

Circunscrição : 1 - BRASILIA**Processo : 2015.01.1.094952-9****Vara : 209 - NONA VARA CÍVEL DE BRASÍLIA**

Processo : 2015.01.1.094952-9

Classe : Ação Civil Coletiva

Assunto : DIREITO DO CONSUMIDOR

Autor : INSTITUTO BRASILEIRO DE POLITICA E DIREITO DA INFORMATICA IB

Réu : APPLE COMPUTER BRASIL LTDA

Sentença

I. RELATÓRIO

Trata-se de ação civil coletiva indenizatória proposta em 19.08.2015 por INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICA E DIREITO DA INFORMÁTICA - IBDI em face de APPLE COMPUTER BRASIL LTDA., partes qualificadas.

Pretende a parte autora obter a condenação da ré ao pagamento de indenização por suposto dano moral coletivo/social, em razão de aparente configuração defeituosa de sua loja de aplicativos (plataforma de distribuição), o que permitiria a menores de idade fazer compras no interior de aplicativos ("applets"), sem o conhecimento ou permissão dos pais, bem como por supostamente empregar método comercial abusivo e publicidade enganosa, já que, no seu entender, a ré distribui e anuncia produtos como gratuitos em sua loja de aplicativos ("free apps"), quando, na verdade, os apps não ostentam tal qualidade.

Alega, pois, que no interior desses aplicativos se pode fazer compras que são debitadas na conta do usuário, ou seja, do titular da senha no sistema (plataforma) de loja virtual. Segundo a parte autora, a demanda ainda teria por fundamento pleito indenizatório pela prática de supostas condutas anticoncorrenciais da ré, que, valendo-se de sua posição de domínio no mercado, impede que outras plataformas forneçam os aplicativos que fabrica. Prossegue em seu relato, tecendo esclarecimentos sobre o que seriam "apps" e como funcionaria o modelo de distribuição de aplicativos para dispositivos móveis estruturados pela ré.

Explica que o processo de compra de um aplicativo ("app") para "iPhone" ou "iPad" é uma transação (contrato) entre o proprietário do dispositivo móvel (telefone ou tablet) e a requerida, desde que o usuário tenha uma conta de acesso à internet. Assim, ao escolher o aplicativo desejado na "App Store" (loja de aplicativos), o proprietário clica sobre o ícone do mesmo para iniciar o processo de transferência ("download") para o dispositivo móvel (celular ou tablet) do usuário. Expõe que para referendar a compra, a ré Apple exige que o usuário autentique o processo de compra do aplicativo, o que se dá mediante a inserção de senha ("Apple ID"), representativa da conta pessoal do proprietário do equipamento eletrônico.

Segundo aponta, antes de 2011, a ré permitia que, uma vez inserida a senha, esta ficasse ativa por mais 15 (quinze) minutos, intervalo em que não era preciso reinseri-la para fazer qualquer outra compra na loja de aplicativos, fato que seria desconhecido da maioria dos usuários, que não sabiam dessa particularidade, já que não eram informados desse aspecto do negócio. No entender da autora, essa atividade não é apenas uma falha de informação, mas sim uma publicidade enganosa ou prática comercial abusiva. A adoção de "apps" do tipo "freemium" aumentaria a vulnerabilidade dos consumidores, pois seria o modelo mais eficiente para monetizar a atividade de desenvolvedores de "softwares", numa espécie de operação denominada "in-app purchase", incorporando as características de abusividade, notadamente em um universo em que as crianças são a maior parte dos usuários, fato que se pode extrair da lista dos aplicativos mais baixados (jogos infantis).

Para fundamentar sua pretensão, a parte autora cita exemplos em que usuários menores teriam feito compras em outros países, o que teria levado as autoridades desses países a imporem sanções e multas, fato este supostamente ignorado pelas autoridades brasileiras. Para corrigir essa suposta distorção, a autora optou pelo ajuizamento da ação coletiva sob exame, numa tentativa, segundo argumenta, de regular o mercado de aplicativos para dispositivos móveis, protegendo os consumidores. Citou ainda estudos e gráficos contendo indicadores sobre o uso e comércio de "smartphones", tanto no Brasil quanto no mundo, onde os consumidores brasileiros ocupariam uma posição destacada nesse cenário, já que 31% dos usuários baixam um "app" diretamente dentro de outro "app" ("in app purchases"). Prossegue dizendo que os apps do tipo "freemium" os mais lesivos, já que, como afirmado, são propagandeados como gratuitos, mas

escondem transações onerosas embutidas, o que vem lesando os consumidores brasileiros titulares da "App Store". Alega que a maioria não deu autorização expressa ou não teve a informação adequada para realizar um negócio consciente, o que poderia levar os consumidores brasileiros à perda de sua cidadania no ambiente digital caso tal distorção não seja solucionada.

