A rede de dados, por meio de tecnologias de terceira geração (3G) apresenta problemas de conexão com índice de quedas acima das especificadas no Regulamento Geral de Qualidade do SMP (RGQ-SMP), e taxas MUITO ABAIXO das esperadas para tal tecnologia, com base no mesmo regulamento.” (fl,114, verso, do IC)**

Notificada para se manifestar sobre a referida Nota Técnica e o Relatório de Fiscalização, a operadora ré apresentou petições (fl. 96/101 e 133/139) apenas alegando cláusula contratual excludente de responsabilidade de prestar adequadamente o serviço em áreas indoor (abusiva, como já explicitado), e que atingiu os índices de referência desde que passou a oferecer o serviço de transmissão de dados por meio da tecnologia 3G, em novembro de 2013. Aduz, ainda, a previsão de ampliação da rede e equipamentos para o ano de 2014.

Tal afirmativa, se não inverídica, destoa daquela apresentada pela ANATEL, como já registrado. De bom alvitre registrar que os dados acima expostos e apurados pela

ANATEL referem-se ao período compreendido entre os meses de **janeiro de 2013 a janeiro de 2014**.

Após a instauração do referido Inquérito Civil, a **9ª Promotoria de Justiça de Barreiras acompanhou por mais um ano a situação da telefonia móvel em Barreiras**, sem que houvesse qualquer avanço ou melhoria por parte das operadoras, ao passo que os consumidores barreirenses permanecem pagando integralmente os valores das suas franquias e assinaturas mensais, por um serviço que comprovadamente não lhe é prestado adequadamente.

Nesse sentido, a pedido do Ministério Público, **a ANATEL elaborou recente Nota Técnica (fl.160/179)**, apresentando Relatório de Dados de Fiscalização Consolidados do Monitoramento de Redes com os dados específicos do Município de Barreiras para o **período de fevereiro de 2014 a janeiro de 2015**, bem como resultados dos indicadores do RGQ-SMP – Regulamento de Gestão de Qualidade da Prestação do Serviço Móvel Pessoal, referente ao **período de março a dezembro de 2014** das prestadoras atuantes no CN 77 do Estado da Bahia.

Nesta última e atualizada Nota Técnica a ANATEL informa que *“elencou Municípios que estão considerados críticos que serão fiscalizados ao longo do ano, sendo que o Município de Barreiras está entre os que serão fiscalizados ao longo de 2015”* (fl xx do IC) **“tendo em vista que os resultados dos indicadores colocaram o município entre os considerados críticos”** (fl. Xx do IC)..

Quanto aos níveis de Referência previstos no Regulamento de Gestão da Qualidade da Prestação do Serviço Móvel Pessoal (RGQ-SMP), aprovado pela Resolução 575 de

28/10/2011, ficou constatado pela tabela constante das fls. 166/167 do IC, que a operadora ré apresentou diversos meses com indicadores abaixo do referencial da Agência Reguladora, na área do Código Nacional 77, senão vejamos:

- **Indicador de rede SMP 4 (Taxa de Completamento) – Meta 64%**
(fl. 166 do IC)

Período	Mar/14	Abr/14	Mai/14	Jun/14	Jul/14	Ago/14	Set/14	Out/14	Nov/14	Dez/14
PMM1 ⁸⁴	57,98%	60,42%	52,26%	52,87%	52,22%	49,96%	52,17%	50,96%	53,16%	54,79%
PMM2	54,16%	56,98%	48,23%	48,22%	47,94%	46,90%	48,74%	47,15%	48,78%	50,65%

Resultado: **Deficitário em absolutamente todos os dez meses, em ambos os períodos.**

- **Indicador de rede SMP 5 (Taxa de Alocação de Canal de Tráfego) – Meta 95% (fl. 167 do IC)**

Período	Mar/14	Abr/14	Mai/14	Jun/14	Jul/14	Ago/14	Set/14	Out/14	Nov/14	Dez/14
---------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------

⁸⁴ Períodos de Maior Movimento - PMM: intervalos de tempo ao longo do dia, em que ocorrem os maiores interesses no estabelecimento de chamadas por parte dos usuários. Para efeito de aferição dos indicadores de qualidade, caso não haja disposição contrária quando da divulgação do Calendário Anual pela Anatel, os PMM são os seguintes: a) período diurno das 10h00 às 13h00 (PMM1); b) período noturno das 18h00 às 21h00 (PMM2).

PMM1 ⁸⁵	95,44%	93,48%	93,94%	94,73%	95,92%	86,47%	95,92%	95,29%	91,54%	88,89%
PMM2	84,18%	84,94%	81,43%	84,94%	86,71%	79,73%	81,72%	82,42%	86,30%	87,15%

Resultado: **Deficitário em 16 dos 20 períodos.**

- **Indicador de rede SMP 7 (Taxa de Queda de Ligações) – Meta 2%% (fl. 167 do IC)**

Período	Mar/14	Abr/14	Mai/14	Jun/14	Jul/14	Ago/14	Set/14	Out/14	Nov/14	Dez/14
PMM1	1,39%	1,43%	1,42%	1,25%	1,29%	1,66%	1,29%	1,31%	1,36%	1,72%
PMM2	2,34%	2,44%	2,72%	2,46%	2,07%	2,46%	1,90%	2,40%	2,25%	2,30

Resultado: **Deficitário em 9 dos 10 períodos noturnos**

- **Indicador de rede SMP 13 (Taxa de Resposta ao Usuário) – Meta 95%% (fl. 167 do IC)**

⁸⁵ Períodos de Maior Movimento - PMM: intervalos de tempo ao longo do dia, em que ocorrem os maiores interesses no estabelecimento de chamadas por parte dos usuários. Para efeito de aferição dos indicadores de qualidade, caso não haja disposição contrária quando da divulgação do Calendário Anual pela Anatel, os PMM são os seguintes:a) período diurno das 10h00 às 13h00 (PMM1);b) período noturno das 18h00 às 21h00 (PMM2).

Período	Mar/14	Abr/14	Mai/14	Jun/14	Jul/14	Ago/14	Set/14	Out/14	Nov/14	Dez/14
-----	91,47%	91,66%	87,09%	91,71%	91,33%	91,67%	97,80%	99,78%	99,88%	99,88%

Resultado: **Deficitário em 6 dos 10 meses**

- **Indicador de Voz (Taxa de Conexão de Vox) – Referência ≥ 95% (fl. 176 do IC)**

Fev/14	Mar/14	Abr/14	Mai/14	Jun/14	Jul/14	Ago/14	Set/14	Out/14	Nov/14	Dez/14	Jan/15
94.63	94.67	94.64	93.65	93.53	93.71	95.73	97.98	99.14	87.82	94.4	97.1

Resultado: **Deficitário em 7 dos 12 meses**

- **Indicador de DADOS (Taxa de Conexão de Dados) – Referência ≥ 98% (fl. 176, v. do IC)**

Fev/14	Mar/14	Abr/14	Mai/14	Jun/14	Jul/14	Ago/14	Set/14	Out/14	Nov/14	Dez/14	Jan/15
92.32	92.13	91.91	91.3	92.39	89.98	91.71	96.96	95.79	95.88	92.57	92.77

Resultado: **Deficitário em TODOS os 12 meses**

- **Indicador de DADOS 2G (Taxa de Conexão de Dados 2G) – Referência ≥ 98% (fl. 176, v. do IC)**

Fev/14	Mar/14	Abr/14	Mai/14	Jun/14	Jul/14	Ago/14	Set/14	Out/14	Nov/14	Dez/14	Jan/15

91.87	91.95	91.84	91.27	92.51	90.33	91.86	96.71	95.43	95.69	92.95	92.76
-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------

Resultado: **Deficitário em TODOS os 12 meses**

- **Indicador de DADOS 3G (Taxa de Conexão de Dados 3G) – Referência ≥ 98% (fl. 176, v. do IC)**

