



COMARCA DE PORTO ALEGRE
16ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL
Rua Márcio Veras Vidor (antiga Rua Celeste Gobato), 10

Número de Ordem: 443/2011
Processo nº: 001/1.09.0146427-2 (CNJ:.1464271-59.2009.8.21.0001)
Natureza: Ação Civil Pública
Autor: Ministério Público
Réu: Banco BMC S.A.
Juiz Prolator: Juíza de Direito - Dra. Laura de Borba Maciel Fleck
Data: 04/07/2011

AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. APLICAÇÃO DO CDC E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PRODUTOS FISIOTERÁPICOS. DEVER DE INFORMAR E VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR. PRÁTICA ABUSIVA. PROPAGANDA ENGANOSA. NULIDADE DO CONTRATO. REPETIÇÃO DO INDÉBITO, EM DOBRO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. DANOS MORAIS COLETIVOS. ABRANGÊNCIA NACIONAL DESTA DECISÃO.

Vistos.

I - O MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL ajuizou **ação coletiva de consumo** em desfavor de **BANCO BMC S/A**, qualificado na demanda, referindo, em síntese, que a partir da instauração do Inquérito Civil nº. 237/2008, apurou a existência de prática comercial abusiva consistente na celebração de contratos de financiamento com beneficiários da Previdência Social, mediante o pagamento do produto através de desconto automático junto ao benefício previdenciário do consumidor. Asseverou que os serviços prestados pela ré encontram-se inseridos no negócio jurídico celebrado entre os clientes e os diversos estabelecimentos que comercializavam aparelhos fisioterápicos sem registro na ANVISA. Expôs que inúmeras demandas foram propostas contra tais empresas, consoante relacionadas na peça vestibular, com liminares deferidas, visando a suspensão dos descontos suso referidos e a comercialização dos respectivos produtos. Discorreu, também, que instaurou expediente contra as instituições financeiras responsáveis pela



intermediação do negócio, que celebraram convênio com o INSS para a realização de consignação em pagamento, a fim de garantir a devolução dos valores já despendidos pelos consumidores, tendo a requerida demonstrado desinteresse em solucionar o impasse extrajudicialmente. Requereu, em caráter liminar: **a)** a suspensão dos descontos efetuados nos benefícios previdenciários dos consumidores, cuja ilegalidade da prática tenha sido ou venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário ou através do compromisso de ajustamento de conduta; **b)** a apresentação, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, de listagem atualizada dos contratos ativos sobre empréstimos consignados para o financiamento de produtos fisioterápicos; **c)** a determinação, de que no prazo de 5 (cinco) dias, dê-se a baixa de registros negativos junto ao SPC e ao SERASA, de contratantes de empréstimos referentes as empresas listadas no item “1” da petição inicial ou referentes as empresas cuja ilegalidade da prática venha a ser reconhecida; **d)** oficiar ao INSS ou a outro órgão que tenha procedido ao desconto, para cumprir a presente medida liminar, caso deferida. Nos provimentos finais, reiterou os pedidos liminares, **e)** declarando a nulidade dos contratos de financiamento firmados com os consumidores lesados; **f)** a condenação da ré na repetição do indébito, em dobro, dos valores já descontados, ressarcindo, também, todos os consumidores que venham a sofrer as consequências danosas das práticas descritas na exordial; **g)** a condenação ao pagamento de indenização por dano moral coletivo e, **h)** a publicação, em jornais de grande circulação, do dispositivo da sentença, em caso de procedência (fls. 02/23). Juntou documentos (Anexo I).

A petição inicial foi recebida e restaram deferidos os pedidos liminares (fl. 24).

Foi publicado o edital previsto no art. 94 do CDC (fl. 26).

Citada (fl. 26v), a demandada contestou. Arguiu, preliminarmente, incompetência da Justiça Estadual, em face da necessidade de inclusão do INSS no pólo passivo. Suscitou ausência de interesse processual e impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, discorreu não ter firmado relação jurídica com as empresas que comercializavam produtos ortopédicos, inexistindo qualquer responsabilidade solidária desta, já que atendeu a contento as normas internas, no que tange ao procedimento para a concessão de créditos e de financiamentos. Frisou sobre a legalidade dos contratos firmados com a instituição-ré, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, sendo indevida a repetição do indébito na



modalidade em dobro. Ressalvou, por fim, acerca da impossibilidade de declaração de nulidade dos contratos firmados entre as partes, do descabimento da indenização por danos morais coletivos e da inversão do ônus da prova. Pugnou pelo acolhimento das preliminares ou, sucessivamente, pela improcedência dos pedidos (fls. 79/123). Não acostou documentos.

O Ministério Público apresentou réplica (fls. 124/149) e as partes foram intimadas acerca do interesse na produção de outros elementos probatórios (fl. 156), tendo sido realizada audiência de instrução (fls. 351/356).

As partes apresentaram memoriais (fls. 368/380 e 381/395).

Vieram os autos conclusos para sentença.

É o relatório.

Passo a decidir.

II – O feito teve tramitação regular e se encontra apto para julgamento, tendo sido assegurado às partes o direito ao contraditório, permitindo-lhes, assim, a faculdade para a produção das provas que entendessem necessárias para o deslinde da controvérsia.

As preliminares suscitadas já foram enfrentadas às fls. 167 e 190/192, razão pela qual passo, doravante, diretamente ao exame do mérito.

a) Do interesse coletivo:

A *summa divisio* das origens do Direito, com a rígida divisão entre público e privado, era compreensível numa era em que os únicos pólos existentes eram o indivíduo e o Estado. *Tertium non datur!* Ocorre que a evolução do Estado, da sociedade e, conseqüentemente, do Direito trouxe o fracionamento do poder estatal e o surgimento de novos focos de poder¹.

Como salienta Waldemar Mariz de Oliveira Jr.,

“a sociedade em que vivemos é totalmente diversa das sociedades de séculos passados, havendo nela interesses e direitos que não se enquadram com precisão entre os de natureza individual e os de natureza pública. A verdade é que há interesses e direitos que não pertencem nem

¹ SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses Difusos e Coletivos*, 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 4.



ao indivíduo e nem ao Estado, mas cuja existência é inegável. Situam-se eles, na realidade, entre ambos, pertencendo a grupos, classes, categorias de indivíduos, enfim a grupos ou formações intermediárias, os quais, ante algumas liberdades fundamentais que são outorgadas pela própria Constituição, julgam-se com direito à tutela jurisdicional.

A *summa divisio* encontra-se irremediavelmente superada na realidade social de nossa época, a qual é infinitamente mais complexa, mais articulada e mais sofisticada do que a expressa pela simplista dicotomia tradicional. Novos direitos e novos deveres aparecem, os quais, sem ser públicos no sentido tradicional da palavra, são, todavia, coletivos. Pertencem eles, ao mesmo tempo, a todos e a ninguém. Com efeito, tendo-se em conta que pertencem a grupos, classes ou categorias de pessoas, deles ninguém é titular exclusivo, mas, ao mesmo tempo, todos os membros daqueles são seus titulares”.²

Os interesses coletivos são metaindividuais, ou superindividuais, por serem comuns a uma coletividade de pessoas determinada de acordo com o vínculo jurídico definido que a distingue. Para Rodolfo de Camargo Mancuso, são os seguintes os requisitos para o interesse ser considerado coletivo: *a)* um mínimo de organização, a fim de que os interesses ganhem a coesão e a identificação necessárias; *b)* a afetação desses interesses a grupos determinados (ou ao menos determináveis), que serão os seus portadores (*enti esponenziali*); *c)* um vínculo jurídico básico, comum a todos os participantes, conferindo-lhes situação jurídica diferenciada³.

O conceito legal, constante do art. 81, parágrafo único, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, dispõe serem os interesses ou direitos coletivos:

“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”.

Na lição de Kazuo Watanabe,

“essa relação jurídica-base é a preexistente à lesão ou ameaça de lesão do interesse ou direito do grupo, categoria ou classe de pessoas. Não a

² Tutela jurisdicional dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984, pp. 2 e 6-7.

³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 55.



relação jurídica nascida da própria lesão ou da ameaça de lesão. Os interesses ou direitos dos contribuintes, por exemplo, do imposto de renda, constituem um bom exemplo. Entre o fisco e os contribuintes já existe uma relação jurídica-base, de modo que, à adoção de alguma medida ilegal ou abusiva, será perfeitamente factível a determinação das pessoas atingidas pela medida. Não se pode confundir essa relação jurídica-base preexistente com a relação jurídica originária de lesão ou ameaça de lesão”.⁴

Os interesses ou direitos coletivos, organizados ou não, se são de natureza indivisível, passam a apresentar unidade, independentemente da reunião de seus titulares numa entidade representativa, tornando possível sua tutela em uma única ação⁵.