Fundamenta sua pretensão na legislação do consumidor, sob o argumento de responsabilidade do fornecedor por serviço defeituoso, de modo que a ré deveria arcar com perdas e danos - art. 18, II, art. 20, II, e §2º do CDC, alegando ainda que a Apple permitiu que crianças e menores de idade passassem a usar o dispositivo

móvel com acesso à internet logo após o titular da conta inserir sua senha.

Afirma, assim, que o sistema de distribuição de aplicativos da Apple era defeituoso, contendo vício de funcionalidade, já que não atendia à expectativa mínima nas transações de pagamento. Assim, defende a existência de verdadeiro vício de informação, traduzido na eventual ausência de transparência e boa-fé. Continua seu arrazoado, alegando que os vícios permaneceram até, no mínimo, 2011, data a partir da qual a senha passou a ser solicitada cada transação. Paralelamente, sustenta que, na verdade, a falha no dever de informação permaneceu até a introdução da versão 7.1 do sistema operacional da ré, em março de 2014, onde os usuários passaram a ser advertidos sobre o prazo de 15 minutos de permanência da senha em atividade.

Com estofo nos argumentos de fato e de direito que entende aplicáveis, discorreu sobre o lucro líquido obtido pela ré e, atribuindo à causa o valor de R\$459.245.000,00, o que fez com fundamento em valores de acordos supostamente realizados pela ré nos EUA. Formulou, assim, pedidos para que: (i) a ré seja condenada em reparar o dano moral coletivo experimentado pelo universo de brasileiros adquirentes de aplicativos (na forma de compras "in app"), no valor sugerido de R\$459.245.000,00 ou em valor equivalente a 10% de seu faturamento dos últimos 5 anos anteriores ao ajuizamento da ação; (ii) fosse publicada a existência da presente demanda em edital no órgão oficial, a fim de que os interessados pudessem intervir como litisconsortes; (iii) o órgão ministerial se manifestasse no feito; e, por fim, (vi) a produção de todas as provas admitidas em Direito e a condenação da requerida em custas e honorários advocatícios. Juntou com a exordial a procuração e documentos de fls. 82/296.

Instado a se manifestar, o "Parquet" opinou, inicialmente, pela legitimidade ativa da parte autora, tendo em vista ser entidade constituída há mais de um ano e que tem entre suas finalidades institucionais a defesa do consumidor, de forma que requereu o regular processamento do feito (fls. 310/313).

Determinada a citação da requerida (fl. 299), a ré apresentou sua contestação (fls. 315/377), seguida dos documentos de fls. 384/497. Alegou, em síntese: (i) preliminarmente, a ilegitimidade ativa da entidade autora, que teria amplíssimo objeto social, de forma que não haveria pertinência temática entre as possibilidades de sua atuação e entre seu estatuto social; (ii) a ilegitimidade ativa em razão da ausência de autorização específica; (iii) a ilegitimidade ativa em relação aos consumidores não associados ao IBDI; (iv) a ilegitimidade ativa do IBDI em face da inexistência de direito individual homogêneo; (v) a ilegitimidade ativa do IBDI com relação à alegação de práticas anticoncorrenciais; e (vi) a ilegitimidade passiva da Apple. Alegou, ainda, em preliminar, (vii) a inépcia da petição inicial por ausência de esclarecimento quanto a qualquer violação de direito no Brasil e (viii) a falta de interesse de agir em relação aos consumidores brasileiros por ausência de indicação de prejuízo.

No mérito, invocou, primeiramente, a existência de decadência e prescrição. Solicitou ainda o desentranhamento dos documentos que não estariam no vernáculo. Prosseguindo, teceu esclarecimentos sobre o funcionamento da "App Store". Afirma que após adquirir um dispositivo Apple, o usuário, já tendo criado uma conta e inserido suas informações pessoais, caso desejasse efetuar compras dentro dos aplicativos, deveria cadastrar um cartão de crédito internacional para todas as vezes em que efetuasse transações. Sustenta que este procedimento é previamente informado no momento em que ele acessa pela primeira vez qualquer plataforma que ofereça um conteúdo da "App Store", já que o usuário é obrigado a ler os "Termos e Condições" da Apple e somente poderá acessar o conteúdo após confirmar a sua concordância com tais termos e condições, de forma que não haveria falha de informação.