Fev/14	Mar/14	Abr/14	Mai/14	Jun/14	Jul/14	Ago/14	Set/14	Out/14	Nov/14	Dez/14	Jan/15
97.11	93.7	92.57	91.65	91.05	85.45	85.97	99.54	99.7	99.8	86.77	93.07

Resultado: **Deficitário em 9 dos 12 meses**

- **Indicador de DADOS 3G (Taxa de Desconexão de Dados 3G) – Referência ≤ 5% (fl. 177 do IC)**

Fev/14	Mar/14	Abr/14	Mai/14	Jun/14	Jul/14	Ago/14	Set/14	Out/14	Nov/14	Dez/14	Jan/15
2.01	3.49	3.31	4.45	4.82	7.11	9.82	6.11	6.18	4.93	3.92	4.58

Resultado: **Deficitário em 4 dos 12 meses**

A constatação que emerge clara e evidente é de que a ré **vem prestando serviços de má qualidade aos seus consumidores, tratando-os com inaceitável descaso**. A empresa deixa um rastro de frustrações e violações de direitos e, pela gigantesca demanda que propicia, chega ao ponto de comprometer a atuação do principal órgão estadual de defesa do consumidor.

Por ser a ré fornecedora de serviços essenciais para milhões de pessoas—tem significativas repercussões para um universo extraordinário de consumidores, vítimas de danos materiais e morais.

6- RESPONSABILIDADE CIVIL E DIREITO DOS USUÁRIOS À REPARAÇÃO

Já vimos que as falhas na prestação do serviço e a ineficiência no atendimento ao público caracterizam ofensa à lei e, portanto, atos ilícitos. Antes de verificar os danos que provocam, cumpre discorrer sobre o direito à reparação.

O Código Civil, aplicável às relações de consumo por força do que dispõe o art. 7º, *caput*, do CDC⁸⁶, responsabiliza quem, praticando ato ilícito, causa dano a alguém:

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.*

⁸⁶ “O micro-sistema introduzido pelo Código de Defesa do Consumidor não pode ser desvinculado dos demais princípios e normas que orientam o direito pátrio, notadamente o Código Civil. Ao contrário, o que deve haver é a integração entre esses sistemas.” (REsp 702.524/RS, Segunda Seção, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 08.03.2006, DJ 09.10.2006, p. 256)

Outros dispositivos de direito material conferem ao consumidor, especialmente ao usuário de serviço público, o direito à reparação por danos sofridos. A Lei Federal nº 9.472/97 prevê:

Art. 3º - O usuário de serviços de telecomunicações tem direito: (...)

XII - à reparação dos danos causados pela violação de seus direitos.

Já o CDC, depois de considerar “direito básico do consumidor” a “efetiva reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” (art. 6º, inc. VI), na Seção que dedica à “Responsabilidade por Vício do Serviço”, determina:

Art. 20 - O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor ...

§ 2º - São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade. (...)

Art. 22 - Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

O direito à indenização pelas falhas na prestação de serviço essencial, portanto, tem amplo amparo em nosso ordenamento jurídico. E, na condição de *usuários e consumidores*, os assinantes dos serviços prestados pela ré, quando vitimados pela deficiência

de sua atuação (privação dos serviços e/ou mau atendimento) devem ter seus danos materiais e/ou morais ressarcidos.

E o direito dos consumidores usuários à reparação independe da verificação de culpa da ré, porquanto vigora na espécie a responsabilidade objetiva do fornecedor de consumo, como ainda se analisará.

Reza o Código Civil/2002:

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

Vê-se, pois, que a responsabilidade objetiva — independente de culpa — se assenta mesmo nas normas positivas do Código Civil/2002, que têm aplicação subsidiária à matéria de consumo, naquilo que não contrariarem a legislação consumerista, por força da norma de integração do **art. 7º do CDC**:

Art. 7º. Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Mas também o próprio **Código de Defesa do Consumidor** cuidou de fixar a responsabilidade civil objetiva dos fornecedores da *cadeia de fornecimento de consumo*, dispensando cogitar de culpa, como se vê, em especial, nos **arts. 12 e 14**:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. (sublinhamos)

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (sublinhamos)

As normas do CDC (arts. 12 e 14) se integram e auto-complementam com as normas do CC/2002 (arts. 927, parágrafo único, e 931).

Cuidando-se então de danos ou prejuízos verificados no fornecimento no mercado de consumo, segundo os conceitos do CDC — ou resultantes dos riscos inerentes ao produto em circulação ou à própria natureza da atividade — a responsabilidade do fornecedor é **objetiva**, independente de culpa.

Explicando a responsabilidade objetiva à luz da *teoria do risco* — hoje consagrada não apenas pelo CDC, mas também pelo citado art. 931 do CC/2002 — ARNOLD WALD já advertia que *“A história revela a insuficiência da teoria da culpa para garantir o*

*equilíbrio social e a realização da justiça em todas as hipóteses, especialmente na sociedade industrial de tecnologia altamente sofisticada em que vivemos”.*⁸⁷

Na doutrina de SÉRGIO CAVALIERI FILHO, *“todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos (...) O consumidor não pode assumir os riscos das relações de consumo, não pode arcar sozinho com os prejuízos decorrentes dos acidentes de consumo, ou ficar sem indenização. Tal como ocorre na responsabilidade do Estado, os riscos devem ser socializados, repartidos entre todos, já que os benefícios são também para todos. E cabe ao fornecedor, através dos mecanismos de preço, proceder a essa repartição de custos sociais dos danos. É a justiça distributiva, que reparte equitativamente os riscos inerentes à sociedade de consumo entre todos, através dos mecanismos de preços, repita-se, e dos seguros sociais, evitando, assim, despejar esses enormes riscos nos ombros do consumidor individual.”*⁸⁸

Também oportuno, nesse passo, o ensinamento de ZELMO DENARI:

⁸⁷ WALD, Arnold. Curso de Direito Civil Brasileiro, Obrigações e Contratos, 10ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992. p. 482.

⁸⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 2ª ed. Editora Malheiros, 2001. p. 366.

Uma das considerações mais importantes, nesta sede, diz respeito ao caráter objetivo da responsabilidade do fornecedor. (...)

No entanto, uma sociedade civil cada vez mais reivindicante reclamava mecanismos normativos capazes de assegurar o ressarcimento dos danos, se necessário fosse, mediante sacrifício do pressuposto da culpa. A obrigação de indenizar sem culpa surgiu no bojo dessas idéias renovadoras por duas razões:

a) a consideração de que certas atividades do homem criam um risco especial para outros homens, e que

b) o exercício de determinados direitos deve implicar ressarcimento dos danos causados.

Estavam lançadas as sementes da teoria do risco que, partindo do suposto cuius commoda eius incommoda, abria o caminho para a desconsideração da culpa na reparação de determinados danos (...)⁸⁹

Na complexa dinâmica das relações sócio-econômicas do mundo pós-moderno, já não se compadece o Direito com a ideia de perquirir culpa se o dano ou prejuízo do consumidor decorreu do inerente risco da atividade de fornecimento de consumo, para a qual o fornecedor se propõe em razão de sua lucratividade. Noutros termos, se o fornecedor se propõe a realizar determinada atividade e ganha com isso, deve responder pelo risco que sua atividade representa para o consumidor, parte conceitualmente vulnerável na relação de consumo, *ex vi lege*.

O silogismo que a presente ação civil pública propõe é bastante simples: tratando-se de serviço público essencial de telecomunicações, as *falhas no fornecimento* geram transtornos e aborrecimentos aos usuários privados de sua prestação eficiente, além de

⁸⁹ DENARI, Zelmo, *et al.* Ob. cit. p. 187.

possíveis danos materiais. Esses sentimentos, decorrentes de conduta ilícita, são indenizáveis pelo abalo moral que provocam.