O Superior Tribunal de Justiça fixou as características e as distinções em relação aos interesses coletivos, ao decidir uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público de São Paulo contra a cobrança indevida de taxa de iluminação pública:

“Os interesses individuais, *in casu* (suspensão do indevido pagamento de taxa de iluminação pública), embora pertinentes a pessoas naturais, se visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, transcendem a esfera de interesses puramente individuais e passam a constituir interesses da coletividade como um todo” (STJ, Resp. Nº 49.272-6, RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 21-9-94).

A tutela dos interesses já não pode estar baseada em sua titularidade, mas em sua relevância social. Nos interesses difusos, a relação de titularidade entre o interesse e uma pessoa determinada não existe. Não há possibilidade de apropriação por sujeito determinado, referindo-se o interesse difuso a uma série indeterminada de sujeitos. A indeterminação dos sujeitos deriva do fato de inexistir um vínculo jurídico a agregar os sujeitos afetados por esses interesses, que, ao contrário, são agregados, ocasionalmente, por situações de fato contingenciais, como o consumo, a vida em comunidade e até mesmo a própria existência apenas⁶.

⁴ WATANABE, Kazuo et al. *Código brasileiro do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 5ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 1997, p. 629.

⁵ SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses Difusos e Coletivos*, 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 4.

⁶Idem, p. 15.



O objeto do interesse difuso é um bem da vida de natureza difusa, de formação fluida no seio da comunidade, referindo-se a sua totalidade. Daí o caráter super ou metaindividual dos interesses difusos. Portanto, seus titulares são indetermináveis, ainda que no caso concreto um de seus sujeitos ou determinada entidade possa exercitá-los, ou exigi-los judicialmente. Tal fato se dá em razão da legitimidade de agir, da faculdade processual ou instrumental para a proteção dos interesses, o que não altera a essência do interesse, que é difusa, por se referir a toda a coletividade indistintamente⁷.

No caso em exame, os pedidos revelam compatibilidade e buscam o reconhecimento genérico de um direito dos consumidores e os interesses homogêneos encontram-se delimitados. Esses dados possuem superlativa importância, pois determinam a abrangência e relevam a necessidade e a adequação da demanda.

b) A aplicação do Código de Defesa do Consumidor e a inversão do ônus da prova:

A solução do litígio, diante das circunstâncias do caso concreto, é basicamente documental e testemunhal, de modo que passo analisá-las, sempre observando, porém, a regra prevista no art. 333 do Código de Processo Civil.

Às partes não basta simplesmente alegar os fatos. Para que a sentença declare o direito, isto é, para que a relação de direito litigiosa fique definitivamente garantida pela regra de direito correspondente, preciso é, antes de tudo, que o juiz se certifique da verdade do fato alegado, o que se dá através das provas⁸.

O ônus da prova é o momento subsequente ao ônus de alegação no processo civil. Em linha de princípio, tanto os fatos não alegados, quanto os fatos alegados, porém não demonstrados, são irrelevantes para o desfecho da causa. Desta forma, tendo em vista que as partes é que se mostram mais interessadas pelo provimento final, o Direito, com o escopo de instigá-las ao contraditório efetivo para o esclarecimento da matéria controvertida, trabalha a teoria do ônus da prova⁹.

Nos termos do art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do

⁷Ibidem, p. 15.

⁸USTÁRROZ, Daniel. *Prova no Processo Civil*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 47.

⁹Idem.



Consumidor, a inversão do ônus da prova é possível, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando a parte for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência. No caso, tendo em vista os fatos e os fundamentos jurídicos dos pedidos, mostra-se pertinente a inversão do *onus probandi*, já determinada por ocasião da decisão de fls. 190/192, ainda mais diante da patente vulnerabilidade dos consumidores em tela e do fato de o demandante atuar como substituto processual.

Frisa-se, por oportuno, que referida inversão não está adstrita, tão somente, as regras insculpidas no Código de Defesa do Consumidor, mas, também, a regra imposta no inciso II do art. 333 do Código de Processo Civil, cabendo a parte demandada demonstrar os fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito subjetivo pleiteado na exordial.

c) O dever de informar e a vulnerabilidade do consumidor.

A Constituição Federal refere-se ao consumidor entre os **direitos e garantias fundamentais**, em seu art. 5º, inciso XXXI, bem como, entre os **princípios gerais da atividade econômica**, em seu art. 170, inciso V. Igualmente, nas Disposições Constitucionais Transitórias, em seu art. 48.

Assim, sempre que se faz referência ao consumidor, a Constituição Federal determina a sua defesa, ou seja, reconhece necessidade de sua proteção especial, porque reconhece a sua **vulnerabilidade** dentro da relação de consumo¹⁰.

No que concerne à **informação** sobre produtos e serviços explica José Geraldo Brito Filomeno:

“Em verdade aqui se trata de um detalhamento do inciso III do art. 6º ora comentado, pois que se fala expressamente de especificações corretas de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem, obrigação específica dos fornecedores de produtos e serviços. Trata-se, repita-se, do dever de informar bem o público consumidor sobre todas as características importantes de produtos e serviços, para que aquele possa adquirir produtos, ou contratar serviços,

¹⁰ BENJAMIN, Antonio Herman, MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. Manual do Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 57.



sabendo exatamente o que poderá esperar deles”.¹¹

Este direito básico decorre do Princípio da Transparência que deve nortear todas as relações de consumo, como a presente, e cujo conteúdo é bem explicitado pela professora Cláudia Lima Marques, dizendo que:

“A idéia central é possibilitar uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor. Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo”.¹²

De modo que esta nova transparência rege o momento pré-contratual, rege a eventual conclusão do contrato, o próprio contrato e o momento pós-contratual. É mais do que um simples elemento formal, afeta a essência do negócio, pois a informação repassada ou requerida integra o conteúdo do contrato.

Por sua vez, o art. 31 do Código de Defesa do Consumidor, ao regular o dever de informar, dispõe que: “a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”.

O Código Civil possui, hoje, preceito expresso no sentido de que as relações jurídicas devam ser realizadas com base na **boa-fé** (art. 422 do CC), a exemplo do que ocorre no Direito alemão (§ 242 do BGB – *Leistung anch Treu und Blauben* - “Prestação segundo a boa-fé”). Essa boa-fé objetiva decorre também dos princípios gerais do Direito, e a exigência de as partes terem de comportar-se segundo a boa-fé tem sido assim proclamada, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência¹³.

¹¹ In: BENJAMIN, Antonio Herman, MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. Manual do Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 57.

¹² In: Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais. 4ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2002. p. 594-595.

¹³ NERY Jr, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comendado pelos autores do anteprojeto*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 515.



O comportamento das partes de acordo com a boa-fé tem como consequência a possibilidade de revisão do contrato celebrado entre elas, pela incidência da *clausula rebus sic stantibus*, a possibilidade de arguir-se a *exceptio doli*, a proteção contra as cláusulas abusivas enunciadas no art. 51 do CDC, entre outras aplicações da cláusula geral¹⁴.

No sistema brasileiro das relações de consumo, houve opção explícita do legislador pelo primado da boa-fé. Com a menção expressa do art. 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor à “boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”, como princípio básico das relações de consumo – além da proibição das cláusulas que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (art. 51, IV, do referido diploma legal) – o microsistema do *Direito das Relações de Consumo* está informado pelo princípio geral da boa-fé, que deve reger toda e qualquer espécie de relação de consumo, seja pela forma de ato de consumo, de negócio jurídico de consumo, de contrato de consumo etc¹⁵.

A boa-fé na conclusão do contrato de consumo é requisito que se exige do fornecedor e do consumidor (art. 4º, III, do CDC), para que haja **transparência e harmonia nas relações de consumo** (art. 4º, *caput*, do referido diploma legal), buscando o equilíbrio entre os contratantes.

Em se tratando de **contrato de adesão**, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, a teor do que preceitua o art. 47 do CDC. É muito comum o consumidor tomar conhecimento de uma cláusula contratual que atua em seu desfavor apenas quando ocorre o fato que enseja a aplicação daquela cláusula¹⁶. O princípio da **isonomia**,

¹⁴Idem.

¹⁵Ibidem.