Continua seu arrazoado, dizendo que há regras de idade e funcionamento quanto ao "Apple ID" e requisição de senha, o que é definido pelo próprio usuário, após ser informado quanto aos seus termos, de modo que, de acordo com a opção ativada pelo cliente no celular, a senha será requisitada a cada "download", a cada compra ou a cada 15 minutos, sendo uma opção do usuário. Quanto às compras "in app", sustenta que o usuário, antes mesmo de fazer o download, já é informado de que poderá desativar a possibilidade de fazer compras automaticamente e, citando o jogo mencionado pela autora na exordial, quando da visualização pelo usuário, aparece na "App Store" a mensagem de que o jogo possibilita "compras in app". Assim, não se pode falar em falta de informações por parte da Apple. Tais aplicativos estariam, dessa forma, em sintonia com a legislação do consumidor. Continua afirmando que o cadastro de menores de 16 anos não seria

permitido, de forma que se esse cad

astro for eventualmente criado por um menor, obviamente terá ocorrido por meio da inserção de informações falsas ou autorização dos pais para tal utilização. Igualmente, afirma que o STF buscou conferir aos pais o papel de supervisão de menores quanto a essas atividades. Por fim, teceu esclarecimentos sobre a não configuração dos danos morais coletivos pleiteados. Sustentou ainda a inadmissibilidade do critério estabelecido para os danos morais solicitados e a incoerência e incompatibilidade do valor pleiteado com o sistema jurídico brasileiro. Por fim, pediu a improcedência dos pedidos autorais formulados.

Réplica da autora às fls. 501/565.

Manifestação do órgão ministerial às fls. 568/573, no este concorda com a autora quanto a questões de legitimidade das partes e interesse de agir do IBDI.

Proferida decisão à fl. 575, a qual foi objeto dos embargos de declaração do autor de fls. 578/585, objeto de acolhimento à decisão de fl. 587.

Audiência de conciliação realizada em 20.04.2016, na qual foram afastadas as seguintes preliminares: de inépcia da petição inicial, de ausência de interesse de agir do autor, de ilegitimidade passiva da ré e de ilegitimidade ativa do IBDI. Na referida decisão foi requerida a autorização expressa da autora para fins de representação. A conciliação restou infrutífera.

Prestados esclarecimentos pela autora às fls. 594/601, esta juntou a ata de fls. 602, com a qual sustentou comprovar sua legitimidade, e postulou o prosseguimento do feito.

Petição da ré de fls. 605/623, na qual reiterou os termos de sua contestação e reafirma a ilegitimidade da autora com base na insuficiência da ata juntada aos autos. Juntou os documentos de fls. 624/675.

Audiência de conciliação realizada em 08.06.2016 (fl. 677), novamente infrutífera.

Petição do IBDI às fls. 678/680, seguida de documentos de fls. 681/742, os quais se constituem em tradução livre dos documentos juntados com a exordial. Seguida de nova petição da autora às fls. 744/759, na qual formula pedido de obrigação de fazer em relação à demandada, a fim de que esta fornecesse o número de compras "in-app" realizadas por usuários brasileiros dos aplicativos que comercializa e os valores dessas operações. Solicitou que se condene a ré a apresentar cópias de todos os recibos de compras realizadas dentro de aplicativos por consumidores brasileiros, sob pena de multa diária. Juntou documentos de fls. 760/772.

Manifestação do "Parquet" à fl. 775, na qual o órgão ministerial requer a apreciação da questão relativa à legitimidade da autora quanto a ponto não apreciado no feito, qual seja, a possibilidade de representação de todo e qualquer beneficiado de ação coletiva de defesa de interesses coletivos.

Decisão de fls. 777/781 rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa, julgando suficiente a autorização assemblear para o ajuizamento. Igualmente, afastou a preliminar de prescrição e decadência. Declarou saneado o feito e definiu a distribuição do ônus probatório, destacando os fatos incontroversos. Na referida decisão, foi invertido o ônus probatório, bem como limitada as questões controvertidas às informações prestadas ao consumidor antes de 2011, notadamente, quanto a possibilidade de comprar qualquer aplicativo ou conteúdo, sobre a forma de autenticação para a compra de aplicativos e conteúdo, isto é, se a possibilidade da alteração da configuração sempre existiu, inclusive, para as versões antigas e se estas ainda existem. As questões de direito foram também delimitadas, nos seguintes pontos: a) Ocorrência de vícios de funcionalidade/qualidade previstos no art. 20, II, §2º do CDC; b) Violação ao dever de informação e boa fé objetiva- art. 4º, 6º, inciso III, e art. 31 do CDC art. 422 do CC. c) Publicidade enganosa e abusiva- arts. 37 e 39 do CDC e 113 e 422 do CC. d) dano moral coletivo; e a e) pratica concorrencial abusiva. Foi indeferido o pedido do item "b" de fl. 758, por extrapolar os limites da lide.

Referida decisão foi objeto dos embargos de declaração autorais de fls. 787/791 e da ré de fls. 792/803. Os embargos foram decididos por meio da decisão de fls. 805/809, sendo negado o provimento.

