MP SC 023.09.039313-1

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
29ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DA CAPITAL
DEFESA DO CONSUMIDOR

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA UNIDADE DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL.

CÓPIA

DISTRIBUIÇÃO CENTRAL CAPITAL

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, com fundamento nos artigos 1º, inciso III; 3º, inciso I e IV; 5º, *caput* e incisos I e XXII; 127; 129, inciso III e 170, V, todos da Constituição da República; no artigo 1º, inciso II e demais dispositivos da Lei n. 7.347/85; no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), nos artigos 81, parágrafo único e seus incisos, art. 4º, incisos I e III; art. 6º, incisos II, V e VIII, art. 39, *caput* e seus incisos V e X, art. 51, *caput*, incisos IV, X, XIII, XV e parágrafo 1º, incisos I, II e III; no Estatuto do Idoso, no artigo 25, inciso IV, alínea "a"; na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/93), no artigo 82, inciso VII, alínea "b" da Lei Orgânica Estadual do Ministério Público (Lei Complementar n. 197, de 13 de julho de 2000), e, ainda, sobretudo com fulcro na Peça Informativa n. 01.2007.000508-6, que segue anexa e a qual será feita menção pelo número de folhas, vem, à presença de Vossa Excelência, propor a presente

AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO
com pedido de TUTELA ANTECIPADA,

em desfavor da empresa **NET FLORIANÓPOLIS LTDA.**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o n. 72.461.072/0001-47, com sede na Avenida Rio Branco, n. 808, Centro, Florianópolis/SC, CEP 88.015-202, que deverá ser citada na pessoa de seu representante legal, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos.

I - Dos Fatos

O Ministério Público de Santa Catarina, por meio da 29ª Promotoria de Justiça da Capital de Defesa do Consumidor, recebeu representações (fls. 02 e 12) dando conta que a empresa Net Florianópolis estaria praticando *traffic shaping*, que consiste, em síntese, no fornecimento de internet banda larga ao consumidor em velocidade inferior à originalmente contratada.

Requisitadas informações à empresa investigada, esta informou "que não há possibilidade de qualquer das empresas que comercialize serviços de acesso à Internet Banda Larga garantir a plenitude da performance de determinada velocidade, uma vez que essa restrição é inerente à característica do serviço, por se tratar de rede pública", e que a velocidade de conexão à internet de um usuário dependerá também de vários outros fatores, tais como banda de conexão do site e servidor acessado; quantidade de conexões simultâneas, dentre outros (fls. 16/17).

Outrossim, informou que a "internet banda larga ofertada pela empresa NET, denominado Net Virtua, (...) representa a máxima velocidade de navegação configurada dentro da rede da empresa prestadora de serviço" (fl. 16) e que, "a NET garante sempre o mínimo de 10% do valor da velocidade contratada" (fl. 18).

Em virtude disto, este órgão ministerial solicitou à ANATEL (fl. 65) esclarecimentos sobre a possibilidade das prestadoras do serviço de telecomunicações garantirem a velocidade nominal contratada pelo usuário à internet.

A ANATEL, por sua vez, esclareceu que "do ponto de vista técnico não é possível à prestadora de serviço de telecomunicações garantir a velocidade nominal de conexão do usuário à internet, já que isso depende de fatores externos à sua rede e sobre os quais ela não exerça controle" (fl. 73).

Ato contínuo, foi encaminhado ofício à NET requisitando cópia de um contrato firmado entre a empresa e o consumidor, inclusive informando onde se localizava, em referido contrato, a velocidade contratada.

A NET encaminhou uma cópia de ordem de serviço, onde consta a velocidade contratada pelo consumidor, uma vez que o contrato é padrão para todos (fls. 82/84) e referido documento é complemento do mencionado contrato.

Importante destacar que nos documentos entregues ao consumidor no ato da instalação do serviço contratado NÃO CONSTA qualquer informação que a empresa garante o mínimo de 10% (dez por cento) da velocidade contratada (fls.82/84).

Tal fato, portanto, caracteriza claramente a prática de publicidade enganosa, uma vez que a demandada está omitindo informação essencial, ou seja, se de antemão o consumidor soubesse que o fornecedor do serviço garante apenas 10% daquilo que foi contratado - leia-se velocidade de acesso à internet -, certamente pensaria duas vezes antes de adquirir o serviço almejado.

Na mesma esteira do Código de Defesa do Consumidor, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, do Ministério da Justiça[1], já se pronunciou alertando ser publicidade enganosa aquela que contém informações falsas e que esconde ou deixa faltar algum dado importante sobre o produto ou serviço.

Pois bem! Se a demandada possui o conhecimento de que não é viável garantir a totalidade da performance de determinada velocidade, flagrante é sua má-fé quando não traz no bojo de suas publicidade a informação de que somente é possível garantir o mínimo de 10% da velocidade contratada.

Desta forma, é presumível a boa-fé do consumidor ao partir da premissa de que as informações veiculadas nas peças publicitárias são verdadeiras e, se não trazem todas as informações pertinentes, ao menos bastam para entender seus direitos ao aderir a determinado serviço.