¹⁶ O excerto que segue, da lavra do jurista Nelson Nery Júnior, embora redigido quando os aparelhos de toca-fitas ainda preenchiam a maior parte dos painéis dos veículos brasileiros, pode ser bem aplicado ao caso dos autos: “Os contratos de seguro de toca-fitas de automóvel, por exemplo, contém normalmente cláusula de que a cobertura do seguro somente ocorre uma vez. Isso em termos práticos significa: o prazo de vigência do contrato é de um ano *ou* quando ocorrer o sinistro e for efetivada a cobertura. Quando, pela segunda vez no período inferior a um ano, o consumidor se dirige à seguradora para pleitear a cobertura do furto do toca-fitas, recebe alegação sumária de que não tem direito àquela cobertura, porque o contrato já não está mais em vigor. (...) O Código exige que a redação das cláusulas contratuais seja feita de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor para que a obrigação por ele assumida para com o fornecedor possa ser exigível”. (In: *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* comentado pelos autores do anteprojeto. 9ª ed. Rio de Janeiro:



modernamente, tem sido entendido como tendo implicação consequencial de ***igualdade substancial real***, e não apenas formal. Isso se traduz, na prática, com a consideração de que isonomia quer significar tratar desigualmente os desiguais na exata medida de suas desigualdades¹⁷.

d) Da publicidade enganosa. O dolo das empresas que comercializavam aparelhos fisioterápicos. Da lesão sofrida pelos consumidores. Da responsabilidade objetiva e solidária das instituições financeira. Da repetição do indébito, na modalidade em dobro.

A sociedade de consumo é uma realidade inegável, é um fenômeno que afeta a vida de todos os cidadãos e, sendo ela, a um só tempo, fruto de um processo de produção e de um processo de comercialização, impõe-se ao Direito a tarefa de cuidar de ambos. É antes de tudo, uma realidade coletiva, em que os indivíduos (fornecedores e consumidores) e os bens (produtos e serviços) são engolidos pela massificação das relações econômicas. Inseridas nesse novo contexto, as práticas comerciais ganham enorme relevo.

Temos, pois, que as práticas comerciais servem e alimentam a sociedade de consumo, aproximando os consumidores dos bens maciçamente colocados à sua disposição.

A informação, no mercado do consumo, é oferecida em dois momentos principais. Há, em primeiro lugar, uma informação que precede (publicidade, por exemplo) ou acompanha o bem de consumo. Em segundo lugar, no momento da formalização do ato de consumo, isto é, no instante da contratação. Lá temos a informação pré-contratual. Aqui, nos deparamos com a informação contratual.

Para a proteção efetiva do consumidor não é suficiente o mero controle da enganiosidade e abusividade da informação. Faz-se necessário que o fornecedor cumpra o seu dever de informação positiva, com o conhecimento de que o consumidor tem direito a uma informação completa e exata sobre os produtos e serviços que deseja adquirir, em observância ao Princípio da Transparência e da Boa-Fé Objetiva.

Não há sociedade de consumo sem publicidade. E, também, não há

Forense Universitária, p. 556).

¹⁷Idem.



um dever legal, imposto ao fornecedor, de anunciar seus produtos e serviços. O que existe, isto sim, é a obrigação de informar positivamente o consumidor. O legislador demonstrou colossal antipatia pela publicidade enganosa, pois esse traço afeta não apenas os consumidores, mas também a sanidade do próprio mercado, provocando uma distorção no processo decisório do consumidor, levando-o a adquirir produtos e serviços que, se estivesse melhor informado, provavelmente não faria.

No caso em exame, a investigação promovida pelo Ministério Público, através do Inquérito Civil nº. 237/2008, apontou a prática comercial abusiva consistente na celebração de contratos de financiamento com beneficiários da Previdência Social, mediante o pagamento do produto – aparelhos fisioterápicos - através de desconto automático junto ao benefício previdenciário dos consumidores.

É de conhecimento público e notório que inúmeras empresas foram e, ainda são, objeto de investigação por parte do Órgão Ministerial com a venda de produtos falsamente milagrosos, onde os vendedores comparecem nas residências dos consumidores, na sua grande maioria pessoas idosas, de limitadas condições financeiras e pouca instrução, para oferecer-lhes produtos ortopédicos ou fisioterápicos, cujo adimplemento dá-se, em grande parte, realizado pela previdência social.

Através de propaganda enganosa, cujo propósito é lesar consumidores, mediante o comprometimento de obrigações excessivamente onerosas, as empresas utilizam-se do financiamento bancário, com parcelas descontadas diretamente do benefício previdenciário.

Em diversas demandas judiciais instauradas individualmente, verificou-se que os produtos adquiridos tratavam-se de um engodo. O Ministério Público também ajuizou demandas coletivas contra empresas que exploravam a mesma atividade, logrando, em sede de antecipação de tutela, frear senão as atividades, pelo menos os descontos nos benefícios dos aposentados, já que tais empresas não submetiam os produtos comercializados ao licenciamento da ANVISA, tornando-os ineficaz ou impróprio ao uso e ao consumo, nos termos do art. 18, § 6º, II, do CDC.

É necessário frisar que tais empresas, além de não prestarem as informações necessárias, utilizaram-se de publicidade enganosa para ludibriar as



vítimas, desrespeitando, também, o disposto no art. 6º, incisos III e IV, do referido diploma legal.

O consumidor é, reconhecidamente, um ser vulnerável no mercado de consumo. Só que, entre todos os que são vulneráveis, há outros cuja vulnerabilidade é superior à média. São os consumidores ignorantes e de pouco conhecimento, de idade pequena ou avançada, de saúde frágil, bem como aqueles cuja posição social não lhes permite avaliar com adequação o produto ou o serviço que estão adquirindo. Em resumo: são os consumidores hipossuficientes. Protege-se, então, por meio de tratamento mais rígido que o padrão, o consentimento pleno e adequado do consumidor hipossuficiente.

A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns – até mesmo a uma coletividade – mas nunca a todos os consumidores. A utilização, pelo fornecedor, de técnicas mercadológicas que se aproveitem da hipossuficiência do consumidor caracteriza a abusividade da prática.

A prática comercial bem se aproxima de dois vícios do negócio jurídico previstos no Código Civil: o dolo e a lesão.

Visualiza-se na conduta destas empresas o artifício malicioso empregado com o propósito de prejudicar as vítimas, quando da alienação dos aparelhos fisioterápicos. Há a intenção de levar o outro contratante a se desviar de sua real vontade, induzindo-o em erro, o silêncio sobre circunstância desconhecida pela outra parte, a relação de essencialidade entre a omissão dolosa e a declaração de vontade e a omissão do próprio contratante e não de terceiro. De acordo com o art. 145 do Código Civil, o negócio merece ser anulado.

Os aproveitadores da boa-fé e inconsciência dos consumidores, travestidos de vendedores honestos, causaram prejuízo resultante da desproporção existente entre as prestações de um determinado negócio jurídico, em face do abuso da inexperiência, necessidade econômica e leviandade, pois os aposentados lesados, em geral pessoas de idade avançada, de poucos conhecimentos, fragilizados social, física e, por que não dizer, afetivamente, foram vítimas de uma publicidade enganosa, adquiriram um produto ineficaz e assumiram uma obrigação absolutamente desproporcional.

A onerosidade excessiva propicia o enriquecimento sem causa,



razão pela qual ofende o princípio da equivalência contratual, princípio esse instituído como base das relações jurídicas de consumo (art. 4º, III; e art. 6º, II, do CDC).

Concluo, portanto, pela anulação dos contratos firmados, consistentes na comercialização de aparelhos fisioterápicos, devendo ser restituído o valor adimplido pelos consumidores, em dobro, corrigido monetariamente pelo IGP-M a contar de cada pagamento, e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar da citação.

Relativamente à responsabilidade da instituição financeira, por certo, o Código de Defesa do Consumidor, no art. 7º, § único, disciplina a legitimação passiva em casos como o ora analisado, dispondo que tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão objetiva e solidariamente pela violação das normas de consumo. Todos os envolvidos na prestação do serviço ou no fornecimento do produto – que contribuíram para o resultado - são igualmente responsáveis pelos danos originados.

Neste aspecto, tenho que a empresa demanda deve responder solidariamente perante o consumidor, não impedindo que entre si resolvam quem deverá arcar com as consequências do ato, consoante a lição de Ada Pellegrini Grinover:

Preambularmente, importa esclarecer que no pólo passivo desta relação de responsabilidade se encontram todas as espécies de fornecedores, coobrigados e solidariamente responsáveis pelos ressarcimentos dos vícios de qualidade ou quantidade eventualmente apurados no fornecimento de produtos e serviços.