Às fls. 812/838, a autora informou a interposição de agravo de instrumento quanto ao teor da decisão de fls. 777/781. A empresa requerida informou, igualmente, às fls. 839/870, a interposição de agravo de instrumento quanto ao teor das decisões de fls. 589/593, 777/781 e 805/809.

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, por meio do parecer de fls. 873/878, opinou, no mérito, pela procedência da ação, com a condenação da ré em danos morais coletivos no montante de R\$200.000,00, a serem revertidos ao Fundo de Defesa do Consumidor.

Em 21.10.2016, foi determinada a suspensão da marcha processual (fl. 880) em face da decisão proferida nos autos do agravo de instrumento nº 2016.00.2.044958-2 (fls. 871/872).

Verificado o julgamento do

agravo de instrumento, foi determinado o prosseguimento do feito, com a determinação de desentranhamento de documentação em língua estrangeira (fls. 884/885). No mesmo passo, restou indeferido pedido de dilação de prazo para se colacionar aos autos documentos de livre tradução, consignando estar também prejudicado o pedido de fls. 758, "a", em razão do indeferimento do pedido de alínea "b" às fls. 778/780.

Desentranhados os documentos (fl. 891), foi determinado à parte ré que trouxesse os "termos e condições" de utilização de seus produtos, referentes aos softwares de 2008 a 2011 (fl. 892).

Cumprida a determinação judicial por meio da petição e documentos de fls. 893/1277, a parte autora se manifestou às fls. 1281/1282. Após, vieram os autos conclusos para sentença.

É o relatório do necessário. Decido.

II. DA FUNDAMENTAÇÃO

Presentes os pressupostos para a válida constituição e regular desenvolvimento da relação jurídica processual, sendo as partes legítimas e devidamente representadas e ausentes questões pendentes de apreciação, passo ao exame da matéria de mérito.

Diante da quantidade de argumentos trazidos pelas partes, faz-se mister trazer, de maneira pormenorizada, aqueles mais relevantes para, após, determinar o direito aplicável segundo as provas produzidas, definindo os fatos incontroversos.

Dos documentos anexados aos autos e das alegações das partes, pode-se extrair que a criação de conta ("Apple ID"), a inserção de dados pessoais e criação de uma senha para baixar conteúdos na "App Store" são fatos incontroversos. É igualmente incontroverso que para adquirir um conteúdo pago ou efetuar uma compra dentro dos aplicativos ("in-app purchase") o usuário do celular ou tablet deverá cadastrar previamente um cartão de crédito internacional vinculado à sua conta, o qual será utilizado para pagar os conteúdos eventualmente escolhidos.

Também é incontroversa a oferta, na referida plataforma de distribuição, de aplicativos do tipo "freemium", os quais possibilitam a operação de compras dentro do aplicativo ("in-app purchase"). É ainda incontroversa a utilização de um sistema fechado de aplicativos, a denominada "App Store", loja de aplicativos da empresa-ré (plataforma de distribuição), que permite a obtenção de variados tipos de aplicativos, os quais seguem um padrão por ela estabelecido.

Postas essas premissas, passemos à análise dos pontos divergentes e do direito aplicável, de maneira a solucionar a avença, promovendo pacificação social.

Afirma a parte autora, em síntese, que a configuração defeituosa da loja de aplicativos (plataforma de distribuição) teria permitido a menores de idade fazer compras no interior de aplicativos ("applets") sem o conhecimento ou permissão dos responsáveis (pais), fato que trouxe prejuízos ao universo de consumidores brasileiros, usuários dos dispositivos Apple.

Sustenta, assim, que as regras de funcionamento para aquisição de "apps", ou mesmo de compras dentro de aplicativos do tipo "freemium" ("in-app purchase"), não atenderiam a uma expectativa mínima nas transações de pagamento para com os consumidores. Com base nesse raciocínio, a parte autora sustenta a existência de vício de informação, traduzido na ausência de transparência e boa-fé.

Requer, portanto, a responsabilização do fornecedor por serviço defeituoso, nos termos dos artigos 18, 20, II, e §2º, e 31 do CDC, sob a alegação, ainda, de que a Apple teria permitido que crianças e menores de idade passassem a usar o dispositivo móvel com acesso à internet logo após o titular da conta inserir sua senha, fato que teria perdurado até 2014.

Inicialmente, consigno que o artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) dispõe que os fornecedores de produtos de consumo não duráveis respondem pelos vícios de qualidade e por eventuais disparidades existentes em seus produtos, "in verbis":

"Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas."

Já o artigo 20 e inc. II da legislação protetiva, ratificando a disposição do artigo anterior, dispõe que o fornecedor responde pelos vícios de qualidade e também por aqueles decorrentes de disparidades entre a oferta e a mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir a restituição da quantia ou a indenização por perdas e danos.