Práticas como esta da demandada desvirtuam a publicidade de sua função atrativa e informativa para transformá-la numa ferramenta de ludibriação sancionada por um contrato obtuso, estabelecendo a desconfiança em detrimento da boa-fé que deveria nortear as relações econômicas. Se por boa-fé, ignorância ou negligência falhou o consumidor em certificar-se do conteúdo do contrato a que aderiu, antes e mais gravemente falhou a empresa em esquivar-se das previsões legais que regem sua atividade econômica, das quais não tem legitimidade para alegar descumprimento.

II Do Direito

a) Do princípio da vinculação da oferta

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 30, determina que "toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado".

[1] www.mj.gov.br/dpdc

Dessa forma, nas palavras de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin[2], o art. 30 dá caráter vinculante à informação e à publicidade e essa vinculação ocorre de duas maneiras: obrigando o fornecedor mesmo que se negue a contratar ou fazendo-se introduzir em contrato eventualmente celebrado as previsões da oferta, inclusive quando o texto do contrato disponha de modo diverso, pretendendo afastar o caráter vinculante.

Para surgimento do dever de cumprimento da oferta, a doutrina aponta que a necessidade de existência dos seguintes pressupostos: a efetiva veiculação da oferta e a precisão da informação.

Sobre o princípio da vinculação da oferta já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. PUBLICIDADE. OFERTA. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO. OBRIGAÇÃO DO FORNECEDOR. - O CDC dispõe que toda informação ou publicidade, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, desde que suficientemente precisa e efetivamente conhecida pelos consumidores a que é destinada, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar, bem como integra o contrato que vier a ser celebrado. - Se o fornecedor, através de publicidade amplamente divulgada, garantiu que os imóveis comercializados seriam financiados pela Caixa Econômica Federal, submete-se a assinatura do contrato de compra e venda nos exatos termos da **oferta** apresentada[3]. (grifo nosso)

E ainda:

> CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. PUBLICIDADE. OFERTA. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO. OBRIGAÇÃO DO FORNECEDOR. O CDC dispõe que toda informação ou publicidade, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, desde que suficientemente precisa e efetivamente conhecida pelos consumidores a que é destinada, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar, bem como integra o contrato que vier a ser celebrado. - Constatado pelo eg. Tribunal a quo que o fornecedor, através de publicidade amplamente divulgada, garantiu a entrega de veículo objeto de contrato de compra e venda firmado entre o consumidor e uma de suas concessionárias, submete-se ao cumprimento da obrigação nos exatos termos da **oferta** apresentada. - Diante da declaração de falência da concessionária, a responsabilidade pela informação ou publicidade divulgada recai integralmente sobre a empresa fornecedora[4]. (grifo nosso)

[2] *In* GRINOVER, Ada Pelegrini et al. Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, 2004, p. 258.
[3] STJ, REsp 341405 / DF Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA. DJ 28.04.2003, p. 198.
[4] STJ, REsp 363939 / DF Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA. DJ 01.07.2002, p. 338.

b) Do art. 35 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor

Dispõe o art. 35 do Código Consumerista:

> Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:
>
> I – exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;
>
> II – aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;
>
> III – rescindir o contrato, com restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e perdas e danos.

Da narração dos fatos, destaca-se "que não há possibilidade de qualquer das empresas que comercialize serviços de acesso à Internet Banda Larga garantir a plenitude da performance de determinada velocidade, uma vez que essa restrição é inerente à característica do serviço, por se tratar de rede pública", sendo assim, ao consumidor cabe, nos termos do art. 35 do CDC, aceitar outro serviço equivalente, no mesmo valor do inicialmente contratado, ou rescindir o contrato.

Tal fato decorre do princípio da vinculação da oferta, já explanado no item anterior, que determina que toda informação ou publicidade suficientemente precisa vincula o fornecedor e, recusando-se este a cumprir a oferta, aplica-se o disposto no artigo mencionado.

Desta feita, recusando-se o fornecedor a cumprir a oferta, no caso em tela, a não disponibilização ao consumidor da velocidade de acesso à internet originalmente contratada, cabe a este exigir o cumprimento do art. 35 do CDC.

c) Da publicidade enganosa por omissão

Aplicando-se o disposto no §3º do art. 37 do Código de Defesa do Consumidor, os anúncios relativos à promoção em tela configuram-se como publicidade enganosa, pois deixam de informar dado essencial.

Sobre o assunto, Rizzatto Nunes[5] ensina que "tudo aquilo, que apesar de ser essencial, já faz parte do conhecimento regular do consumidor não tem necessidade de ser mencionado. A *contrario sensu*, sempre que o dado for essencial, mas por algum motivo não for conhecido do consumidor, por ser novo ou divergir do que este pensa como uso normal, deve ser informado".

[5] Curso de Direito do Consumidor, 2008. São Paulo: Saraiva

Dessa forma, a afirmação do autor no todo se aplica à situação em tela. Afinal, se o consumidor contráta um serviço de internet por uma velocidade de 4 Mega, é porque realmente acredita que quando estiver "navegando" pela internet a velocidade será a anunciada, sentindo-se enganado quando não consegue ter acesso à internet com a rapidez que a publicidade faz crer que tem.