Assim, o fornecedor poderá à sua escolha, exercitar a sua pretensão contra todos os fornecedores ou contra alguns, se não quiser dirigir apenas contra um.

Destaco, também, quanto a identificação do fornecedor, os argumentos de Cláudia Lima Marques, para fins de imputar a responsabilidade solidária, como esclarece o art. 3º do CDC: “é todo aquele que participa da cadeia de fornecimento de produtos e da cadeia de fornecimentos de serviços, pouco importando sua relação direta ou indireta, contratual ou extracontratual com o consumidor”. Explana, também:



... o reflexo mais importante, o resultado mais destacável desta visualização da cadeia de fornecimento, do aparecimento plural dos sujeitos-fornecedores, é a solidariedade dentre os participantes da cadeia mencionada nos art. 18 e 20 do CDC e indiciada na expressão genérica “fornecedor de serviços” ...

Portanto, ainda que o banco réu apenas tenha financiado o valor correspondente à compra e venda dos aparelhos fisioterápicos, incontroverso que integra a cadeia de fornecedores, nos termos da lei consumerista, porque se associou ao fabricante para intervir como financiador na compra dos produtos, concorrendo para o evento danoso e, auferindo, também, a sua parcela de lucro na operação.

A partir da garantia introduzida pelo sistema do Código de Defesa do Consumidor, os contratos a ele submetidos possuem regime peculiar e específico com relação aos vícios aparentes e ocultos. Havendo responsabilidade por vício na qualidade do produto, quando este é impróprio ou inadequado ao consumo a que se destina, o comerciante é solidariamente responsável com os demais integrantes da cadeia de fornecedores, consoante as palavras de Alberto do Amaral Júnior:

A responsabilidade do fornecedor, que deveria conhecer o vício ou não poderia legitimamente ignorá-lo, se funda na culpa presumida. A mais importante consequência que resulta da adoção do princípio da culpa presumida está no fato de que o consumidor lesado não precisa provar a culpa do fornecedor para obter a reparação dos danos provocados pelos vícios do produto. Assim, quer se trate de vícios de qualidade por inadequação quer se trate de vícios de quantidade, vigora o princípio da presunção absoluta de culpa do fornecedor. (AMARAL JUNIOR, Alberto. A responsabilidade pelos vícios do produto no Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, n. 2, São Paulo, 1991. p. 100-124).

Frente ao consumidor, não interessa de quem seja a culpa pelo vício: se do comerciante, do fabricante, do transportador, etc., pois todos respondem por estarem inseridos no conceito genérico de fornecedor. Dúvida não existe, portanto, de que no caso, cabível a responsabilização da instituição, considerando a incidência do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor.

E mais, é necessário frisar que o esquema clássico da responsabilidade objetiva por danos está sujeito ao temperamento do art. 186 do



Código Civil, fundado na configuração da culpa em sentido subjetivo. O dano causado só é indenizável quando o agente age com negligência ou imprudência.

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 renovadas pela consideração de que certas atividades do homem criam um risco especial para outros homens e que o exercício de determinados direitos deve implicar ressarcimento por danos causados. Estavam lançadas as sementes da teoria do risco, abrindo o caminho para a desconsideração da culpa na reparação de determinados danos.

Portanto, tratando-se de responsabilidade objetiva, a mesma somente é afastada quando comprovada alguma excludente, o que não é o caso dos autos. Logo, verificada a ausência de comprovação, pela ré, de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo autor, nos termos do inciso II do art. 333 do Código de Processo Civil, entendo que a procedência dos pedidos deduzidos na inicial é de rigor.

Consequentemente, deverá ser anulado os contratos de financiamento firmado com os consumidores lesados, consistentes na comercialização de aparelhos fisioterápicos, devendo a instituição ré restituir os valores já descontados dos consumidores, em dobro, ressarcindo, também, todos os consumidores que venham a sofrer as consequências danosas das práticas descritas na exordial, corrigido monetariamente pelo IGP-M a contar de cada pagamento e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação (16/06/2009), tornando definitiva a liminar concedida.

e) O dano moral coletivo.

O reconhecimento do direito de indenização em decorrência de **danos morais coletivos** é questão nova e não há ainda uma orientação doutrinária e jurisprudencial consolidada acerca da matéria.

Como bem pondera Leonardo Roscoe Bessa,

“a correta compreensão do dano moral coletivo não se deve vincular, como já se destacou, a todos os elementos e racionalidade próprios da



responsabilidade civil nas relações privadas individuais. Na verdade, o objetivo de se prever, ao lado da possibilidade de indenização pelos danos materiais, a condenação por dano moral coletivo só encontra justificativa pela relevância social e interesse público inexoravelmente associados à proteção e tutela dos direitos metaindividuais. [...] Especificamente em relação à positivação do denominado dano moral coletivo, a função é, mediante a imposição de novas e graves sanções jurídicas para determinadas condutas, atender ao princípio da prevenção e precaução, de modo a conferir real e efetiva tutela ao meio ambiente, patrimônio cultural, ordem urbanística, relações de consumo e a outros bens que extrapolam o interesse individual. É evidente, portanto, neste aspecto, a aproximação com a finalidade do direito penal, pois 'a característica do ordenamento jurídico penal que primeiro salta aos olhos é a sua finalidade preventiva: antes de punir, ou como o punir, evitar o crime' (Francisco de Assis Toledo. Princípios básicos de direito penal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 3)".¹⁸

A dificuldade maior é o reconhecimento da configuração do dano moral coletivo nos interesses difusos, nos quais não há sujeitos determinados ou determináveis, em face dos quais se possa avaliar a ocorrência efetiva do dano extrapatrimonial.¹⁹

Além dessa dificuldade, consoante bem destacou o Desembargador Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, não se pode esquecer que a classificação doutrinária em direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos não pode ser determinante para o afastamento, a priori, de eventual direito indenizatório, tendo em vista que um dano ambiental, p. ex., pode causar ao mesmo tempo um dano em relação a toda coletividade (interesse difuso) e um dano determinado em relação a uma pessoa determinada pertencente a essa coletividade (individual homogêneo)²⁰.

Nesse sentido, Carlos Alberto Bittar Filho, Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro,

"Vem a teoria da responsabilidade civil dando passos decisivos rumo a uma coerente e indispensável coletivização. Substituindo, em seu centro, o

¹⁸ BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. Revista de Direito do Consumidor. n. 59. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set de 2006, p. 91.

¹⁹ Apelação Cível Nº 70018714857, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Julgado em 12/07/2007.

²⁰ Idem.



conceito de ato ilícito pelo de dano injusto, tem ampliado seu raio de incidência, conquistando novos e importantes campos, dentro de um contexto de renovação global por que passa toda a ciência do Direito, cansada de vetustas concepções e teorias.

É nesse processo de ampliação de seus horizontes que a responsabilidade civil encampa o dano moral coletivo, aumentando as perspectivas de criação e consolidação da uma ordem jurídica mais justa e eficaz.

Conceituado como a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, o dano moral coletivo é produto de ação que toma de assalto a própria cultura, em sua faceta imaterial. Diante, pois, da evidente gravidade que o dano moral coletivo encerra, exsurge a necessidade de sua efetiva coibição, para a qual está o ordenamento jurídico brasileiro relativamente bem equipado, contando com os valiosíssimos préstimos da ação civil pública e da ação popular, instrumentos afinados da orquestra regida pela avançada Carta Magna de 1988.

Seja protegendo as esferas psíquicas e moral da personalidade, seja defendendo a moralidade pública, a teoria do dano moral, em ambas as dimensões (individual e coletiva), tem prestado e prestará sempre inestimáveis serviços ao que há de mais sagrado no mundo: o próprio homem, fonte de todos os valores”.²¹

A reparabilidade dos danos coletivos não deve atrelar-se à espécie de direito transindividual em questão, porquanto a sua conceituação não tem o condão de limitar eventual direito individual da parte lesada.

No caso em espécie, posto que passível de individualização os prejuízos materiais, a prática ilícita da ré acarretou também uma ofensa difusa, na medida que afetou um bem abstrato (“ordem econômica”), que se dirige ao próprio indivíduo enquanto pertencente a uma sociedade consumerista.

De todo modo, o juízo de reparabilidade deve levar em consideração o conteúdo do objeto do direito coletivo como elemento indissociável da tutela dos interesses e direitos coletivos. O conteúdo dos direitos coletivos, segundo a doutrina especializada vem defendendo, também ostenta uma dimensão extrapatrimonial, tal como ocorre nos direitos individuais²².