O parágrafo segundo do dispositivo ainda adota o conceito de inadequação do serviço, tendo em vista um critério finalístico. Vejamos:

"Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem

impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: (...)

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

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

Pois bem.

Comentando tais dispositivos, Bruno Miragem (Direito do Consumidor, 2008, p. 309) leciona que a responsabilidade do fornecedor por vícios do produto ou do serviço abrange o efeito decorrente da violação aos deveres de qualidade, quantidade ou informação, impedindo com isso, que o produto ou serviço atenda aos fins que legitimamente dele se esperam (dever de adequação). Assim, a responsabilização por vícios no CDC decorreria da violação aos deveres de qualidade, quantidade e a informação.

Sobre o dever de informação, cerne da fundamentação da parte autora, o artigo 6º, incisos III e IV, do Código consumerista, consigna como direitos básicos do consumidor, entre outros, as seguintes diretrizes:

"Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I -(...);

II -(...);

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes 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;"

Nesse contexto, o direito à informação, portanto, visa harmonizar as relações de consumo, para colocar o consumidor em condições de igualdade com o fornecedor. A manifestação da vontade real do consumidor só poderia, assim, ocorrer quando a informação do produto ou serviço fosse passada com transparência e sinceridade. O dever de informação, conjuntamente à boa-fé objetiva, seriam, pois, princípios básicos das relações contratuais amparados pelo sistema protetivo do CDC.

Nesse diapasão, Grinover e outros (2001, p. 125) também ensinam que é dever do fornecedor informar o público consumidor sobre todas as características importantes de produtos e serviços, para que ele possa adquirir produtos, ou contratar serviços, sabendo exatamente o que poderá esperar deles.

O vício de informação, portanto, causa o não atendimento de uma expectativa legítima do consumidor, já que haveria a divergência entre a informação oferecida e a qualidade apresentada pelo produto ou serviço, gerando frustração por parte do consumidor ou inadequação do produto ou serviço às suas necessidades.

Postas essas premissas, avancemos na análise se a empresa-ré violou ou não a sobredita legislação, ou seja, se não cumpriu com seu dever de adequação, prestando informações corretas a seus clientes.

Ora, pode-se vislumbrar dos documentos acostados aos autos, notadamente dos "Termos e Condições" de fls. 419, que para efetuar compras na "App Store", bem como no interior de aplicativos ("in-app purchase") o usuário deverá previamente criar sua "Apple ID, inserindo suas informações pessoais e criando sua senha pessoal, a qual deverá ser informada todas as vezes que desejar acessar sua conta e efetuar transações.

No documento "Termos e Condições", há ainda a orientação para que o usuário não revele suas informações de conta para ninguém, o que denota o caráter pessoal e intransferível das informações e senha, bem como denota o cuidado que o consumidor deverá dispensar para preservar sua privacidade.

A requerida menciona em sua contestação que o usuário é obrigado a ler tal documento, anteriormente, ao uso da "App Store", somente tendo acesso ao conteúdo da plataforma de aplicativos após concordar com seus dispositivos, de maneira que não poderá adquirir "apps" ou efetuar compras sem confirmar a leitura desse termo. Esse fato é incontroverso nos autos.

No documento, disponibilizado ao universo de usuários da Apple, há também a informação sobre a faixa etária permitida de uso, ou seja, de que o usuário deve possuir idade mínima compatível com a utilização do dispositivo. Há a informação ainda de que a senha é pessoal, intransferível e confidencial, tendo o consumidor a obrigação de mantê-la em segurança, de maneira a evitar dissabores. Vejamos:

"REQUISITOS PARA USAR OS SERVIÇOS APP E BOOK

Apenas pessoas com 16 anos de idade ou mais podem criar contas. Contas para pessoas com menos de 16 anos de idade podem ser criadas por um dos pais ou guardião legal, usando o Compartilhamento Familiar, ou por uma instituição de ensino aprovada. Crianças abaixo da maioria devem examinar este Contrato com seus pais ou guardião legal para certificar-se que a criança e os

pais ou o guardião legal o compreendam."

"SUA CONTA

Como um usuário registrado dos Serviços App e Book, você pode criar uma conta ("Conta"). Não revele suas informações de Conta para ninguém. Você é exclusivamente responsável por manter a confidencialidade e segurança da sua Conta e por todas as atividades que ocorrerem na ou através de sua Conta e você concorda em notificar imediatamente a Apple sobre qualquer violação da segurança da sua Conta. A Apple não será responsável por quaisquer perdas decorrentes do uso não autorizado da sua Conta.