São essas falhas e essa ineficiência que explicam o grande número de reclamações e de ações judiciais registrados contra si nos Juizados Especiais de Barreiras.

O cabimento de indenização por dano moral é prevista na Constituição Federal (art. 5º, inc. V), no CDC (art. 6º, incs. VI e VII) e no Código Civil (arts. 186 e 927). Como ensina CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, o dano moral “decorre de injusta violação à situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, tutelada pela ordem civil-constitucional através da cláusula geral de tutela da pessoa humana (através da sua personalidade) que, por sua vez, se fundamenta no princípio maior de dignidade da pessoa humana”.⁹⁰

SÉRGIO CAVALIERI FILHO explica que “o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum”.⁹¹

No que concerne, de modo específico, aos serviços de telefonia, inúmeros precedentes admitem expressamente o cabimento de indenização pelo dano moral decorrente de falhas em sua prestação.

A conclusão que emerge da lei e da jurisprudência é, portanto, uma só: o consumidor merece respeito; não pode ser submetido a situações desgastantes.

⁹⁰ *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense. Vol. II, 21ª. ed., p. 382.

⁹¹ *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 3ª ed., p. 92.

No caso da ré, os relatos formulados nas representações encaminhadas ao Ministério Público, bem como a manifestação do Poder Público Municipal de Barreiras, dando conta dos diversos impactos no serviço público em decorrência das deficiências da telefonia móvel, não deixam dúvida acerca das situações aflitivas que vêm vitimando os consumidores de Barreiras. Deveras, a impossibilidade de realizar chamadas em momentos de emergência e urgentes, as constantes interrupções, a impossibilidade de acessar e-mails ou mesmo aplicativos de comunicação, a impossibilidade de acessar a rede mundial de internet, a frustração pela falta de solução satisfatória, a falta de informação, são todas circunstâncias capazes de causar os sentimentos caracterizadores do dano moral: desconforto, aborrecimento, transtorno, receio, decepção, constrangimento e humilhação. Tudo isso, gera a descrença no sistema judiciário, na agência reguladora e em todos os setores de proteção do consumidor em Barreiras, gerando o **dano moral coletivo**.

Como restou demonstrado, o serviço de telefonia móvel prestado pela ré em Barreiras tem se mostrado, há muito tempo, inadequado para os fins que razoavelmente dele se espera, o que configura vício do serviço, ensejando a responsabilidade do fornecedor, no caso a empresa ré.

A responsabilidade da ré decorre não só do inadimplemento contratual (contrato de adesão de prestação de serviço de telefonia móvel), a que fazem menção os artigos 20 e 22 do CDC, como também do fato de a demandada não cumprir com a obrigação de assegurar a boa execução do contrato, colocando no mercado serviço em perfeitas condições de uso ou fruição (**VÍCIO DO SERVIÇO**).

Assim, resta claramente demonstrada a responsabilidade da ré pelos danos sofridos pelos consumidores. Tais problemas decorrem da insuficiente estruturação, da

desidiosa falta de planejamento e, principalmente, da falta de investimento da empresa na ampliação da rede de acesso no Município de Barreiras, ao longo de anos.

Na responsabilização objetiva aplica-se a máxima latina *res ipsa loquitur*: a coisa fala por si. Se existe dano decorrente das falhas na prestação de serviço, há obrigação de indenizar. Ou seja, “comprovado o nexo de causalidade entre o fato e o dano dele decorrente, não há como negar-se a responsabilidade objetiva de indenizar”.⁹² E o **elevado número de ações judiciais contra si ajuizadas** – talvez apenas a “ponta do iceberg” – constituem comprovação inquestionável das freqüentes falhas no serviço detectadas no relatório da ANATEL e, conseqüentemente, dos danos que a ré vem causando.

No plano individual, ante a impossibilidade de se demonstrar a intensidade da dor, construiu-se, doutrinária e jurisprudencialmente, a teoria de que o dano é *in re ipsa*, ou seja, que ele é decorrente da demonstração de uma situação constrangedora consoante a lógica do razoável e da moralidade comum, não se prestando para reparar situações que não ultrapassam o mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação.

E, mais, na fixação do dano moral, o juiz, considerando as circunstâncias do caso concreto segundo as regras ordinárias, deve ter em vista o homem médio, tomando por paradigma o cidadão comum.

Se é assim no plano individual, deve-se aplicar idênticos parâmetros no tocante ao dano moral coletivo, consoante a precisa síntese de Carlos Alberto Bittar Filho (BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto brasileiro): “*Consiste*

⁹² STJ, REsp 262.866/MA, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 19.12.2003, DJ 29.03.2004, p. 181.

o dano moral coletivo na injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, na violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (damnum in re ipsa)”.

Assim, atualmente concebe-se na sociedade de massa, que o sujeito passivo de ato ilícito também pode ser uma coletividade. **Há dano moral coletivo quando a lesão causada pelo agente alcança interesses extra-patrimoniais ligados à coletividade, como p.ex., interesses dos consumidores.**

No caso em tela, a conduta da empresa ré em relação aos seus consumidores caracteriza dano moral coletivo, uma vez que prejudica o equilíbrio e a equidade que devem permear a relação entre fornecedores e consumidores, além de constituir prática contrária às obrigações impostas pela legislação consumerista e pelas normas específicas que regulam o setor de telefonia móvel. É de ressaltar ainda que a demandada auferiu lucros ilegítimos mediante a não prestação de serviços adequados: os consumidores pagam por uma cobertura de rede eficaz e adequada, mas recebem uma rede de telefonia cheia de falhas.

Impõe-se, nessa esteira, a condenação das demandadas ao pagamento de valor, a ser revertido ao fundo criado pelo artigo 13 da Lei n. 7.347/85, a título de dano extra-patrimonial coletivo, também denominado **dano moral coletivo**.

O dano moral coletivo tem arrimo no ordenamento jurídico pátrio. A redação do artigo 6º da Lei n. 8.078/90 elenca a reparação destes como um dos direitos básicos do consumidor:

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 (...)"

Nessa senda, com base na expressa previsão legal, a doutrina tem destacado a importância do dano moral coletivo na proteção dos direitos metaindividuais, sobressaltando seu **caráter punitivo**. Importante frisar que a comprovação de existência de culpa da demandada não é necessária, sendo imprescindível apenas a demonstração do dano, conforme os art. 12 e 14 do CDC.

A conduta lesiva da primeira ré, prestadora de um serviço público essencial, **ferre o sentimento de confiança que o consumidor mantém em face das concessionárias de serviço público e do próprio Estado.**

O sentimento de ter sido lesado e de falta de credibilidade para com a prestadora de serviços públicos faz com que **o usuário não acredite na idoneidade das instituições, dentre elas o Ministério Público e o Poder Judiciário**, enquanto entes destinados à proteção do consumidor.

Assim, o valor da indenização do dano moral coletivo a ser fixado deve observar, além do **enorme abalo causado na credibilidade de todo o sistema, a capacidade econômica da empresa ré**, a fim de que sirva para realmente inibir que práticas como esta se repitam. É imperioso que a justiça dê ao infrator resposta eficaz ao ilícito praticado, de modo a impedir a reiteração de condutas, sob pena de se cancelar e se estimular o comportamento desviado.