Em relação à questão dos danos morais coletivos, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou nesse sentido, em análise de precedente originário deste Estado, consoante ementa abaixo destacada:

²¹ Artigo publicado na Revista de Direito do Consumidor 12, 1997, São Paulo:RT, p. 60

²² Apelação Cível Nº 70018714857, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Julgado em 12/07/2007.



PROCESSUAL CIVIL RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. REGULAR ANÁLISE E JULGAMENTO DO LITÍGIO PELO TRIBUNAL RECORRIDO. RECONHECIMENTO DE DANO MORAL REGULARMENTE FUNDAMENTADO. 1. Trata-se de recurso especial que tem origem em agravo de instrumento interposto em sede de ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul em desfavor de AGIP do Brasil S/A, sob o argumento de poluição sonora causada pela veiculação pública de jingle que anuncia produtos por ela comercializados. O acórdão impugnado pelo recurso especial declarou a perda de objeto da ação no que se refere à obrigação de fazer, isto porque lei superveniente à instalação do litígio regulou e solucionou a prática que se procurava coibir. O aresto pronunciado pelo Tribunal a quo, de outro vértice, reconheceu caracterizado o dano moral causado pela empresa agravante - em razão da poluição sonora ensejadora de dano ambiental - e a decorrente obrigação de reparação dos prejuízos causados à população. Daí, então, a interposição do recurso especial que ora se aprecia, no qual se alega, em resumo, ter havido violação do artigo 535 do Código de Processo Civil. 2. Todavia, constata-se que o acórdão recorrido considerou todos os aspectos de relevância para o julgamento do litígio, manifestando-se de forma precisa e objetiva sobre as questões essenciais à solução da causa. Realmente, informam os autos que, a partir dos elementos probatórios trazidos a exame, inclusive laudos periciais, a Corte a quo entendeu estar sobejamente caracterizada a ação danosa ao meio ambiente perpetrada pela recorrente, sob a forma de poluição sonora, na medida em que os decibéis utilizados na atividade publicitária foram, comprovadamente, excessivos. Por essa razão, como antes registrado, foi estabelecida a obrigação de a empresa postulante reparar o prejuízo provocado à população. 3. A regular prestação da jurisdição, pelo julgador, não exige que todo e qualquer tema indicado pelas partes seja particularizadamente analisado, sendo suficiente a consideração das questões de relevo e essencialidade para o desate da controvérsia. Na espécie, atendeu-se com exatidão a esse desiderato. 4. Recurso especial conhecido e não-provido. (REsp 791653/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06.02.2007, DJ 15.02.2007 p. 218).

Para finalizar a conceituação do tema e seu cabimento ao caso em testilha, reproduzo excertos da lavra do Desembargador Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, integrante da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relator da apelação cível nº 70018714857, julgada em 12/07/2007:

“Entendo, portanto, inexorável também o reconhecimento da



dimensão extrapatrimonial dos interesses e direitos coletivos, que merecem tratamento diferenciado, especialmente por se dirigirem à proteção de valores que transcendem ao indivíduo.

Reconhecida a reparabilidade do dano extrapatrimonial coletivo decorrente de ofensa a direito transindividual, há que se proceder à análise da questão da prova desse dano.

Os direitos transindividuais devem observar a mais ampla garantia de proteção na defesa dos direitos ou interesses coletivos (rt. 83 do CDC)".

Nesse contexto, utilizando das observações traçadas por André Carvalho Ramos²³, destaco que a dor psíquica que alicerçaria o dano moral individual acaba cedendo lugar (sem excluí-lo), no caso do dano moral coletivo, a um sentimento de despreço e de perda de valores essenciais que afetam negativamente toda uma massa de consumidores. Tal intranquilidade e sentimento de despreço gerado pelos danos coletivos, justamente por serem indivisíveis, **acarreta lesão moral que também deve ser reparada coletivamente**.

Segundo farta doutrina, o dano moral individual é constatado a partir da prova do fato em si (lesão ao bem), não sendo necessária a prova da "dor psíquica" sofrida pela parte. É o chamado dano "*in re ipsa*". Em outras palavras, "a coisa fala por si" ("*re ipsa loquitur*"). Na esteira da ampla garantia de proteção na defesa dos direitos ou interesses coletivos (CDC, art. 83), entendo que também deve ser aplicada essa mesma orientação na constatação dos danos morais coletivos²⁴.

Nesse sentido, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho:

"Em consequência, é perfeitamente possível que o ordenamento jurídico, protegendo um interesse público deduzível de seus princípios, imponha, à sua violação, uma sanção de natureza não-penal. Em outros termos, o ordenamento jurídico pode tutelar diretamente o interesse público com outras formas de sanções, como a sanção peculiar do direito privado: o ressarcimento ou a reintegração específica. E não há necessidade de existir norma específica determinando a reparação, mas basta que o interesse esteja protegido pelo sistema normativo, que compreende não só a norma

²³ In: Ação civil pública e o dano moral coletivo. Revista de Direito do consumidor, São Paulo, v. 25, p. 80-98, jan-mar. 1998.

²⁴ Apelação Cível Nº 70018714857, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Julgado em 12/07/2007.



mas também os princípios gerais”.²⁵

Destaco, também, Xisto Tiago de Medeiros Neto,

“No dano moral coletivo, da mesma forma que o dano moral de natureza individual, a responsabilidade do ofensor, em regra, independe da configuração da culpa, decorrendo, pois, do próprio fato da violação, ou seja: revela-se com o *dammum in re ipsa*. É isso expressão do desenvolvimento da teoria da responsabilidade objetiva, em compasso com a evolução da vida de relações, verificada na sociedade atual”.²⁶

Por todo o exposto, forçoso reconhecer que a conduta da ré acarretou dano moral coletivo aos consumidores, pois expostos às suas práticas empresariais abusivas.

Assim, considerando as peculiaridades do caso concreto, a torpeza e a ganância da ré, a imediata frustração com o produto logo após sua aquisição e os transtornos daí advindos, bem como o caráter sancionador da medida, tenho por fixar o valor da indenização por dano moral coletivo em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Trata-se de quantia adequada para reparar o dano sem que importe em enriquecimento ilícito da parte contrária, e com suficiente carga punitivo-pedagógica, para evitar novas ocorrências da espécie. Os valores reverterão para o Fundo dos Bens Lesados pelos danos patrimoniais e morais coletivamente causados aos consumidores difusamente considerados

A correção monetária, pelo IGP-M, deverá incidir a partir da publicação desta sentença, ao passo que os juros moratórios de 1% (um por cento ao mês) incidirão desde a citação.

f) Contratos findos.

Reconhecida a ilegalidade nas cobranças, deverá a ré, consoante o acima exposto, restituir os valores indevidamente cobrados dos consumidores. Atento que a prática atingiu direitos protegidos pela carga de princípios dirigidos às relações de consumo, o limiar de complacência em relação às práticas abusivas,

²⁵ Responsabilidade por dano não-patrimonial a interesse difuso (dano moral coletivo), Revista da EMERJ, v. 3, 2000, p. 29

²⁶ Dano moral coletivo: fundamentos e características, Revista do Ministério Público do Trabalho, 2002, p. 96.



deve considerar, no meu sentir, a impossibilidade de consagrar a abusividade, mesmo nas situações consumadas, à pretexto de uma visão descontextualizada do ato jurídico perfeito ou de uma segurança jurídica divorciada do sistema de garantias.

Todos os contratos, findos ou em andamento, constituem instrumentos hábeis para o reembolso dos valores, reconhecido neste provimento jurisdicional o direito de cada consumidor.

g) Abrangência desta decisão.

Deve ser definida a questão, no que diz aos beneficiários da presente decisão judicial, em face da aparente limitação imposta pelo art. 16, da Lei 7.347/85, assim redigido:

Art. 16: “A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, 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.”

O dispositivo foi introduzido por Medida Provisória, que se transformou na Lei 9494/97 e, em que pese ser norma posterior ao CDC, deverá sofrer interpretação atendendo os princípios que norteiam o processo civil, designadamente na lógica das ações coletivas, no que diz ao alcance que se pretende dar a elas e a sua viabilidade no Brasil.

O CDC, em seu art. 103, confere às demandas coletivas efeitos *erga omnes* e *ultra partes*, especificando tais efeitos nos incisos I, II e III do citado artigo. Notadamente, o dispositivo referendou a teoria da coisa julgada *secundum eventum litis*. O sistema adotado estabelece uma relação entre os limites subjetivos da coisa julgada e as eficácias *ultra partes* e *erga omnes*. É uma decorrência natural da indivisibilidade dos interesses pautados pelas demandas coletivas, quer pela perspectiva dos direitos, quer pela extensão dos danos a serem evitados ou reparados.