Além disso, como já bem disse Ada Pellegrini Grinover[6], não é necessário sequer que haja ocorrido dano ao consumidor para que a publicidade venha ser considerada como enganosa.

> A proteção do consumidor contra a publicidade enganosa leva em conta somente sua capacidade de indução em erro. Inexigível, por conseguinte, que o consumidor tenha, de fato e concretamente, sido enganado. A enganosidade é aferida, pois, em abstrato. O que se busca é sua "capacidade de induzir ao erro o consumidor", não sendo, por conseguinte, exigível qualquer prejuízo individual.

Tampouco é necessário que haja dolo na conduta, como explica Paulo Vasconcellos Jacobina:

> [...] é indiferente, no campo civil, o elemento subjetivo da conduta, para o sancionamento da publicidade enganosa. Assim, sempre que o anúncio for capaz de levar o consumidor a erro, mesmo que não tenha sido esta a intenção do anunciante, caracterizada está a ilicitude da publicidade, independente de se perquirir o dolo ou culpa. O que se exige, para a caracterização do ilícito civil, é a potencial capacidade para enganar, ainda que uma minoria significante de consumidores (1996, p.92).

De mais a mais, deve-se ter sempre em mente os dizeres do art. 23 do Código de Auto Regulamentação Publicitária, *verbis*:

> Os anúncios devem ser realizados de forma a não abusar da confiança do consumidor, não explorar sua falta de experiência ou de conhecimento e não se beneficiar de sua credulidade.

Pauta-se a presente *actio* também na necessidade de se coibir práticas como a da demandada. Não pode o consumidor ter a televisão ou qualquer outro meio invadido por ofertas que não refletem as reais condições daquilo anunciado e ficar à mercê dos dados escondidos pelo fornecedor.

c) Dos danos morais difusos

Uma vez configurada a prática lesiva perpetrada pela demandada, importa trazer à tona que esse fato ensejou danos morais a direitos dos consumidores no plano difuso.

[6] Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, 1999, p.287.

Ora, consoante já se asseverou, o expediente comercial utilizado pela demandada conspira de forma agressiva contra garantias fundamentais dos cidadãos consumidores, pois os induz em erro. Oportuna a lição de MINOZZI, citado por JOSÉ DE AGUIAR DIAS:

> [...] não é o dinheiro nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado."[7]

A reparação do dano moral, consagrada definitivamente no direito brasileiro pelo disposto no art. 5º, X, da Constituição Federal, é expressamente admitida pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6°, inciso VI, que cuida dos direitos básicos do consumidor.

O dano moral causado pela publicidade da demandada atingiu esfera difusa, pois toda a coletividade foi, ao menos, exposta à prática abusiva e ilegal.

Os interesses difusos foram definidos pelo legislador consumerista, no art. 81, inc. I, do CDC, como os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

Ao comentar e exemplificar os interesses difusos, KAZUO WATANABE assevera:

> Nos interesses ou direitos difusos, a sua natureza indivisível e a inexistência de relação jurídica-base não possibilitam, como já ficou visto, a determinação dos titulares. É claro que, num plano mais geral do fenômeno jurídico ou análise, é sempre possível encontrar-se um vínculo que une as pessoas, como a nacionalidade. Mas, a relação jurídica-base que nos interessa, na fixação dos conceitos em estudo, é aquela da qual é derivado o interesse tutelando, portanto interesse que guarda relação mais imediata e próxima com a lesão ou ameaça de lesão. [...] No campo da relação de consumo, podem ser figurados os seguintes exemplos de interesses direitos difusos: [...] b) colocação no mercado de produtos com alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde, ou segurança dos consumidores, o que é vedado pelo art. 10 do Código. O ato do fornecedor atinge a todos os consumidores potenciais do produto, que são em número incalculável e não vinculados entre si por qualquer relação-base. Da mesma forma que no exemplo anterior, o bem jurídico tutelado é indivisível, pois uma única ofensa é suficiente para a lesão de todos os consumidores, e igualmente a satisfação de um deles, pela retirada do produto no mercado, beneficia ao mesmo tempo a todos eles"[8]

O dano moral difuso assenta-se, exatamente, na agressão a bens e

[7] Da Responsabilidade Civil. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense. v. 2. p. 730
[8] Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto. São Paulo: Forense Universitária, 1997. p. 625/627).

valores jurídicos que são inerentes a toda a coletividade, de forma indivisível.

A prática abusiva praticada pela demandada, quando induz em erro o consumidor, ocultando preceito essencial da promoção ofertada, abala o patrimônio moral da coletividade, pois todos acabam se sentindo ofendidos e desprestigiados como cidadãos com a prática lesiva a que se expuseram.

Ao dissertar sobre o dano moral coletivo, o professor ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS assinalou com muita propriedade[9]:

> Devemos considerar que tratamento aos chamados interesses difusos e coletivos origina-se justamente da importância destes interesses e da necessidade de uma efetiva tutela jurídica. Ora, tal importância somente reforça a necessidade de aceitação do dano moral coletivo, já que a dor psíquica que alicerçou a teoria do dano moral individual acaba cedendo lugar, no caso de dano moral coletivo, a um sentimento de desapreço e de perda de valores essenciais que afetam negativamente toda uma coletividade. Imagine-se o dano moral gerado pela propaganda enganosa ou abusiva. O consumidor potencial sente-se lesionado e vê aumentar seu sentimento de desconfiança na proteção legal do consumidor, bem como seu sentimento de cidadania.