A intensidade do dano moral pode variar em cada caso, conforme as peculiaridades das falhas no serviço e no atendimento verificadas. *Daí a importância de que seja cobrada reparação a título coletivo, através de ação civil pública:*

É preciso enfatizar a importância da ação coletiva como instrumento útil para solver judicialmente questões que atingem um número infindo de pessoas, a todas lesando em pequenas quantidades, razão pela qual dificilmente serão propostas ações individuais para combater a lesão. Se o forem, apenas concorrerão para o aumento insuperável das demandas, a demorar ainda mais a prestação jurisdicional e concorrer para a negação da Justiça pela lentidão, de que tanto reclama a sociedade. A ação coletiva é a via adequada para tais hipóteses, e por isso deve ser acolhida sempre que presentes os pressupostos da lei, que foi propositada e significativamente o de liberar o sistema dos entraves da ação individual, pois pretendeu introduzir no nosso ordenamento medida realmente eficaz. (STJ, RESP nº 235.422-SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 19.10.2000, DJ de 18.12.2000-RSTJ 146/357)

Há certos direitos e interesses individuais homogêneos que, quando visualizados em seu conjunto, de forma coletiva e impessoal, passam a representar mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, mas verdadeiros interesses sociais, sendo cabível sua proteção pela ação civil pública. (STJ, REsp 95.347/SE, Rel. Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma, julgado em 24/11/1998, DJ 01/02/1999 p. 221)

Em casos assim, de dispersão muito grande de consumidores lesados e de insignificância da lesão na perspectiva individual, haverá certamente **relevância social na tutela coletiva**, para que o fornecedor seja obstado no prosseguimento da prática ilícita”.⁹³

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA afirma que nos interesses individuais homogêneos “a soma é algo mais do que simplesmente o conjunto das parcelas, exatamente porque o fenômeno assume, no contexto social, um **impacto de massa**”.⁹⁴

E o *valor da indenização*, cuidando-se de dano moral, deve ser fixado com caráter inibidor, visando desestimular o causador dos danos a reincidir na prática lesiva, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

A indenização por dano moral objetiva compensar a dor moral sofrida pela vítima, punir o ofensor e desestimular este e outros membros da sociedade a cometerem atos dessa natureza. (AgRg no Ag 598.700/SP, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 08.03.2005, DJ 18.04.2005, p. 314)

A indenização tem, além do escopo reparatório, a finalidade de desestimular o ofensor a repetir o ato. (REsp 348.388/RJ, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 07.10.2004, DJ 08.11.2004, p. 232)

A indenização deve ser suficiente para desestimular aquele que causou o dano, no sentido de que não venha a provocá-lo novamente. (REsp 334.781/PR, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 03.05.2005, DJ 13.06.2005, p. 225)

⁹³ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, 6ª ed. Forense Universitária, São Paulo, 1999, (vários autores), pp. 735-736. Destaques não originais.

⁹⁴ *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*, Revista de Processo nº 61, p. 188.

A presente ação pretende, portanto, que a ré, condenada ao pagamento de indenização, passe a tomar as providências necessárias para evitar que semelhantes episódios voltem a ocorrer no futuro, com tamanha frequência. Pretende que os consumidores sejam doravante tratados com mais respeito e consideração.

E, nessa perspectiva, é correto considerar que a presente ação também tutela interesses difusos, de um universo indeterminado de consumidores que podem ser beneficiados pelo acolhimento do pedido. É que o valor da indenização, cuidando-se de dano moral, quando fixado com **caráter inibidor**, tem o condão de desestimular o causador dos danos a reincidir na prática lesiva. É profilaxia para prevenir a recidiva.

Não podem ficar sem consideração, ainda, os graves prejuízos que a atuação da empresa vem causando ao funcionamento dos serviços públicos municipais de Barreiras **(fls. 149/156 Do Inquérito Civil)**. Assim, além dos prejuízos diretos provocados a seus assinantes, devem ainda ser computados na presente ação os **prejuízos indiretos, sofridos por milhares de cidadãos de Barreiras, com a perda da qualidade de atendimento dos serviços públicos municipais**.

Não é demais dizer ainda dos prejuízos reflexos para a sociedade decorrentes da avalanche de ações judiciais envolvendo a ré, que absorvem parte significativa dos recursos do Poder Judiciário, que poderiam ser empregados na solução de outros conflitos ou na impressão de maior celeridade ao sistema judiciário.

Daí porque a indenização deve ser efetivamente onerosa para o infrator. E não há melhor forma de onerar o infrator empresário que sensibilizá-lo nos lucros. A indenização deve representar então um agravo incidente sobre o faturamento da ré.

7 – DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

O art. 6, inciso III do CDC permite a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, como corolário do acesso efetivo à justiça e defesa dos seus direitos, notadamente em face da sua vulnerabilidade.

No ramo de telefonia, é patente a superioridade técnica da ré, fornecedora do serviço, frente aos seus consumidores, visto ser praticamente impossível que estes consigam as informações necessárias à comprovação da má prestação de serviço generalizada ou das medidas necessárias e eficazes para fazer cessar o abuso praticado.

Em face da especificidade da tecnologia que circunda a matéria, mesmo para o Ministério Público foi dificultoso produzir avaliação técnica sobre a atividade das operadoras, durante a tramitação do Inquérito Civil Nº 593.0.82892/2014, tendo passado **mais de um ano coletando dados junto à ANATEL** para conseguir compor a prova até aqui exposta.

Assim, impõe-se a inversão do ônus da prova, já no início da demanda, de modo a que a ré comprove, se for de seu interesse, o cumprimento de todos os termos contratados ou ofertados aos consumidores e impostos pelo CDC, pela Lei Geral das Telecomunicações, pelo Regulamento de Gestão da Qualidade do Serviço de Comunicação Multimídia (RGQ-SCM), aprovado pela Resolução 574 de 28/10/2011, o Regulamento de Gestão da Qualidade da Prestação do Serviço Móvel Pessoal (RGQ-SMP) aprovado pela Resolução 575 de 28/10/2011 da ANATEL, bem como não ter causado qualquer dano ou prejuízo aos consumidores.

8 - DO PEDIDO LIMINAR

Diante da prestação de serviço essencial à sociedade de maneira deficitária pelas demandadas, faz-se necessária uma ação efetiva e imediata, até a decisão final desta ação civil pública, posto ser relevante o fundamento jurídico da demanda.

As provas trazidas aos autos, de natureza documental, conforme apresentadas, **são inequívocas demonstrações da lesão a direitos, eis que comprovam a má prestação do serviço de telefonia móvel no Município de Barreiras pela empresa ré.** Todos os documentos acostados nos autos demonstram claramente a inadequada prestação do serviço pela empresa ré, em evidente afronta à Constituição Federal (artigo 175), à Lei n. 8.987/1995 (artigo 6º) e ao Código de Defesa do Consumidor (artigo 22).

A verossimilhança ou *fumus boni juris* exsurge dos argumentos jurídicos até aqui expostos, corroborado pelo relatório de fiscalização da ANATEL, que definiu tecnicamente as irregularidades perpetradas pela operadora ré, conforme mencionado nesta ação. Além disso, o direito à saúde, à educação, ao setor bancário, à informação (este, via internet), à segurança pública, à justiça e ao trabalho, todos atingidos pela deficiência do serviço público de telefonia, estão assegurados na própria Carta Política, tal qual demonstrado acima, e, também, porque a peremptória recusa da demandada em prestar um bom serviço, objeto da presente lide civil, representa uma inequívoca ofensa aos direitos explicitados nos arts. 6º, VIII, e 22, ambos do CDC.

De outro lado, o *periculum in mora* resta também evidente, tendo em vista que a ré não está prestando serviço minimamente adequado, ou seja, contínuo, eficaz, seguro e geral. Além disso, a demora na prestação jurisdicional acarretará a continuidade da prática ilícita, continuando os consumidores a serem lesados, por não poder se comunicar por meio da rede de telefonia da operadora ré e nem acessar os dados pela rede de internet, dificultando suas atividades diárias de trabalho, lazer e sociais de maneira geral, fato que se renova a cada dia e somente com a intervenção do Poder Judiciário, é capaz de se cessar. Ademais, os consumidores de Barreiras não podem ficar desassistidos, desamparados mesmo, do serviço público de vital importância, que é a telefonia móvel e internet móvel. Na hipótese de doença, não se consegue contatar com outros hospitais ou médicos, tampouco se consegue comprar medicamentos. Em caso de se buscar informações sobre pessoas, isso na área da segurança pública, também se torna inviável. As pessoas não conseguem avisar os seus familiares sobre doenças, falecimentos, acidentes, etc.