Por serem direitos indivisíveis com abrangência geral, o efetivo acesso à justiça, na sua equivalência substancial, ocorre com a universalização dos efeitos da sentença, aqui traduzida com a extensão de seus efeitos à integralidade



das pessoas que tiveram seus interesses atingidos, isso porque, o caráter homogêneo do direito individual deve ser o critério determinante da amplitude da jurisdição e não a competência territorial do órgão julgador. Conclusão imperiosa em face da já citada indivisibilidade dos interesses postos *sub judice*.

A aplicação do art. 16, da Lei 7.347/85, limitando a competência territorial, deve ser interpretada como uma regulação de competência funcional ligada à organização judiciária do Estado, servindo apenas para definir a competência para processar e julgar o feito, não devendo a regra, que é de cunho meramente organizacional, acarretar severo prejuízo aos fins maiores da demanda coletiva, que é evitar a explosão de ações individuais e repetição de ações coletivas. Neste sentido, utilizo a percuciência de Nelson Nery Jr., ao analisar os limites subjetivos da coisa julgada em demandas coletivas:

“Trata-se de instituto criado para que a solução de pretensões difusas, coletivas e individuais homogêneas sejam tomadas em ação única. Do contrário, o instituto não teria serventia prática. (...)”

Não é relevante indagar-se qual a justiça que proferiu a sentença, se federal ou estadual, para que dê o efeito extensivo da coisa julgada. A questão não é nem de jurisdição nem de competência, mas de limites subjetivos da coisa julgada, dentro da especificidade do resultado de ação coletiva, que não pode ter a mesma solução dada pelo processo civil ortodoxo às lides intersubjetivas”.²⁷

O próprio articulista sustenta, também, a inconstitucionalidade da nova versão do art. 16, da Lei 7.347/85, por ferir o princípio do direito de ação, da razoabilidade e da proporcionalidade, além de ter sido introduzido no sistema legal brasileiro pela via da medida provisória, sem atender os requisitos de urgência e relevância. Refere que “*não há limitação territorial para a eficácia erga omnes da decisão proferida em ação coletiva*”, denunciando a lamentável confusão entre limites subjetivos da coisa julgada e jurisdição e competência. Diz mais: até uma sentença de divórcio tem efeito em todo território nacional²⁸.

É importante termos presente que o efeito *erga omnes* da coisa julgada é vital para a plena introdução, no nosso País, da via coletiva de enfrentamento dos conflitos sociais de massa. Essa constatação é relevante para

²⁷ Código de Processo Civil Comentado e Legislação extravagante, 2004, pg. 1455.

²⁸ Idem, p. 1456.



entendermos que não se pode restringir os efeitos de uma decisão judicial que venha a garantir direitos indivisíveis sem ferir o pacto constitucional.

Tenho, desta forma, que deverá ser a indivisibilidade do dano o critério determinante para definir o alcance da decisão, critério este que norteará também a amplitude territorial da sentença, e, como dito, não pela regra da competência motivada pela divisão do trabalho do Poder Judiciário no território nacional.

É oportuno esclarecer que não se está a patrocinar a usurpação da competência do STF, definida no art. 102, da Constituição Federal. O próprio STF já enfrentou a matéria ao julgar reclamação proposta contra o Tribunal de Alçada de São Paulo, por exarar decisão em ação coletiva, conferindo à mesma efeitos em todo território nacional. Como podemos observar de uma parcial do voto do Relator, o Ministro Ilmar Galvão:

“Afastadas que sejam as mencionadas exceções processuais – matéria cujo exame não tem aqui cabimento – inevitável é reconhecer que a eficácia da sentença, no caso, haverá de atingir pessoas domiciliadas fora da jurisdição do órgão julgador, o que não poderá causar espécie, se o Poder Judiciário, entre nós, é nacional e não local. Essa propriedade, obviamente, não seria exclusiva da ação civil pública, revestindo, ao revés, outros remédios processuais, como o mandado de segurança coletivo, que pode reunir interessados domiciliados em unidades diversas da federação e também fundar-se em alegação de inconstitucionalidade de ato normativo, sem que essa última circunstância possa inibir o seu processamento e julgamento em Juízo de primeiro grau que, entre nós, também exerce controle constitucional das leis.

Não cabe, portanto, afirmar, como fez a inicial, que a ação pública civil em tela outra coisa não fez senão impugnar, conquanto por via oblíqua, o conteúdo normativo, ainda que parcial, do art. 17, I, da Lei nº 7.730/89, nem que essa providência somente poderia ter sido posta em prática por quem constitucionalmente legitimado a fazê-lo perante o Supremo Tribunal Federal. Tampouco, conseqüentemente, que, ao processá-la e julgá-la, haja a Corte reclamada usurpado competência deste Tribunal, dando lugar à reclamação prevista no art. 102, I, 1, da CF.

No primeiro caso, porque, como visto, se trata de ação ajuizada, entre partes contratantes, na persecução nítida de bem jurídico concreto, individual e perfeitamente definido, de ordem patrimonial, embora sob alegação de ser inconstitucional o dispositivo legal que aparentemente estaria impedindo o seu gozo; e, no segundo, porque esse objetivo jamais poderia ser alcançado pelo autor, ora reclamado, em sede de controle in



abstracto de ato normativo, não havendo espaço, portanto, para concluir, sem incidir em manifesta contradição, que invadiu a jurisdição concentrada privativa do Supremo Tribunal Federal o julgador que proferiu decisão insuscetível de ser ditada por esta própria Corte nas circunstâncias apontadas.

O meu voto, assim, é no sentido de julgar improcedente a reclamação”.²⁹

Outra conclusão seria de difícil praticidade e até aplicabilidade. Caso considerássemos como destinatários da presente os domiciliados em Porto Alegre na data do ajuizamento da ação, o alcance da sentença seria: limitado no espectro de abrangência dos interessados; ineficaz no âmbito da administração da justiça (por que não evitaria novas demandas em outros territórios) e inconstitucional sob a ótica da isonomia ao acesso ao Judiciário.

O acesso à justiça e o princípio da universalidade da jurisdição, têm como pilar de sustentação a teoria da coisa julgada, compondo o sistema de tutela coletiva brasileiro, juntamente com a adoção do modelo de substituição processual que viabiliza o atendimento de interesses na dimensão transindividual.

No caso, o autor, por força do art. 82, do CDC, atua como substituto processual de todos os interessados na relação jurídica atacada. A supressão de qualquer dos substituídos, através da limitação dos efeitos da decisão por critérios de quadrantes regionais, firmados no restrito âmbito da competência territorial do Juiz, fere o sistema legal adotado para solucionar os conflitos coletivos no Brasil. Pior, o torna não efetivo. É inarredável a incidência dos princípios constitucionais elencados, e imperiosa sua referência jurisdicional. Não podemos olvidar que o modelo republicano atribui à jurisdição constitucional, no dizer de Jürgen Habermas³⁰, o papel de guardião da democracia deliberativa.

Por estes fundamentos, a presente decisão deverá atingir todas as pessoas que, no país, celebraram contrato com o réu, na forma como postulado na inicial.

h) Fundamentação dos dispositivos deste provimento jurisdicional.

²⁹ Reclamação n. 602-6-São Paulo – 1997 – Relator Min. Ilmar Galvão.

³⁰ Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade, Ed. Tempo Brasileiro. Vol. I 1997, pg. 341.



Algumas medidas vislumbro necessárias para assegurar o alcance e efetividade da presente sentença ao direito material reconhecido.

Os desafios impostos ao Judiciário na busca de abolir a morosidade processual são imensos. A via legislativa vem contribuindo com novas normas processuais direcionadas à celeridade e efetividade da decisão judicial, exigindo comandos sentenciários direcionados à efetividade da tutela deferida.

A massificação das relações de consumo, tem como característica a existência de um ator hegemônico que aparece como detentor do poder contratual e tecnológico, denominado fornecedor e, no pólo oposto, o cidadão, ente submetido e fragilizado pela opressão do fenômeno consumista, a tal ponto que leva a denominação de consumidor, por isso destinatário de norma protetiva.