Para comprar e baixar Produtos App e Book a partir dos Serviços App e Book, você deve inserir seu ID Apple e senha ou use o Touch ID para identificar sua conta para compras. Uma vez autenticada a Conta usando seu ID Apple e sua senha, você não precisará autenticá-la novamente por quinze minutos; durante esse período, você poderá comprar e baixar Produtos App e Book sem reinserir a sua senha. Você pode optar por fornecer a senha nas transações gratuitas. Você poderá desativar a capacidade de realizar transações de Produtos App e Book ou alterar as configurações para exigir uma senha para cada transação de produtos App e Book, ajustando as configurações no seu dispositivo iOS"

Aliás, já na primeira versão do documento "Termos e Condições App Store Julho 2008" consta a informação de que o "serviço está disponível para pessoas com idade igual ou superior a 13 anos" e que se a pessoa "tiver idade igual ou superior a 13 anos, mas inferior a 18 anos, (...) deverá analisar estes termos e condições com seus pais ou responsáveis" (fl. 895).

O referido documento prossegue afirmando, quanto à utilização de senha da conta de usuário, que o proprietário do dispositivo "será exclusivamente responsável pela manutenção do sigilo e da segurança de sua Conta" e que este "não deve revelar informações de conta a ninguém, nem utilizar a Conta de outra pessoa" (fl. 897).

No que tange à utilização de senha de cartões de crédito, na primeira versão do documento "Termos e Condições App Store Julho 2008" já constava a seguinte informação para o consumidor: "você concorda que a Apple poderá armazenar e utilizar os dados de registro que você fornecer (inclusive informações de cartão de crédito) para uso na manutenção de suas contas e no faturamento de taxas de seu cartão de crédito" (fl. 897).

Da leitura dos documentos acima, pode-se vislumbrar que a empresa-ré cumpre com seu dever de informação, dando a seus clientes o conhecimento de todas as etapas do serviço, assim como disponibiliza a informação a respeito das possibilidades e serviços existentes, tais como comprar aplicativos, modificar os métodos de pagamento, entre outras disposições relevantes.

Analizando o funcionamento do dispositivo móvel, conforme as alegações das partes, se pode ainda verificar que o usuário, ao contrário do que pretende fazer crer a autora, tem plena liberdade para escolher como e quando sua senha será utilizada.

Na tela do dispositivo, notadamente, na aba "ajustes de senha", pode o usuário escolher a opção "sempre exigir", para que sua senha seja sempre solicitada quando for comprar algum aplicativo, ou ainda, "exigir

após 15 minutos", ocasião em que após a primeira utilização terá um espaço de tempo sem que seja solicitada novamente a senha. Pode ainda marcar a opção "exigir senha" para "transferências gratuitas", momento em que será sempre exigida sua senha para a aquisição de "apps" gratuitos. Ou seja, há ampla liberdade de adequação ao método de pagamento que melhor atenda ao comportamento do usuário. Tal pode ser verificado no espelho de tela indicado à fl. 348.

De mais a mais, tendo a obrigação de manter sua senha protegida, bem como sendo-lhe facultada a possibilidade de configuração para efetuar compras por meio da requisição de senha a cada operação, observa-se, no presente caso, que as informações foram devidamente prestadas aos consumidores, esclarecendo a ré, de maneira explícita, as condições do serviço e os meios de utilização, de forma que não há como reputar sua conduta como inadequada ou violadora do dever de informação.

Ademais, quando um consumidor efetua uma compra, inconscientemente ele exige do fornecedor que o produto ou serviço esteja pronto para uso, e que este não possua nenhuma avaria ou algum vício que lhe diminua o valor ou que o impossibilite de utilizá-lo. Não há qualquer comprovação nesse sentido por parte da autora. Assim, não há tipicidade, ou seja, vícios de funcionalidade ou qualidade no serviço entre os dissabores que a autora pretende fazer crer, com o previsto na lei consumerista, nos termos dos artigos 18 a 20, já que a empresa-ré comercializa seus produtos prestando a informação adequada.

Também não há qualquer comprovação de publicidade enganosa ou abusiva por parte da ré, entendida aquela como "qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por q

ualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços", e esta como "a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança" Iart. 37, §§1º e 2º do CDC).

Não há sequer que se falar em configuração defeituosa da loja de aplicativos da ré, ou, mesmo, em defeito do aplicativo. Se muitos consumidores brasileiros foram lesados por compras realizadas por menores (o que não restou comprovado), tal ocorrera, em verdade, por evidente descuido dos usuários (pais), ao deixarem suas senhas e aparelhos telefônicos ("smartphones" e "tablets") ao alcance de vulneráveis sem a supervisão adequada.