Os cidadãos não obtêm êxito na tentativa de acionar a Segurança Pública, nem a Justiça, nesta e noutras Cidades. Enfim, os transtornos são enormes e irreparáveis são os prejuízos causados a todos os consumidores desse serviço público.

O próprio Poder Público municipal deixou assentado no Ofício PGM 642/2014 (fls. 149/156 do IC anexo), o evidente *periculum in mora* ao qual estão submetidos não apenas os consumidores, mas todos os cidadãos de Barreiras, em face das dificuldades enfrentadas por diversos órgãos voltados à prestação de serviços públicos essenciais à população, como atendimento de emergência, saúde pública e segurança, vez que a falta de comunicação proveniente da ineficiência das operadoras (VIVO, TIM, CLARO e OI), ocasiona a não prestação de forma eficiente, destes serviços em decorrência da ausência da rede de comunicação, seja de voz, seja de dados:

- **Vigilância Sanitária Municipal**: “... que durante algum tempo não é confiável a comunicação de transmissão de dados, internet e telefonia móvel em nosso município, o que **tem dificultado enormemente o desenvolvimento dos trabalhos da Vigilância Sanitária**; o acesso da população ao nosso atendimento fica restringida pela falta de comunicação, o que atrapalha muito a comprovação da irregularidade pela nossa instituição”.
- **Guarda Municipal**: “... **serviço de telefonia móvel é condição essencial para o bom andamento das atividades laborativas da Guarda Civil Municipal de Barreiras**; A operadora mais usada é a VIVO, sendo que seu serviço (qualidade de sinal) deixa muito a desejar, a semelhança das demais”.

• **SAMU:** “... que o Serviço Móvel de Atendimento de Urgência (SAMU 192), através de sua Central de Regulação de Urgência utiliza o sistema da operadora OI, onde **nos últimos meses temos enfrentado graves problemas de telefonia**; Onde as principais queixas são: ausência de sinal, ligação não completa, interrupções durante as ligações e a baixa qualidade da comunicação, **situação vivenciada também constantemente quando as ligações são originadas de celulares das operadoras VIVO, TIM e CLARO**; que todos esses problemas **relatados acarretam no mau funcionamento do sistema e conseqüentemente na morosidade da assistência aos municípios, nos impossibilitando de prestar assistência adequada e em tempo hábil à população** da nossa área de abrangência, e as bases dos 22 que compõe a Regional de Barreiras/Ibotirama”.

Assim, presente o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* aptos a ensejar confecção de provimento jurisdicional liminar, torna-se medida de urgência a concessão de **DECISÃO LIMINAR INAUDITA ALTERA PARS**, no sentido de que seja a ré compelida a:

- a) **abster-se de comercializar novas assinaturas ou habilitar novas linhas no Código Nacional 77 e de proceder à implementação de portabilidades de códigos de acesso de outras operadoras para a operadora ré**, persistindo tal proibição até que a ré comprove a instalação e funcionamento dos equipamentos necessários e suficientes para atender às demandas dos consumidores que ela possui atualmente no Município de Barreiras, inclusive quanto à demanda reprimida em função da má prestação do serviço, a efetiva e integral prestação do serviço nos moldes contratados e ofertados, inclusive velocidade de conexão e transmissão, com o ateste da ANATEL e de perícia a ser por ela custeada acaso deseje. Requer a fixação da **pena de pagamento de multa no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para cada nova linha habilitada, nova assinatura comercializada ou portabilidade realizada;**

- b) **apresentar, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, projeto de melhorias da rede**, nos moldes a atender as necessidades mencionadas no item acima, com a anuência da ANATEL, no que tange à efetividade do projeto, considerando-se os atuais níveis de deficiências detectadas nos relatórios da agência, bem como a demanda reprimida e inicie sua implementação no prazo 30 (trinta) dias subsequentes a tal apresentação ou em outro prazo que V.Exa. entender adequado, emitindo relatório trimestral, a ser encaminhando a esse juízo; Requer a fixação da **pena de pagamento de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para a não apresentação do projeto;**
- c) **Se abstenha de cobrar nas faturas dos seus consumidores do código nacional 77 ativos no município de Barreiras (fl.98 do IC e 164 dos autos) quaisquer valores adicionais à franquia básica de voz, que correspondam ao serviço de franquia de dados 2G ou 3G, ou outra superior, nos valores constantes da informação prestada pela operadora à fl. 99 do IC,** providenciando imediata redução na fatura dos consumidores; **quanto aos usuários de planos pré-pagos, aplique aos consumidores ativos no município de Barreiras (fl.98 do IC e 164 dos autos) o desconto no percentual de 50% (cinquenta por cento)** dos valores das recargas aplicadas nacionalmente; tudo isso até a efetiva e integral prestação do serviço nos moldes contratados e ofertados, inclusive velocidade de conexão e transmissão, com o ateste da ANATEL e de perícia a ser por ela custeada acaso deseje. Requer a fixação da **pena de pagamento de multa no valor de R\$ 1.000,00 (hum mil reais), para cada fatura mensal em que conste a cobrança indevidamente realizada, bem como pagamento de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) pela não implemento do desconto nas recargas de planos pré-pagos;**

- d) **Apresentar, no prazo de 15 (quinze) dias, em mídia digital, a listagem completa,** com os dados cadastrais, de todos os seus consumidores ativos no município de Barreiras (fl. 98 do IC) desde janeiro de 2013 e posteriores exclusões. Requer a fixação da **pena de pagamento de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para atraso na sua apresentação;**

Assim sendo, presentes os pressupostos legais autorizadores da medida liminar requerida, acompanhados de **provas robustas** – inclusive pericial e documental – da plausibilidade jurídica e da **baixa qualidade dos serviços** prestados, o **perigo da demora** reside na constatação de que o aumento da demanda pelos serviços acarreta a sobrecarga – e possível colapso – das estruturas do serviço das operadoras, de maneira a potencializar o **risco efetivo ao serviço público**, além da constatação de que a tardia prestação jurisdicional amplia o **enriquecimento ilícito da ré** e os **prejuízos aos consumidores**.

9 - DOS PEDIDOS FINAIS

Pelo exposto, requerem o Ministério Público e o Município de Barreiras a prolação de sentença que julgue integralmente procedente a presente ação civil pública, para acolher o seguinte pedido:

a Confirmação da decisão liminar, cautelar ou antecipatória, expostos no item 8 retro, nos termos lá alinhavados;

b) a citação da ré para, querendo, contestar a presente ação;

c) seja julgada totalmente procedente a demanda, para:

c.1) Condenar a ré a prestar o serviço de telefonia móvel pessoal e internet, de maneira adequada, segura, eficiente, de modo a adequar os níveis indicadores de rede previstos no Regulamento de Gestão da Qualidade do Serviço de Comunicação Multimídia (RGQ-SCM), aprovado pela Resolução 574 de 28/10/2011, bem como os níveis de Taxa de Conexão de Dados, Taxa de Desconexão de Dados, Taxa de Conexão de Dados 2G, Taxa de Desconexão de Dados 2G, Taxa de Conexão de Dados 3G, Taxa de Desconexão de Dados 3G, Taxa de Conexão de Voz e Taxa de Desconexão de Voz, aos níveis Referência previstos no Regulamento de Gestão da Qualidade da Prestação do Serviço Móvel Pessoal (RGQ-SMP) aprovado pela Resolução 575 de 28/10/2011 da ANATEL, bem como cumprir **com o quanto ofertado aos consumidores em sua totalidade**, seja na área de cobertura, seja na qualidade da transmissão de voz, seja na qualidade e velocidade de conexão 2G, 3G e demais tecnologias, seja na transmissão de dados, afastadas cláusulas abusivas, cuja declaração de nulidade se requer adiante.