A alta tecnologia, centralizada nas mãos de poucos (como dito, identificados como atores hegemônicos da economia) causa um desequilíbrio nas relações sociais que resulta numa litigiosidade endêmica, mesmo que reprimida, já que as legiões de vítimas dos abusos perfilam num quadro de insatisfação que influencia na qualidade de vida. O geógrafo e filósofo Milton Santos, bem percebeu o fenômeno:

“No período histórico atual, o estrutural (dito dinâmico) é, também, crítico. Isso se deve, entre outras razões, ao fato de que a era presente se caracteriza pelo uso extremado de técnicas e de normas. Uso extremado das técnicas e a proeminência do pensamento técnico conduzem à necessidade obsessiva de normas. Essa plethora normativa é indispensável à eficácia da ação. Como, porém, as atividades hegemônicas tendem a uma centralização, consecutiva à concentração da economia, aumenta a inflexibilidade dos comportamentos, acarretando um mal-estar no corpo social”.³¹

O fenômeno que aponto tem gerado consequências no funcionamento do Estado, além do mal-estar social referido pelo articulista citado. Acarreta uma explosão de litígios com destinos bifurcados. Pequena parte rumo aos tribunais, a outra e muito maior, remanesce contida na sociedade.

Mas a parcela que chega ao Judiciário, pela via da demanda individual, ao mesmo tempo que assoberba e inviabiliza a jurisdição, não resolve o

³¹ Por Uma Outra Globalização, do Pensamento Único à Consciência Universal, Record - pg. 36.



conflito social, gerando uma crescente tensão. Em suma, a via individual, nos casos em tela, torna-se perniciosa tanto ao funcionamento do Estado-judiciário, como ao convívio social.

Os altos padrões tecnológicos aplicados às relações de consumo, padronizando os contratos e as práticas de exploração comercial, potencializados em vínculos comerciais fundados em cláusulas centralizadas que oneram milhões de pessoas, acabam criando e recriando, com constância inabalável, conflitos de massa. Tais conflitos tradicionalmente vêm sendo judicializados pela via individual, demonstrando ausência de efetividade no que diz à composição integral do dano amargado pelo coletivo de vítimas.

Em recente obra publicada Voltaire de Lima Moraes percebe o fenômeno e afirma:

“Num conflito de massa (macrolide), o grau de litigiosidade é maior que o verificado num intersubjetivo (microlide), levando em conta os inúmeros interesses contrariados ou direitos lesados, em decorrência de serem várias as pessoas atingidas; e o não dirimir esse conflito, decorrente de uma decisão terminativa, sem resolução de mérito, intensifica essa litigiosidade, causada por uma frustração em ver decidido um processo, mas não a relação de direito material posta em juízo”.³²

Mas já existem mecanismos processuais à disposição do judiciário, quer nos institutos que introduziram o processo coletivo, quer nas novas regras processuais constantes nas últimas reformas do CPC, especificamente àquelas que aboliram o princípio da tipicidade das formas executivas, conferindo ao juiz a atribuição de realizar a sentença mediante a busca do meio mais idôneo para solução integral do litígio coletivo, pelas técnicas processuais decorrentes das cláusulas abertas contidas nos art. 461 e art. 461-A do CPC e art. 84 do CDC.

Assim, tais reformas processuais equiparam a atividade jurisdicional dando poderes ao juiz para realizar o direito material, com mecanismos de utilização compulsória, já que direcionados a atingir o direito fundamental à tutela efetiva, incluindo o tempo razoável do processo, aqui na sua dimensão de preceito fundamental, incorporado pela Emenda 45.

O comportamento do legislador voltado à efetividade da decisão

³² In: Ação Civil Pública – Alcance e Limites da Atividade Jurisdicional, Livraria do Advogado, pg. 56.



judicial foi antecedido por uma mudança nos paradigmas de solução de conflitos. A busca pela realização do julgado levou a doutrina a repensar o sistema de classificação das sentenças dedicando esforços no aperfeiçoamento dos provimentos da decisão, valorizando a noção mandamental da sentença.

A importância dos provimentos na busca da efetividade jurisdicional é bem apontada por Pedro Lenza:

“Percebe-se, desta feita, a necessidade de provimentos jurisdicionais mais bem adequados, com o objetivo, acima de tudo, de preservação do objeto material pretendido, qual seja, 'a tutela específica' a ser analisada, particularmente em relação às ações coletivas que tem como objeto bens transindividuais”.³³

As determinações constantes no provimento da presente decisão estão levando em conta, sobretudo, a efetividade da jurisdição, já que visam à absorção racionalizada da demanda judicial. Assim, a via mandamental utilizada, contemplada no processo civil brasileiro, ainda subutilizada, bem verdade, aponta-se como imperiosa medida para resolver com celeridade os processos individuais sobre o mesmo litígio, indo mais além: beneficiando os lesados que não ingressaram em juízo.

Não temos mais tempo e espaço para postergarmos uma mudança de cultura na forma de soluções dos conflitos judiciais, considerando a metamorfose observada na conflitualidade social produzida pela relação de consumo massificada.

O litígio aqui apreciado tem suas especificidades, mas não é um fenômeno isolado no sistema judicial. Essa é a questão que assume importância. Litígios de âmbito coletivo, com as mesmas características, brotam no meio social porque decorrem das práticas de consumo já abordadas, sinalizando que o Judiciário, a permanecer amarrado na concepção individual de solução de conflitos de massa, sucumbirá à demanda ante os limitados recursos orçamentários, que lhe dão estrutura necessária para atender milhões de demandas sobre a mesma questão jurídica.

O custo de cada processo judicial, segundo dados publicados no site

³³ in Teoria Geral da Ação Civil Pública, 2ª Edição, RT, pg. 334.



do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em média, no ano de 2006, chegou a quase R\$ 400,00, já tendo superado esta marca nos anos anteriores (2004 em R\$ 451,38 e 2005 em R\$ 477,93). Mas com o rigorismo que deve ser salientado, não se está buscando adequar os serviços judiciais à disponibilidade orçamentária, em hipótese alguma, ao contrário, o inexorável está na imperiosa adequação dos gastos à excelência dos serviços prestados pelo Estado Judiciário, como melhor e mais eficaz contrapartida pela carga tributária imposta à sociedade. Em síntese, se busca a eficiência e efetividade dos serviços, sem desperdiçar recursos com métodos anacrônicos de solução de conflito.

Tenho que o enfrentamento individual de tais conflitos assume uma moldura autofágica, ausente de racionalidade e com visíveis sinais indicando para a falência do sistema judicial, caso continue admitindo a subversão de princípios processuais vitais ao acesso à justiça.

O tratamento dos litígios de massa deve ser coletivo, porque causa dano coletivo, um direito violado gera legiões de vítimas. É dizer, o dano coletivo vem de uma única origem. Uma conduta e milhares ou milhões de atingidos. O fenômeno exige resposta efetiva e abrangente, de forma que resolva integralmente o litígio sem proporcionar o represamento de litigiosidade na sociedade ou inviabilize a atividade jurisdicional aos poucos vitimados que buscam o Judiciário. Somente o processo coletivo é capaz de responder a esta demanda, quando judicializada. É isso que busca essa decisão: adequar a jurisdição à realidade do conflito. Solver o litígio integralmente e coibir outros tantos. Em síntese, visa a pacificar a sociedade, no que foi afetada pelo conflito aqui julgado

Na linha desta exposição, as determinações exaradas buscam a completa efetividade da decisão sem, contudo, inviabilizar o Poder Judiciário, impondo à parte requerida o encargo de concretizar o direito material violado, para não sobrecarregar e onerar o Estado judiciário, porque o processamento de milhões de pedido individuais, de conhecimento, de liquidação e executórios, consomem verbas orçamentárias originadas de todos os cidadãos, superando qualquer razoabilidade que todos paguem pelo comportamento ilícito de um.

Mais, na forma com que o Judiciário vem atendendo as demandas de massa, como as da telefonia, por exemplo, o ente estatal acaba atuando como um verdadeiro departamento de corporações privadas, destinando grande quantidade de verbas orçamentárias para resolver os problemas advindos da exploração



comercial de atividades hegemônicas. Chega-se ao limite quando tais corporações utilizam até as dependências físicas do Poder Judiciário como se fosse uma de suas sucursais.

O legislador muito bem percebeu os desdobramentos das modernas relações comerciais promotoras de conflitos de massa, e instrumentalizou a atividade jurisdicional com os arts. 461 e 461-A do CPC e, antes, com o art. 84 do CDC. Esses dispositivos propiciaram a abolição da idéia de absoluta congruência entre o pedido e a sentença, com a concentração de toda carga de tutela no direito material postulado, liberando a atividade jurisdicional das amarras da tipificação dos atos executórios e concedendo liberdade de buscar o meio mais idôneo à solução do conflito.