Não se pode conceber que numa sociedade democrática, onde se espera e se luta pelo aperfeiçoamento dos mecanismos que venham a garantir ao cidadão o pleno exercício dos atributos da cidadania, inclusive com a efetiva implementação da legislação consumerista, em que estão insculpidas garantias básicas ao consumidor como o respeito às normas expedidas pelos órgãos competentes e a proteção contra práticas abusivas, tenha lugar a busca insana do enriquecimento fácil que submete o consumidor a práticas inaceitáveis, como a que foi narrada nesta inicial.

É dentro desse mesmo contexto que não se pode esconder a grande extensão do dano causado, pois, além de agredir interesses garantidos por lei ao consumidor, o procedimento denunciado gera sentimento de descrença e desprestígio da sociedade com relação aos poderes constituídos e ao sistema de um modo geral.

Ao conceituar o dano em questão, NEHEMIA DOMINGOS DE MELO[10], esclarece:

> Dano moral na moderna doutrina é toda agressão injusta àqueles bens imateriais, tanto de pessoa física quanto jurídica, insusceptível de quantificação pecuniária, porém indenizável com tríplice finalidade: satisfativo para a vítima, dissuasório para o ofensor e de exemplaridade para a sociedade. [grifo nosso]

[9] Revista de Direito do Consumidor nº 25. Editora RT. p. 82.
[10] Melo, Nehemias Domingos de. Dano moral coletivo nas ralações de consumo. Internet, Jus Navegandi nº 380, de 22/7/2004.

Estudo da Doutora LILIANE GARCIA FERREIRA[11] traz as seguintes lições:

> Acompanhando a evolução do direito, em especial no aspecto da tutela dos interesses difusos e coletivos, a doutrina mais moderna vem ampliando a possibilidade de reparação do dano moral, de forma que venha a alcançar não apenas o dano extrapatrimonial individual, como também o coletivo, uma vez que pode abranger, além da ofensa à honra, à vida, à liberdade de um indivíduo, qualquer ofensa à coletividade, genericamente considerada, "que tem um interesse comum de natureza transindividual agredido".
>
> O Prof. Rubens Limongi França, citado por Sérgio Severo, em sua obra "Os danos extrapatrimoniais", ao conceituar o dano moral, já o definia como "aquele que, direta ou indiretamente, a pessoa, física ou jurídica, bem assim a coletividade, sofre no aspecto não econômico de seus bens jurídicos".
>
> Carlos Alberto Bittar Filho disciplina que dano moral coletivo "é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos", citando como exemplo de dano moral coletivo o dano ambiental, o qual consiste "na lesão ao equilíbrio ecológico, à qualidade de vida e à saúde da coletividade".
>
> Marco Antonio Marcondes Pereira, por sua vez, conceitua o dano moral coletivo como "o resultado de toda ação ou omissão lesiva significante, praticada por qualquer pessoa contra o patrimônio da coletividade, considerada esta as gerações presentes e futuras, que suportam um sentimento de repulsa por um fato danoso irreversível, de difícil reparação, ou de conseqüências históricas".
>
> Aliás, a reparação do dano moral coletivo, de há muito, encontra respaldo na legislação brasileira.
>
> A Lei Federal 6.938/81, ao dispor em seu art. 2º, Inc. I, que o meio ambiente é "patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo", já assegurava a proteção a esse interesse difuso, inclusive à reparação de eventuais danos a ele causados, impondo penalidades administrativas, a par da obrigação de reparação dos danos, conforme o disposto em seus arts. 4º, Incs. VI e VII; 9º, Inc. IX; e 14, § 1º.
>
> E mencionada norma foi recepcionada pela Constituição Federal que, conforme já mencionado no tópico nº 2, pacificou a questão do direito à indenização por dano moral, elevando-o à categoria de garantia fundamental, não se podendo olvidar, jamais, o caráter exemplificativo das hipóteses previstas nos dispositivos constitucionais, que não têm o condão de tornar exclusiva a reparação dos danos morais individuais.
>
> Ora, conforme o disposto em seu art. 5º, § 2º, os direitos e garantias expressos na Constituição "não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".
>
> Da mesma forma, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, Incs. VI e VII, de maneira expressa, prevê o dano extrapatrimonial tanto na hipótese de violação de direitos individuais, quanto coletivos e difusos.
>
> Afinal, conforme bem menciona André de Carvalho Ramos, diante da importância dos interesses difusos e coletivos, estes necessitam de uma efetiva tutela jurídica: "Ora, tal importância somente reforça a necessidade de aceitação do dano moral coletivo, já que a dor psíquica

[11] www.mp.sp.gov.br

> que alicerçou a teoria do dano moral individual acaba cedendo lugar, no caso do dano moral coletivo, a um sentimento de desapreço e de perda de valores essenciais que afetam negativamente toda uma coletividade". Indubidoso, conforme adverte o mesmo autor, que a "coletividade, apesar de ente despersonalizado, possui valores morais e um patrimônio ideal que merece proteção", devendo a lesão a esse patrimônio imaterial coletivo ser reparada, também, coletivamente.