c.2) que sejam **declaradas nulas e abusivas** aos direitos dos consumidores as cláusulas constantes dos itens **“2.1.3” (fl. 50 do IC) “2.1.4” e “2.1.2” (fl.137 do IC)** dos Contratos de prestação de Serviços firmados entre a ré e os consumidores, porquanto diminuem ou

restringem a garantia legal de qualidade dos serviços em face do disposto nos artigos 20, 24, 25, 51, I, IV e XV do CDC.

c.3) condenar a demandada, por sentença, a título de **dano moral coletivo**, ao pagamento de quantia a ser arbitrada por V. Exa., que será revertida a fundo, nos termos do art. 13 da Lei 7.347/85, depositada em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária;

c.4) a dispensa do pagamento de custas, emolumentos e outros encargos, desde logo, em face do previsto no artigo 18 da Lei nº 7.347/85 e do art. 87 da Lei nº 8.078/90, bem como a condenação da Requerida ao pagamento das custas processuais, com as devidas atualizações monetárias;

c.5) a condenação da ré ao pagamento de indenização, por **danos individuais homogêneos**, correspondente a 50% (cinquenta por cento) dos valores contratados por cada um de seus usuários-contratantes, entre janeiro de 2013 até a efetiva comprovação de adequação da prestação dos serviços, nos termos do item “c.1”supra, a ser implantado através de crédito a ser abatido em contas futuras ou de pagamento em favor dos que já se desligaram do serviço;

c.6) a condenação da ré ao recolhimento ao Fundo de Direitos Difusos e Coletivos (FDDC) ou Fundo de Defesa do Consumidor (FDC), devidamente atualizados ao tempo da sentença e do recolhimento, pelos índices legalmente aplicáveis dos valores referentes ao item “c.5” supra, que não forem reclamados pelos consumidores nem implantados em suas contas, após um ano da exequibilidade da sentença condenatória;

d) sejam as intimações do Primeiro Autor feitas pessoalmente, mediante entrega dos autos com vista na 9ª Promotoria de Justiça de Barreiras, situada na Rua Guarujá, 920, Bairro Jardim Imperial, CEP 47.804-260, Barreiras-Ba, em razão do disposto no art. 236, § 2º, do Código de Processo Civil e no art. 199, inc. XVIII, da Lei Complementar Estadual nº 11, de 18.01.1996 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado da Bahia), e do Segundo Autor na pessoa da sua Procuradora Geral do Município, no endereço respectivo;

e) a inversão do ônus da prova, na forma do artigo 6, VIII do CDC, por se tratar de demanda de proteção ao consumidor, fundamentando-se este pleito tanto na verossimilhança das afirmações quanto na hipossuficiência dos consumidores, segundo os fundamentos já expostos;

f) a publicação do edital ao qual se refere o art. 94 do CDC;

g) protesta provar o alegado por todos os meios de prova admitidos em direito, especialmente pela produção de prova testemunhal e pericial, e, caso necessário, pela juntada de documentos, e por tudo o mais que se fizer indispensável à cabal demonstração dos fatos articulados na presente inicial.

Acompanham esta petição inicial os documentos inclusos, especialmente os **autos originais do Inquérito Civil de Nº 593.0.82892/2014, que tramitou perante a 9ª Promotoria de Justiça de Barreiras, totalizando 203 folhas.**

Atribui à causa o valor de R\$ 5.525.632,80 (cinco milhões, quinhentos e vinte e cinco mil, e seiscientos e trinta e dois reais e oitenta centavos), valor este obtido

considerando o quantitativo de usuários aptos a utilizar os serviços de transmissão de dados por meio da tecnologia 3G neste município (fl. 98 do IC), multiplicado pela menor franquia mensal de dados informada à fl. 99, multiplicado pelos 24 meses de ineficiência identificada pelos relatórios da ANATEL acostados aos autos).

Termos em que,

Pede deferimento.

Barreiras, 16 de abril de 2015.

ALEX Santana NEVES
Promotor de Justiça
9ª Promotoria de Justiça de Barreiras

ROSANA Carmo BRIGLIA
Procuradora Geral do Município
Município de Barreiras

JURISPRUDÊNCIAS

Idoso – plano de saúde

STF

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSUMIDOR. APLICAÇÃO DO ESTATUTO DO IDOSO A CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE FIRMADO ANTERIORMENTE À SUA VIGÊNCIA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO PLENÁRIO VIRTUAL. ARE 630.852-RG. TEMA 381. DEVOLUÇÃO DO FEITO AO TRIBUNAL DE ORIGEM (ART. 328, PARÁGRAFO ÚNICO, DO RISTF).

Decisão: O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da controvérsia sub examine, em que se discute a aplicabilidade da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) a contratos de plano de saúde firmados antes de sua vigência, nos autos do RE 630.852-RG, Rel. Min. Rosa Weber, Plenário Virtual, Tema 381, DJe 31/5/2011. A decisão restou assim da: PLANO DE SAÚDE. AUMENTO DA CONTRIBUIÇÃO EM RAZÃO DE INGRESSO EM FAIXA ETÁRIA DIFERENCIADA. APLICAÇÃO DA LEI 10.741/03 (ESTATUTO DO IDOSO) A CONTRATO FIRMADO ANTES DA SUA VIGÊNCIA. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. In casu, o acórdão recorrido manteve a sentença, a qual assentou: No que pertine A ao reajuste por faixa etária, apriori, cumpre destacar que no caso aplica-se as disposições do Estatuto do Idoso, ainda que posterior à celebração do contrato, por se tratar de norma de ordem pública, com aplicação imediata, consoante ensina a jurisprudência.” Verifica-se, portanto, que a matéria abordada pelo acórdão recorrido será examinada pelo Plenário desta Corte quando do julgamento do mérito do leading case mencionado. Ex positis, com fundamento no artigo 328, parágrafo único, do RISTF (na redação da Emenda Regimental 21/2007), determino a devolução do feito ao Tribunal de origem, para que seja observado o disposto no artigo 543-B do Código de Processo Civil. Publique-se. Brasília, 24 de novembro de 2014. Ministro LUIZ FUX Relator Documento assinado digitalmente.

(STF - RE: 843995 MG, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 24/11/2014, Data de Publicação: DJe-233 DIVULG 26/11/2014 PUBLIC 27/11/2014).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CIVIL E CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE POR FAIXA ETÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO E DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS: INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS NS. 279 E 454 DO SUPREMO

TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE OFENSA CONSTITUCIONAL DIRETA. APLICABILIDADE DO ESTATUTO DO IDOSO AOS CONTRATOS ANTERIORES À SUA VIGÊNCIA. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL: RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 630.852. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

Relatório

1. Agravo nos autos principais contra inadmissão de recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, al. a, da Constituição da República contra o seguinte julgado da Quinta Turma Recursal do Juizados Especiais da Bahia: RELAÇÃO DE CONSUMO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE ENVOLVENDO PESSOA IDOSA. REAJUSTE DE MENSALIDADE EM FUNÇÃO DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. RECONHECIMENTO DA ABUSIVIDADE DO AUMENTO PRETENDIDO PELA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE POR MALFERIR NORMAS E PRINCÍPIOS CONSAGRADOS DO CDC E NO ESTATUTO DO IDOSO. MANUTENÇÃO INTEGRAL DA SENTENÇA. NÃO PROVIMENTO DO RECURSO (Evento n. 18).