Tais meios, por decorrerem de cláusulas abertas, devem atender o critério da proporcionalidade, porque é o critério de controle da atividade judicial. Assim, a escolha das ordens judiciais destinadas à efetividade do direito concedido, imperiosamente deve atender critérios de adequação, necessidade - aqui dimensionado no meio mais idôneo - e de menor restrição possível ao réu.

Na linha esboçada, a realização do direito concedido aos consumidores que celebraram negócio com a parte requerida e que não ingressaram em juízo, deverá ser promovida e executada pela própria parte requerida, nos termos determinados na parte dispositiva desta sentença, respaldadas pelos fundamentos específicos aqui delineados, nos moldes do disposto no parágrafo 5º do art. 461 do CPC, que autoriza a imposição de obrigações diversas das requeridas na inicial quando destinadas apenas a efetivar o direito material reconhecido, consoante observado por Luiz Guilherme Marinoni, ao abordar as amarras impostas pelo hermético princípio da congruência entre o pedido e a sentença:

“Essa proibição tinha que ser minimizada para que o juiz pudesse responder à sua função de dar efetiva tutela aos direitos. Melhor explicando, essa regra não poderia mais prevalecer, de modo absoluto, diante das novas situações de direito substancial e da constatação de que o juiz não pode mais ser visto como um 'inimigo', mas como representante de um Estado que tem consciência que a efetiva proteção dos direitos é fundamental para a justa organização social. Pois bem: os arts. 461 do CPC e 84 do CDC - relativos às 'obrigações de fazer e de não fazer' - dão ao juiz a possibilidade de impor a multa ou qualquer outra medida executiva



necessária, ainda que não tenham sido pedidas. O art. 461 do CPC, por exemplo, afirma expressamente, no seu §4º, que o juiz poderá impor multa diária ao réu, 'independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação', e no seu §5º que 'poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como ...'.³⁴

Não se está abdicando da judicialização da execução, apenas se coloca ao encargo da parte causadora do dano sua efetivação, para que a extensão do prejuízo social não alcance patamares maiores do que já alcançou, o que certamente ocorrerá com as futuras liquidações e execuções individuais que ocorrerão visando à realização da tutela aqui deferida, levando em conta os milhares de consumidores que serão beneficiados e que não ingressaram em juízo. Não podemos esquecer que o judiciário é um ente vital ao funcionamento do Estado e sua ineficiência gera desorganização social. A prática de milhões de procedimentos para dar efetividade às execuções coletivas, consomem recursos preciosos para que o Poder Judiciário cumpra seu papel constitucional, onerando, inclusive, a parte sobre a qual recaem as obrigações impostas pela sentença.

Visando a dar mais eficiência à realização do direito concedido aos que não ingressaram em juízo com demandas individuais, deverá a sentença ser cumprida pelos requeridos, mediante prestação de contas em juízo, que será submetida a profissional técnico na área de contabilidade que exercerá atividade de gestor da execução, como auxiliar do juízo.

Tal medida é compatível com a realidade do presente processo, pois visa tornar efetiva a sentença sem onerar o Poder Judiciário, os consumidores e a própria requerida que não irá despender de consideráveis valores em despesas judiciais. Além disso, aponta-se como necessária à efetivação da tutela concedida, consoante permissivo do § 5º do art. 461, do CPC, a adoção de mecanismos que possibilitem o resultado prático da sentença. Assinalo que não existe explicitamente um tipo processual que imponha a utilização de auxiliar na execução da sentença, sequer poderia existir. A concepção processual que aboliu a tipificação dos atos executórios é incompatível nos procedimentos herméticos, já que demonstraram ser ineficientes à realização da sentença. Mesmo assim, a figura do auxiliar já vem sendo utilizada em outros sistemas jurídicos como o *receiver* ou *master*, ou

³⁴ in: As novas Sentenças e os Novos Poderes do Juiz para Prestação da Tutela Jurisdicional Efetiva – www.Professormarinoni.com.br.



administrador ou *committees*, do sistema norte americano³⁵.

Aqui atendidos os rigores do devido processo legal, as medidas estão sendo adotadas em decisão terminativa e justificadas em paradigma legal tipificado, além de estar autorizado por cláusula geral processual, concedida pelo art. 461, § 5º, do CPC.

São estas as justificações dos provimentos da decisão.

III – Por todo o exposto, nos termos do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil, **JULGO PROCEDENTES** os pedidos elaborados pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO** em desfavor de **BANCO BMC S/A**, tornando definitiva a liminar concedida, extinguindo a fase de conhecimento, com resolução do mérito, para:

- a) **ANULAR** os contratos de financiamento de produtos fisioterápicos, findos ou em andamento, firmados com os consumidores lesados;
- b) **CONDENAR** a ré ao ressarcimento, em dobro, dos valores desembolsados pelos consumidores, em relação aos contratos findos e em andamento, bem como daqueles consumidores que venham a sofrer as consequências danosa da prática descrita na exordial, corrigidos monetariamente pelo IGP-M, a contar de cada desembolso, e acrescidos de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar da citação (16/06/2009);
- c) **CONDENAR** a ré ao pagamento de indenização por dano moral coletivo no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), corrigido monetariamente pelo IGP-M, a contar da publicação desta sentença, e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar da citação, a ser destinado ao Fundo mencionado na fundamentação;
- d) **DETERMINAR** que a ré junte aos autos, em CD-ROM, relação dos consumidores que adquiriram o produto, mediante contrato de financiamento com a ré, ainda que já findo, no prazo de 90 (noventa) dias, sob pena de multa diária no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil

³⁵ In: WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*, 8ª ed. Pg. 846.



reais);

e) DETERMINAR que os valores referentes aos consumidores não localizados ou que não procurarem a ré deverão ser depositados em juízo e posteriormente destinados ao Fundo de que trata a Lei nº 7.347/85, tudo com comprovação nos autos;

f) DETERMINAR que, para ciência da presente decisão aos interessados, deverá a demandada publicar às suas expensas, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da data em que não houver mais recurso dotado de efeito suspensivo, o inteiro teor da parte dispositiva da presente decisão, em jornais de circulação estadual e nacional, na dimensão mínima de 20cm x 20cm e em cinco dias intercalados, sem exclusão da edição de domingo, sob pena de multa de R\$ 1.000,00 (um mil reais);

g) DETERMINAR que a ré, no prazo de 5 (cinco) dias, efetue a suspensão dos descontos efetuados nos benefícios previdenciários dos consumidores, referente ao negócio jurídico em questão, cuja ilegalidade tenha sido ou venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário ou através do Termo de Ajustamento de Conduta celebrado com o Ministério Público, sob pena de multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais);

h) DETERMINAR que a ré, no prazo de 5 (cinco) dias, proceda na baixa dos registros constantes na base de dados do SPC e do SERASA, de contratantes de empréstimos referentes as empresas relacionadas na petição inicial, cujos consumidores tenham se utilizado do financiamento da instituição-ré, sob pena de multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais);

i) DETERMINAR que seja oficiado ao Instituto Nacional de Seguro Social ou outro órgão que tenha ou esteja procedendo aos descontos, para cumprir a determinação constante na letra “a”, sob pena de multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais);

j) ao Sr. Escrivão, decorrido o prazo recursal contra esta sentença, deverá disponibilizar, através do sistema de informática a todos os cartórios cíveis e judiciais do Estado do Rio Grande do Sul, cópia da ementa da presente decisão, com certidão de interposição de



recurso e dos efeitos em que recebido, ou do trânsito em julgado, se for o caso, para, se assim entender o titular da jurisdição, iniciar-se a liquidação provisória do julgado, nos termos dos arts. 97 do CDC, c/c art. 475-A do CPC;

O cumprimento espontâneo da presente decisão ensejará liberação do demandado das multas fixadas, desde que atendidos os prazos estabelecidos.

Os provimentos desta decisão poderão ser modificados, na forma do art. 461, §6º, do CPC, visando a efetividade da decisão.

Expeça-se edital nos termos do art. 94 do CDC.

Condeno a ré ao pagamento integral das despesas processuais. Incabível a condenação em honorários em favor do Ministério Público, haja vista a vedação do artigo 128, §5º, inciso II, letra “a”, da Constituição Federal, e a interpretação que deve ser dada a partir da análise do art. 18 da Lei nº 7.347/8536.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Porto Alegre, 04 de julho de 2011.

Laura de Borba Maciel Fleck,
Juíza de Direito

³⁶ Cito, exemplificativamente: Apelação Cível nº 70020349916, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 21/11/2007.