Em decisão datada de 04 de abril de 2008, o MM. Desembargador Rui Fortes[12], do Tribunal de Justiça Catarinense, assim decidiu a respeito dos danos morais difusos, *verbis*:

> "AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEL – COMERCIALIZAÇÃO FORA DAS ESPECIFICAÇÕES LEGAIS PREJUÍZOS AOS CONSUMIDORES COMPETÊNCIA ASTREINTES MINISTÉRIO PÚBLICO HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS
> "1. Restando configurada a comercialização irregular de combustível e o conseqüente prejuízo aos consumidores, é de ser julgado procedente o pedido formulado em ação civil pública, para obstar à prática desleal e indenizar os danos morais coletivamente considerados.
> "2. A conduta passível de lesar a coletividade concretamente ou mesmo potencialmente, induzindo a erro consumidores, tem o condão de configurar a obrigação de indenização com a finalidade de compensar os danos morais difusos dela decorrentes.
> "2. A competência para legislar e fiscalizar as atividades integrantes da indústria do petróleo pertence à União, aos Estados e ao Distrito Federal.
> "3. A astreinte visa essencialmente compelir o réu a cumprir a decisão judicial. Em razão de sua natureza inibitória pode e deve ser fixada em valor suficientemente oneroso ao demandado.
> "4. 'Dentro de absoluta simetria de tratamento, não pode o *parquet* beneficiar-se de honorários, quando for vencedor na ação civil pública' (REsp n. 493.823/DF, Min. Eliana Calmon)" (AC n. 2007.022131-3 da Capital, rel. Des. Luiz Cézar Medeiros, j. 14.8.2007).
> Deste último, retira-se os seguintes fundamentos para se afastar a alegada inexistência de dano moral difuso a ser indenizado:
> "O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, preceitua:
> "'Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
> "'[...]
> "'III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;
> "'IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;
> "'[...]
> "'VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;
> "'[...]'
> "Observe-se que a legislação consumerista chancelou a possibilidade de reparação de danos extrapatrimoniais difusos, incluindo-se aí o direito de o consumidor, indistintamente considerado, de receber informação sobre os produtos colocados à sua disposição, bem como a proteção contra a

[12] Apelação Cível n. 2007.016264-8, da Capital. Relator: Des. Rui Fortes

publicidade enganosa e desleal.

"Acerca dos chamados danos morais coletivos, colhe-se o seguinte ensinamento doutrinário:

"'Xisto Tiago de Medeiros Neto, após destacar avanço legal da proteção aos interesses de essência moral (extrapatrimonial) e aos direito coletivos (lato sensu), registra: 'A ampliação dos danos passíveis de ressarcimento reflete-se destacadamente na abrangência da obrigação de reparar quaisquer lesões de índole extrapatrimonial, em especial as de natureza coletiva, aspecto que corresponde ao anseio justo, legítimo e necessário apresentado pela sociedade de nossos dias. Atualmente, tornaram-se necessárias e significativas para a ordem e a harmonia social a reação e a resposta do Direito em face de situações em que determinadas condutas vêm a configurar lesão a interesses juridicamente protegidos, de caráter extrapatrimonial, titularizados por uma determinada coletividade. Ou seja, adquiriu expressivo relevo jurídico, no âmbito da responsabilidade civil, a reparação do dano moral coletivo (em sentido lato)' (Dano moral coletivo. São Paulo, LTr, 2004, p. 134).

"'Defende o autor que o conceito de dano moral coletivo não deve se restringir ao sofrimento ou à dor pessoal e sim compreendido como toda modificação desvaliosa do espírito coletivo, ou seja, a qualquer violação aos valores fundamentais compartilhados pela coletividade (Idem, p. 136).

'Com efeito, toda vez em que se vislumbrar o ferimento a interesse moral (extrapatrimonial) de uma coletividade, configurar-se-á dano passível de reparação, tendo em vista o abalo, a repulsa, a indignação ou mesmo a diminuição da estima, infligidos e apreendidos em dimensão coletiva (por todos os membros), entre outros efeitos lesivos. Nesse passo, é imperioso que se apresente o dano como injusto e de real significância, usurpando a esfera jurídica de proteção à coletividade, em detrimento dos valores (interesses) fundamentais do seu acervo' (Idem, p. 136-137)" (BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. Revista de Direito do Consumidor. n. 59. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set, 2006, p. 88/89).

"E mais:

"'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' (BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. Revista de Direito do Consumidor. n. 59. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set, 2006, p. 105).

"Carlos Alberto Bittar Filho, por sua vez, conceitua o dano moral coletivo como 'injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos'. Em seguida esclarece: '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: quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial. 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)' (Dano moral coletivo no atual contexto brasileiro. Revista de Direito do Consumidor. n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez, 1994, p. 55).

O valor a ser arbitrado, a título de danos morais, deve situar-se em patamar que represente inibição à prática de outros atos antijurídicos e imorais por parte da demandada, sob pena de se chancelar e se estimular o comportamento infringente.