2. A Agravante alega contrariedade aos arts. 5º, incs. XXXV, XXXVI, LIV, LV, e 93, inc. IX, da Constituição da República. Assevera, no recurso extraordinário, que os aumentos das contribuições dos planos coletivos não se encontram vinculados ao índice de reajuste que a ANS determina aos demais planos individuais, mas sim às necessidades de manutenção do equilíbrio econômico do programa e à real necessidade, desde que comprovada por estudo atuarial (Evento n. 3). Sustenta a inaplicabilidade da Lei n. 10.741/2003 aos contratos de planos privados de assistência à saúde firmados anteriormente à [sua] vigência (Evento n. 3). Na petição de agravo, a Agravante reitera os argumentos formulados no recurso extraordinário e defende a ofensa direta à Constituição da República.

3. O Tribunal de origem inadmitiu o recurso extraordinário ao fundamento de incidência da Súmula n. 454 do Supremo Tribunal Federal. Examinados os elementos havidos nos autos, DECIDO.

4. O art. 544 do Código de Processo Civil, com as alterações da Lei n. 12.322/2010, estabeleceu que o agravo contra inadmissão de recurso extraordinário processa-se nos autos do recurso, ou seja, sem a necessidade de formação de instrumento, sendo este o caso. Analisam-se, portanto, os argumentos postos no agravo, de cuja decisão se terá, na sequência, se for o caso, exame do recurso extraordinário.

5. Razão jurídica não assiste à Agravante.

6. A alegação de contrariedade ao art. 93, inc. IX, da Constituição da República não pode prosperar. Embora em sentido contrário à pretensão da Agravante, o acórdão recorrido

apresentou suficiente fundamentação. Firmou-se na jurisprudência deste Supremo Tribunal: O que a Constituição exige, no art. 93, IX, é que a decisão judicial seja fundamentada; não, que a fundamentação seja correta, na solução das questões de fato ou de direito da lide: declinadas no julgado as premissas, corretamente assentadas ou não, mas coerentes com o dispositivo do acórdão, está satisfeita a exigência constitucional (RE 140.370, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 21.5.1993).

7. A apreciação do pleito recursal demandaria análise do conjunto probatório constante dos autos e da cláusula do contrato firmado entre as partes, inviável de ser adotado validamente em recurso extraordinário, conforme dispõem as Súmulas ns. 279 e 454 do Supremo Tribunal Federal: DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE DE MENSALIDADE. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. INTERPRETAÇÃO DE CONTRATO. ÓBICE DA SÚMULA 454/STF. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 5º, II E XXXVI, DA LEI MAIOR. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO VIABILIZA O MANEJO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO DISPONIBILIZADO EM 22.6.2012. O exame da alegada ofensa ao art. 5º, II e XXXVI, da Constituição Federal dependeria de prévia análise da legislação infraconstitucional aplicada à espécie, o que refoge à competência jurisdicional extraordinária, prevista no art. 102 da Constituição Federal. A análise da ocorrência de eventual afronta aos preceitos constitucionais invocados no apelo extremo demandaria a análise da legislação infraconstitucional e das cláusulas contratuais, o que é vedado a esta instância extraordinária. Aplicação da Súmula 454/STF: Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido (RE 750.324-AgR, RE 750.324-AgR, Relatora a Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 8.11.2013). AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. MENSALIDADE. MAJORAÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (ARE 742.768-AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 13.6.2013). AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL: OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS E DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS: SÚMULAS NS. 279 E 454 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (RE 797.343-AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 4.4.2014). AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. REAJUSTE POR FAIXA ETÁRIA. ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SÚMULA 454/STF. PRECEDENTES. OFENSA REFLEXA. 1. O reajuste por faixa etária dos planos de saúde, quando sub judice a controvérsia, implica a análise da legislação infraconstitucional aplicável à espécie,

bem como a interpretação de cláusulas contratuais, o que torna inviável o recurso extraordinário a teor do Enunciado da Súmula 454 do Supremo Tribunal Federal, verbis: Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário. Precedentes: AI 633.761-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma DJe de 20/4/2012, e RE 797.343-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 25/03/2014. 2. In casu, o acórdão extraordinariamente recorrido manteve a sentença por seus próprios fundamentos, a qual julgou improcedente o pedido formulado nos seguintes termos: Logo em havendo previsão expressa dos percentuais de aumento em caso de deslocamento da faixa etária no contrato firmado entre as partes, o que possibilitou a parte autora a opção de contratar ou não a ré, outra alternativa não resta senão a improcedência. Ante o exposto, julgo improcedente a presente ação. 3. Agravo regimental DESPROVIDO (ARE 810.615-AgR, Relator o Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 2.9.2014)

8. No julgamento do Recurso Extraordinário n. 630.852, Relatora a Ministra Ellen Gracie, este Supremo Tribunal assentou inexistir repercussão geral sobre a questão relativa à aplicação do Estatuto do Idoso [Lei n. 10.741/2003], a contrato de plano de saúde firmado anteriormente a sua vigência (Tema n. 381): PLANO DE SAÚDE. AUMENTO DA CONTRIBUIÇÃO EM RAZÃO DE INGRESSO EM FAIXA ETÁRIA DIFERENCIADA. APLICAÇÃO DA LEI 10.741/03 (ESTATUTO DO IDOSO) A CONTRATO FIRMADO ANTES DA SUA VIGÊNCIA. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL (DJe 31.5.2011). Declarada a ausência de repercussão geral, os recursos extraordinários e agravos suscitando a mesma questão constitucional devem ter o seu seguimento negado pelos respectivos relatores, conforme o art. 327, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Nada há, pois, a prover quanto às alegações da Agravante.

9. Pelo exposto, nego seguimento ao agravo (art. 544, § 4º, inc. II, al. a, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Publique-se. Brasília, 16 de fevereiro de 2015. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora.

(STF - ARE: 862148 BA, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 16/02/2015, Data de Publicação: DJe-034 DIVULG 20/02/2015 PUBLIC 23/02/2015).

Decisão: Trata-se de agravo interposto contra decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário que impugna acórdão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia assim do:

RECURSO INOMINADO. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE ABUSIVO. MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. CONSUMIDOR QUE ATINGIU A IDADE DE 60 ANOS APÓS A VIGÊNCIA DO ESTATUTO DO IDOSO.

PROIBIDO O AUMENTO EM RAZÃO DA IDADE. JULGAMENTO DE ACORDO COM O ART. 15, § 3º DO ESTATUTO DO IDOSO. IMPROVIMENTO DO RECURSO. (fl. 107)

No recurso extraordinário interposto com fundamento no artigo 102, III, a, da Constituição Federal, sustenta-se, preliminarmente, a repercussão geral da matéria. No mérito, aponta-se ofensa aos artigos 5º, XXXV, XXVI, LIV, LV; e 93, IX, do texto constitucional. Defende-se, em síntese, falta de fundamentação no acórdão impugnado. É o relatório. Decido.

O recurso não merece prosperar. Isso porque esta Corte já firmou entendimento no sentido de que incumbe ao recorrente, no momento da interposição do extraordinário, o ônus de recolher o respectivo preparo, sob pena de deserção. Sobre esse aspecto, cito os acórdãos do AI-AgR 708.559, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 27.3.2009; e do AI-AgR 522.181, rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, DJe 17.9.2010, cuja ementa transcrevo: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. NÃO-COMPROVAÇÃO DO RECOLHIMENTO DAS CUSTAS POR OCASIÃO DA INTERPOSIÇÃO DO recurso EXTRAORDINÁRIO, NEM NO PRAZO FIXADO PELA INSTÂNCIA JUDICANTE DE ORIGEM. DESERÇÃO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme quanto à necessidade de comprovação do recolhimento do preparo no momento da interposição do recurso, ou no prazo fixado judicialmente para essa finalidade. Deserção por irregularidade do preparo. 2. Agravo regimental desprovido. Ante o exposto, conheço do presente agravo para negar-lhe provimento (art. 544, § 4º, II, a, do CPC). Publique-se. Brasília, 11 de setembro de 2014. Ministro Gilmar Mendes Relator Documento assinado digitalmente

(STF - ARE: 775848 BA, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 11/09/2014, Data de Publicação: DJe-180 DIVULG 16/09/2014 PUBLIC 17/09/2014)

ENERGIA ELÉTRICA

**

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 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. DIREITO CONSUMERISTA. COBRANÇA UNIFICADA DA CONTRIBUIÇÃO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA COM A TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA. COERÇÃO PARA O PAGAMENTO CONJUNTO. LEGALIDADE DA COBRANÇA DA CONTRIBUIÇÃO PARA CUSTEIO DA ILUMINAÇÃO PÚBLICA NA FATURA DE CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDIU A CONTROVÉRSIA À LUZ DE INTERPRETAÇÃO

CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. SÚMULA 07/STJ.