Igualmente, a alegação de que, antes de 2011, a ré permitia que, uma vez inserida a senha, esta ficasse ativa por mais 15 (quinze) minutos, intervalo em que não era preciso reinseri-la para fazer qualquer outra compra na loja de aplicativos, fato que seria desconhecido da maioria dos usuários, não configura falha de informação ou publicidade enganosa ou prática comercial abusiva. E isto porque, como afirmado, os usuários, quando do cadastramento do primeiro uso da "Apple Store" tem acesso ao já mencionado documento "Termos e Condições". Se o consumidor não leu os "Termos e Condições" não podem as compras realizadas pelas crianças não fiscalizadas pelos pais ser prova da omissão da ré em advertir os consumidores dos supostos riscos que, inclusive, só se concretizam em razão da falha de vigilância dos pais ou no consentimento do uso do celular pelo menor, sem a precaução do adulto de conferir os "Termos e Condições" do contrato e não entregá-lo ao menor com a senha de autenticação previamente digitada no aplicativo.

Do mesmo modo, a eventual correção das ditas "falhas" na plataforma de distribuição com a introdução da versão 7.1 do sistema operacional, não implica em reconhecimento das falhas que se lhe apontam a parte autora, mas sim em aperfeiçoamento do serviço em favor dos incautos que, como dito, já tinham para si acessível os meio de obtenção de informações. Dessarte, se os usuários passaram a ser advertidos sobre o prazo de 15 minutos de permanência da senha em atividade tal foi feito de forma a tornar ainda mais explícita informação já existente e disponível e que não pode ser considerada de má-qualidade pelos efeitos nefastos advindos aos pais desatentos aos termos do que contrato e ao que fazem seus filhos.

Assim, tenho que o serviço foi prestado corretamente, havendo culpa atribuível aos próprios consumidores na disponibilização de sua senha a terceiros ou de seus próprios celulares com a senha instalada, o que, significa consentimento tácito de uso por quem o manuseie na sequência. Com efeito, ainda hoje o consumidor pode optar por inserir a sua senha a cada compra ou inseri-la uma única vez permanecendo ativa por quinze minutos ou até indefinidamente. Sucede que se o adulto optar pela segunda alternativa, inserir a senha e entregá-la a seu filho, ainda assim poderá estar sujeito a ser responsabilizado pelas compras que seu filho efetuar sem seu consentimento. Significa dizer que o problema pode persistir, o que demonstra que a consequência nefasta não tem causa adequada na falta de informação, mas na postura atenta do que o consumidor lida com as informações que se lhe prestam e na liberdade que seus pais concedem a seus filhos no manuseio de seus celulares.

Quanto a este ponto, esta Casa de Justiça, embora analisando situação fática diversa, qual seja, a utilização indevida de cartão e senha em saques bancários, fato que poderia acarretar a responsabilização da instituição financeira, entendeu que não há como penalizar a empresa pela ausência de controle, guarda e sigilo da senha pessoal de cliente, pois a este caberia tal cautela. Este raciocínio pode e deve ser aplicado ao caso vertente.

Nesse sentido, é imperiosa a análise dos arestos a seguir:

"CIVIL E CONSUMIDOR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. OBRIGATORIEDADE DE JULGAMENTO DE PROCEDÊNCIA. INEXISTÊNCIA. SAQUES DE VALORES. REJEIÇÃO PELO CORRENTISTA. UTILIZAÇÃO DE CARTÃO MAGNÉTICO E DE SENHA. USO PESSOAL E INTRANSFERÍVEL. FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA.

1 - O deferimento da inversão do ônus da prova pleiteada, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC, e a ausência de apresentação das provas determinadas como decorrência da aludida inversão não têm o condão de obrigar o magistrado a ter como verdadeiros os fatos alegados pela parte autora, pois, se o conjunto probatório constante dos autos evidenciar de forma diversa, como no

caso em específico, pode o Juíza quo, enquanto destinatário das provas, julgar improcedentes os pedidos formulados na exordial.

2 - Não se evidenciando que a instituição financeira agira ou se omitira de maneira prejudicial ou que incorrera em negligência ou imprudência na prestação de seus serviços, resta afastada a sua responsabilidade por saque rejeitado pelo correntista, realizado em sua conta bancária mediante uso de cartão magnético e senhas, ambos de uso pessoal e intransferível, não havendo de se falar em reparação por danos materiais e morais.