A respeito desse tópico, vale trazer à colação os apontamentos de CARLOS ALBERTO BITTAR[13]:

> Com efeito, a reparação de danos morais exerce função diversa daquela dos danos materiais. Enquanto estes se voltam para recomposição do patrimônio ofendido, através da aplicação da fórmula danos emergentes e lucros cessantes, aqueles procuram oferecer compensação ao lesado, para atenuação do sofrimento havido. De outra parte, quanto ao lesante, objetiva a reparação impingir-lhe sanção, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem. É que interessa ao direito e à sociedade que o relacionamento entre os entes que contracenam no orbe jurídico se mantenha dentro dos padrões normais de equilíbrio e respeito mútuo. Assim, em hipóteses de lesionamento, cabe ao agente suportar as conseqüências de sua atuação, desestimulando-se, com a atribuição de pesadas indenizações, atos ilícitos tendentes a afetar os referidos aspectos da personalidade humana. [...] Essa diretriz vem, de há muito tempo, sendo adotada na jurisprudência norte americana, em que cifras vultuosas têm sido impostas aos infratores, como indutoras de comportamentos adequados, sob os prismas moral e jurídico, nas interações sociais e jurídicas. [...] Nesse sentido é que a tendência manifestada, a propósito pela jurisprudência pátria, fixação de valor de desestímulo como fator de inibição a novas práticas lesivas. Trata-se, portanto, de valor que, sentido no patrimônio do lesante, o possa conscientizar-se de que não deve persistir na conduta reprimida, ou então, deve afastar-se da vereda indevida por ele assumida, a outra parte, deixa-se para a coletividade, exemplo expressivo da reação que a ordem jurídica reserva para infratores nesse campo, e em elemento que, em nosso tempo, se tem mostrado muito sensível para as pessoas, ou seja, o respectivo acervo patrimonial.

A nosso sentir, a indenização por danos morais não pode ser inferior a R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais) revertendo-se para o fundo para reconstituição dos bens lesados, criado pelo Decreto n.° 1.047, de 10 de dezembro de 1987, em conformidade com o art. 13 da Lei n° 7.347/85.

d) Da competência do juízo

A publicidade enganosa objeto desta ação coletiva de consumo foi veiculada em todos os estados em que atua a empresa Net (Amazonas, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Manaus, Minas Gerais, Paraná, Pernambuco, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Santa Catarina,

[13] Reparação Civil por Danos Morais: Tendências Atuais Revista de Direito Civil nº 74 – RT pág.15.

São Paulo, Sergipe), de forma que o dano tem abrangência nacional, sendo competente para conhecer da questão o juízo da Capital de qualquer Estado ou do Distrito Federal, conforme art. 93 do Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 93 Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:
> (...)
> II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

O STJ já se pronunciou entendendo ser competente a capital de qualquer Estado ou o DF para as ações tratando de âmbito nacional conforme decisões abaixo:

> COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DE CONSUMIDORES. INTERPRETAÇÃO DO ART. 93, II, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DANO DE ÂMBITO NACIONAL.
> Em se tratando de ação civil coletiva para o combate de dano de âmbito nacional, a competência não é exclusiva do foro do Distrito Federal. Competência do Juízo de Direito da Vara Especializada na Defesa do Consumidor de Vitória/ES.[14]

> Conflito de competência. Ação Civil Pública. Código de Defesa do Consumidor.
> 1. Interpretando o artigo 93, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, já se manifestou esta Corte no sentido de que não há exclusividade do foro do Distrito Federal para o julgamento de ação civil pública de âmbito nacional. Isto porque o referido artigo ao se referir à Capital do Estado e ao Distrito Federal invoca competências territoriais concorrentes, devendo ser analisada a questão estando a Capital do Estado e o Distrito Federal em planos iguais, sem conotação específica para o Distrito Federal.
> 2. Conflito conhecido para declarar a competência do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo para prosseguir no julgamento do feito.

e) Do alcance da coisa julgada erga omnes

Tratando da matéria, dispõe o art. 103, I, do CDC:

> Art. 103 - Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada:
> I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do parágrafo único do art. 81;

[14] CC 26842 / DF; CONFLITO DE COMPETÊNCIA 1999/0069326-4, Rel. Min Waldemar Zveiter, Segunda Seção, data da decisão 10/10/2001.

Ressalte-se que, nos termos do art. 16 da Lei n.º 7.347/85 Lei da Ação Civil Pública com sua nova redação dada pela Lei n.º 9.494/97, a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator.

Todavia, como o dano é de âmbito nacional, já que a empresa demandada atua em diversos estados do Brasil, é competente para a causa a justiça local no foro da capital e a decisão nesta ação terá, conseqüentemente, eficácia em todo o território nacional.

Assim, para a presente ação abranger todos os consumidores que foram ou serão atingidos pelos efeitos da publicidade enganosa, necessário que sejam acolhidos os efeitos da coisa julgada em seu sentido mais amplo, reconhecendo, cautelar ou definitivamente, a eficácia erga *omnes, ex vi leges*.