1. O Ministério Público ostenta legitimidade para a propositura de Ação Civil Pública em defesa de direitos transindividuais, como sói ser a pretensão de emissão de faturas de consumo de energia elétrica, com dois códigos de leitura ótica, informando de forma clara e ostensiva os valores correspondentes à contribuição de iluminação pública e à tarifa de energia elétrica, ante a ratio essendi do art. 129, III, da Constituição Federal, arts. 81 e 82, do Código de Defesa do Consumidor e art. 1º, da Lei 7.347/85. Precedentes do STF (AGR no RE 424.048/SC, DJ de 25/11/2005) e S.T.J (RESP 435.465/MT, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18.08.2009; REsp 806304/RS, PRIMEIRA TURMA, DJ de 17/12/2008; REsp 520548/MT, PRIMEIRA TURMA, DJ 11/05/2006; REsp 799.669/RJ, PRIMEIRA TURMA, DJ 18.02.2008; REsp 684712/DF, PRIMEIRA TURMA, DJ 23.11.2006 e AgRg no REsp 633.470/CE, TERCEIRA TURMA, DJ de 19/12/2005).

2. In casu, o pedido veiculado na ação coletiva ab origine não revela pretensão de índole tributária, ao revés, objetiva a condenação da empresa concessionária de energia elétrica à emissão de faturas de consumo de energia elétrica, com dois códigos de leitura ótica, informando de forma clara e ostensiva os valores correspondentes a contribuição de iluminação pública e à tarifa de energia elétrica, fato que, evidentemente, afasta a vedação encarta no art. 1º, parágrafo único, da Lei 7.347/95 (Lei da Ação Civil Pública).

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. O Parquet sob o enfoque pós-positivista legitima-se a toda e qualquer demanda que vise à defesa dos interesses difusos, coletivos e sociais sob o ângulo material ou imaterial.

6. As ações que versam interesses individuais homogêneos 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.

7. A ação em si não se dirige a interesses individuais, mercê de a coisa julgada in utilibus poder ser aproveitada pelo titular do direito individual homogêneo se não tiver promovido ação própria.

8. 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.

9. Fundando-se o Acórdão recorrido em interpretação de matéria eminentemente constitucional, descabe a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Carta Maior, pertence ao Colendo STF, e a competência traçada para este Eg. STJ restringe-se unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional. 12. In casu, a questão relativa à legalidade da cobrança da contribuição para custeio da iluminação pública na fatura de consumo de energia elétrica foi solucionado pelo Tribunal local à luz da exegese do art. 149-A, parágrafo único, da Constituição Federal, verbis: "É bom salientar que após a publicação da EC nº 39/2002, ficou facultado ao Município cobrar a contribuição para custeio da iluminação pública na fatura de consumo de energia elétrica. Entretanto, entendo que a cobrança casada, agora constitucionalmente prevista, deve ser feita de tal forma que possa o contribuinte optar pelo pagamento unificado ou, ainda, pelo individual dos montantes. Daí por que se demonstra relevante a Resolução nº 456/00, da autoria da Aneel, na qual, a par de possibilitar a inclusão na conta da concessionária de energia, de pagamentos advindos de outros serviços, determina que, para tanto, sejam os consumidores consultados, para, livremente, caso queiram, optarem pelo pagamento conjunto e unificado. Nesse rumo, tem-se que não se discute no caso dos autos a consignação da cobrança da Taxa de Iluminação Pública, ou ainda, Contribuição para o custeio de tal serviço, com a cobrança da tarifa de consumo de energia elétrica, que inclusive foi autorizado pela Constituição Federal, o que se veda é tão-somente compelir o contribuinte a pagar, em conjunto, todo o montante da fatura, sob pena de corte no fornecimento de energia elétrica de sua residência, previsto em caso de inadimplemento da tarifa. O que se denota, portanto, é que a forma que a apelada vem emitindo a fatura de cobrança de energia elétrica afigura-se ilegal e abusiva, pelo só fato de impossibilitar os consumidores de optarem pelo pagamento da Contribuição de Iluminação Pública ou da tarifa de energia elétrica, sem que sejam compelidos a pagar, em conjunto, todo o montante.

10. O Recurso Especial não é servil ao exame de questões que demandam o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, em face do óbice erigido pela Súmula 07/STJ, sendo certo que, in casu, a questão relativa à necessidade de citação dos municípios para integrarem

a lide, na qualidade de litisconsorte passivos, foi decidida pelo Tribunal local à luz do contexto fático-probatório encartado nos autos, mormente as disposições constantes dos convênios celebrados pelos municípios e pela empresa concessionária de energia elétrica, ora Recorrente, consoante se infere do excerto do voto condutor do acórdão hostilizado:"(...) No mesmo rumo, é de se rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva da Cia. Força & Luz Cataguases Leopoldina, já que, nos termos do convênio firmado com os Municípios, é ela quem procede à cobrança conjunta ora questionada, devendo, por certo, responder pela querela 'sub judice', razão por que também afasto tal preliminar (...)"fl. 352

11. Deveras, concluir sobre a documentação formal a ser exibida pela concessionária não interfere na relação jurídica que a mesma trava com os municípios, restando intocável o art. 47, parágrafo único do CPC.

12. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

(STJ - REsp: 1010130 MG 2007/0280874-9, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 09/11/2010, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/11/2010)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE GÁS. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL E PERICIAL. ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS. SÚMULA 83/STJ. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O Tribunal de origem, no presente caso, manteve decisão proferida pelo Juízo singular que entendeu, diante do princípio do livre convencimento do juiz, ser desnecessária a produção de prova testemunhal e pericial. A análise da pretensão da recorrente, consubstanciada em tese contrária, revela-se inviável em sede de recurso especial, a teor do disposto na Súmula 7/STJ.

2. As ações que versam acerca de interesses individuais homogêneos participam da ideologia das ações difusas, como a ação civil pública. A despersonalização desses interesses ocorre na medida em que o Ministério Público não veicula pretensão pertencente a um direito individual, mas pretensão de natureza genérica, que, por via de prejudicialidade, resta por influir nas esferas individuais.

3. O Ministério Público possui, como função institucional, a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos, que é o caso da presente ação, podendo se observar dos autos do inquérito civil a existência de centenas de reclamações relativas à

cobrança abusiva promovida pela concessionária de gás, nos termos dos arts. 129, inciso III, da Constituição Federal e 25, inciso IV, letra a, da Lei 8.625/93.

4. "O Ministério Público ostenta legitimidade para a propositura de Ação Civil Pública em defesa de direitos transindividuais, como sói ser a pretensão de emissão de faturas de consumo de energia elétrica, com dois códigos de leitura ótica, informando de forma clara e ostensiva os valores correspondentes à contribuição de iluminação pública e à tarifa de energia elétrica, ante a ratio essendi do art. 129, III, da Constituição Federal, arts. 81 e 82, do Código de Defesa do Consumidor e art. 1º, da Lei 7.347/85" (REsp1.010.130/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJ de 24/11/10).

5. Agravo regimental não provido.

(STJ - AgRg no Ag: 1249559 RJ 2009/0221588-9, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 15/12/2011, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/02/2012)