Referente ao presente assunto, pertine expor a lição de Hugo Nigro Mazzilli[15], ao tratar da Lei n.º 9.494/97, que alterou o art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, *in verbis*:

> A alteração trazida à Lei da Ação Civil Pública pela Lei nº 9.494/97 é equivocada, pois esta última valeu-se da redação infeliz e inócua. O legislador de 1997 confundiu limites da coisa julgada (cuja eficácia subjetiva e objetiva é erga omnes) com competência territorial (apesar de que, na ação civil pública, a competência não é territorial, e sim absoluta)... Ademais, a alteração promovida pela Lei n.º 9.494/97 esqueceu de modificar o Código de Defesa do Consumidor, que, em conjunto com a Lei da Ação Civil Pública, disciplina competência e coisa julgada nas ações civis públicas e coletivas, e ainda hoje dispõe corretamente sobre a matéria...
> [...]
> se os danos se estenderem a mais de um foro, mas não chegarem a ter o caráter estadual, o inquérito civil deve ser instaurado e a ação civil pública deve ser proposta seguindo os critérios da prevenção; se os danos se estenderem ao território estadual, ou nacional, o inquérito civil deverá ser instaurado e a ação civil pública deverá ser proposta na respectiva Capital.
> Assim, nas ações civis públicas ou coletivas, quando o dano ou a ameaça de dano ocorram ou devam ocorrer em mais de uma comarca, mas sem que tenham o caráter estadual ou nacional, a prevenção será o critério determinador da competência. Se o dano ou a ameaça de dano tiverem o caráter estadual ou nacional, deve-se aplicar, analogicamente, a regra do art. 93, II, do Código de Defesa do Consumidor.

Neste sentido também o posicionamento de Ada Pelegrini Grinover[16]:

> O regime geral dos limites subjetivos da coisa julgada, traçado pelo CDC, é de sua extensão "erga omnes" ou "ultra partes", com as peculiaridades

[15] *In* o Inquérito Civil: investigações do Ministério Público, compromisso de ajustamento de conduta e audiências públicas, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 70/72.
[16] Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 915/916.

que serão vistas a seguir.
Isto demandou, desde logo, que se atentasse para a amplitude de uma coisa julgada que verdadeiramente atuasse "erga omnes" ou "ultra partes", nos termos da lei.
De início, os tribunais perceberam o verdadeiro alcance da coisa julgada "erga omnes", limitando os efeitos da sentença e das liminares segundo critérios de competência. Logo afirmamos não fazer sentido, por exemplo, que ações em defesa dos interesses individuais homogêneos dos pensionistas e aposentados da Previdência Social ao recebimento da diferença de 147% fossem ajuizadas nas capitais dos diversos Estados, a pretexto dos limites territoriais dos diversos órgãos da Justiça Federal. O problema não é de competência: o juiz federal, competente para processar e julgar a causa, emite um provimento (cautelar ou definitivo) que tem eficácia "erga omnes"; abrangendo todos os aposentados e pensionistas do Brasil. Ou a demanda é coletiva ou não o é, ou a coisa julgada é "erga omnes" ou não o é. E se o pedido for efetivamente coletivo, haverá uma clara relação de litispendência entre as várias ações ajuizadas nos diversos Estados da Federação.
Por isso, sustentamos que a limitação operada por certos julgados afronta o art. 103 do CDC, e despreza a orientação fornecida pelo art. 91, II, por onde se vê que a causa que verse sobre a reparação de danos de âmbito nacional ou regional deve ser proposta no foro da Capital do Estado ou no Distrito Federal, servindo, evidentemente, a decisão para todo o território nacional. Este dispositivo aplica-se aos demais casos de interesse que alcancem grupos e categorias de indivíduos, mais ou menos determináveis, espalhados pelo território nacional.

Por fim, acrescente-se que o mesmo posicionamento tem sido recentemente adotado pelo Superior Tribunal de Justiça[17]:

Processo civil e direito do consumidor. Ação civil pública. Correção monetária dos expurgos inflacionários nas cardenetas de poupança. Ação proposta por entidade com abrangência nacional, discutindo direitos individuais homogênios. Eficácia da sentença. Ausência de limitação. Distinção entre os conceitos de eficácia da sentença e de coisa julgada. Recurso especial provido.
- A Lei da Ação Civil Pública, originariamente, foi criada para regular a defesa em juízo de direitos difusos e coletivos. A figura dos direitos individuais homogênios surgiu a partir do Código de Defesa do Consumidor, como uma terceira categoria equiparada aos primeiros, porém ontologicamente diversa.
- A distinção, defendida inicialmente por Liebman, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença, torna inócua a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da LAP. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Mesmo limitada aquela, os efeitos da sentença produzem-se erga omnes, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador.
- O procedimento regulado pela Ação Civil Pública pode ser utilizado para a defesa dos direitos do consumidor em juízo, porém somente no que não contrariar as regras do CDC, que contem, em seu art. 103, uma disciplina exaustiva para regular a produção de efeitos pela sentença que decide uma relação de consumo. Assim, não é possível a aplicação do art. 16 da LAP para essas hipóteses.
Recurso especial conhecido e provido.

[17] REsp 411529 / SP Resp. 2002/0014785-9. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 24/06/2008.

De fato, é o posicionamento mais prudente a ser adotado. Atuar somente em nome dos consumidores de Santa Catarina não é o suficiente para reparar e coibir práticas como a da demandada, cujos danos que provocou lesaram consumidores de diversos Estados do país. Considerando ainda os princípios da celeridade e economia, não há razão em sobrecarregar ainda mais o Judiciário e outros legitimados de outros Estados com outras ações de idêntico objeto, se apenas uma pode ser suficiente para tutelar os interesses de todos os consumidores vitimados.

f) Da tutela antecipada

Dispõe o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 84, § 3º:

> 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 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.

No caso em comento, a urgência de antecipação dos efeitos da tutela centra-se no fato de vários consumidores estarem adquirindo um serviço que acreditam que irá atingir o fim para qual foi contratado, sendo que, na verdade, a demandada, "por fatores externos", garante o mínimo de 10% (dez por cento) do serviço adquirido.

Ora, seria o mesmo que comprar um litro de leite, mas na embalagem estivesse escrito que o fabricante garante apenas 10% do conteúdo, como bem lembrado por um consumidor que se sentiu profundamente lesado pela empresa demandada (fl.09).

Outrossim, os consumidores que já assinaram o respectivo contrato também tem o direito de serem adequadamente informados da real capacidade de velocidade de acesso a internet, possibilitando-lhes, inclusive, ser for o caso, a a aceitação de outro serviço equivalente ou a rescisão contratual, a teor do que dispõe o art. 35, incisos II e III, do Código de Defesa do Consumidor.

Dessa forma, de nada adiantaria a espera pela decisão final, ainda que em prol dos consumidores, pois mitigado estaria o resultado prático almejado pela presente *actio*. Ademais, a relevância do fundamento da demanda pode ser extraída da simples leitura dos fatos que dão conta de configurar violação aos princípios basilares das relações de consumo.

Dessa forma, afigura-se perfeitamente cabível e juridicamente viável a

antecipação dos efeitos da tutela, porquanto se fazem presentes seus requisitos autorizadores.

III - Dos pedidos de antecipação de tutela

Presentes os requisitos autorizadores, o Ministério Público pede a Vossa Excelência que antecipe os efeitos da tutela *inaudita altera pars*, de modo a determinar imediatamente que a demandada:

a. faça constar, de forma destacada, em todas as publicidades, contratos e respectivas ordens de serviço NET Vírtua a informação de que garante o mínimo de 10% do valor da velocidade contratada dando, assim, a oportunidade ao consumidor de decidir se deseja adquirir o serviço nos termos estabelecidos pela demandada;

b. encaminhe, num prazo de 10 dias, correspondência a todos os consumidores que contrataram o serviço Net Vírtua informando-lhes que garante o mínimo de 10% da velocidade contratada e oferecendo-lhes, se for possível, um plano com maior velocidade - no mesmo valor contratado - ou a possibilidade de rescisão contratual;

c. encaminhe ao juízo, num prazo de 15 dias, cópia da correspondência referida no item anterior, acompanhada de relatório contendo o nome dos respectivos consumidores, como forma de comprovação do cumprimento da ordem judicial, a teor do disposto nos arts. 83 e 84, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor.

IV - Dos pedidos finais e requerimentos

Diante do exposto, o Ministério Público de Santa Catarina pede e requer a Vossa Excelência:

1. sendo concedida a tutela antecipada, a intimação da demandada, informando-a do seu respectivo teor, para que não se furte ao cumprimento das determinações judiciais

2. a confirmação dos efeitos da medida liminar, tornando definitiva a decisão que os concedeu ou concedendo aqueles pedidos na hipótese de tais pretensões ainda não terem sido alcançadas;

3. a condenação da demandada a pagar a quantia de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de danos morais difusos, a ser destinado ao Fundo de Reconstituição dos Bens Lesados do Estado de Santa Catarina[18];

4. a condenação genérica a indenizar os prejuízos ocasionados, na

[18] Banco do Brasil c/c 63.000-4, Agência 3582-3, CNPJ 76.276.849/0001-54

forma do art. 95 do Código de Defesa do Consumidor;

5. a citação da demandada, via correio, na forma dos arts. 222 e 223 do Código de Processo Civil, para, querendo, apresentar contestação no prazo legal, sob pena de se reputarem verdadeiros os fatos articulados nesta inicial;

6. a produção de todas as provas admitidas em direito;

7. a inversão do ônus da prova, a teor do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor;

8. a destinação das multas impostas ao Fundo de Reconstituição dos Bens Lesados do Estado de Santa Catarina; e

9. a condenação da demandada ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios (STJ, Resp, 623.19)[19].

Dá-se à causa o valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Florianópolis, 19 de maio de 2009.

Fábio de Souza Trajano
Promotor de Justiça

[19] PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. [...] 3. Em ação civil pública, quando o Ministério Público é vencedor, cabe condenar a parte vencida em honorários advocatícios, verba que seria recolhida aos cofres do Estado ou da União, conforme o caso. Interpretação do art. 18 da Lei nº 7.347 de 24.7.85 (LACP). [...] (grifo não consta no original).