Apelação Cível desprovida." (Acórdão n.1070820, 20160310231049APC, Relator: ANGELO PASSARELI 5ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 31/01/2018, Publicado no DJE: 08/02/2018. Pág.: 367/369, grifei)

"APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE RESSARCIMENTO. INVERSÃO ÔNUS DA PROVA. NÃO CABIMENTO. CARTÃO. SAQUES INDEVIDOS CONTA CORRENTE. USO SENHA PESSOAL. FALTA DE PROVA DA CORRENTISTA SOBRE DEFEITO NO SERVIÇO PRESTADO. DEVER DE ZELO NA GUARDA DO CARTÃO MAGNÉTICO E DE SIGILO DE SENHAS. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA DO BANCO E AS OPERAÇÕES CONTESTADAS. RESTITUIÇÃO INDEVIDA. HONORÁRIOS RECURSAIS. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. A inversão do ônus da prova não é automática, competindo ao julgador que, após analisar o caso concreto, avaliará a necessidade da medida, deferindo-a ou a indeferindo. No caso dos autos, correto o entendimento do juízo a quo quanto à desnecessidade da inversão.
2. É obrigação da correntista guardar seu cartão e manter em sigilo sua senha, não podendo a instituição financeira ser responsabilizada por saque realizado com o cartão e a senha da autora.
3. Os saques só podem ser realizados pela própria correntista ou alguém de sua confiança, com o uso do cartão do cliente e das senhas alfanuméricas salvo a hipótese de fraude, o que não pode ser presumido.
4. Não tendo sido a autora vítima de roubo, sequestro relâmpago, ou ainda demonstrado qualquer coação ou fraude para fornecimento de sua senha, necessário entender-se que agiu de forma negligente, permitindo que terceiros tivessem acesso a ela, não podendo, desta forma, penalizar o banco pelos saques efetuados.
5. Recurso conhecido e não provido. Sentença mantida." (Acórdão n.1030664, 20150610138822APC, Relator: ROMULO DE ARAUJO MENDES 1ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 05/07/2017, Publicado no DJE: 26/07/2017. Pág.: 161-174, grifei)

"CIVIL E CONSUMIDOR. COBRANÇA. SAQUES EM CONTA CORRENTE. REJEIÇÃO PELO CORRENTISTA. UTILIZAÇÃO DE CARTÃO E SENHA. USO PESSOAL E INTRANSFERÍVEL. FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. INEXISTÊNCIA. CARTÕES DE CONSUMO. SENTENÇA MANTIDA.

1. O titular de conta bancária possuidor de cartão de débito/crédito, cuja senha de acesso a conta corrente de que é titular é pessoal e intransferível, deve ser responsabilizado por saques de numerários realizados, se os elementos constantes dos autos não evidenciam qualquer responsabilidade da instituição financeira respeitante às retiradas tidas como irregulares, pois não ficou comprovado qualquer procedimento capaz de demonstrar a falha nos seus serviços.

2. Apelação Cível desprovida." (Acórdão n.670069, 20120110557806APC, Relator: MARIO-ZAM BELMIRO 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 11/04/2013, Publicado no DJE: 22/04/2013. Pág.: 322, grifei)

No mesmo sentido, ainda no âmbito deste eg. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDFT, há a orientação de que, nos casos em que o consumidor venha a permitir que terceiro tenha acesso a sua senha intransferível, tal conduta é excludente de responsabilidade. Veja-se:

"APELAÇÃO. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. AUXÍLIO NA REALIZAÇÃO DE TRANSAÇÕES POR MEIO DE CAIXAS ELETRÔNICOS. SAQUES INDEVIDOS EM CONTA-CORRENTE. RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR- ART. 14, § 3º DO CDC. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA RÉ E OS SAQUES SUPOSTAMENTE REALIZADOS POR TERCEIROS. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. As transações em caixas de auto-atendimento são de única e exclusiva responsabilidade do correntista, que possui cartão e senha pessoais e intransferíveis para tal finalidade. Assim, não há que se falar em responsabilidade do fornecedor de serviços bancários pelos danos alegadamente sofridos pelo consumidor em decorrência do extravio de seu cartão e fornecimento de sua senha a pessoa desconhecida, que finge ser funcionário do banco em posto de auto-atendimento localizado em shopping center, e que posteriormente, realiza saques na conta do correntista, que negligentemente disponibilizou ao golpista tais informações.

2. In casu, verifica-se que os danos decorrentes dos fatos narrados na inicial se deram por culpa exclusiva do consumidor, usuário dos serviços bancários, fazendo-se presente a excludente de responsabilidade da instituição bancária ré, nos termos do inciso II,

§ 3º, do art. 14 do CDC.

3. Se o cliente, imprudentemente, vem permitir que terceiro venha tomar posse de seu cartão de crédito e da sua senha (secreta e intransferível), e de posse eles venha efetuar saques e transferências bancárias, não pode requerer que tais prejuízos sejam debitados ao ente financeiro, haja vista a inexistência de nexo de causalidade entre a conduta deste e a posse indevida do cartão magnético e senha pessoal.

4. Recurso conhecido e não provido." (Acórdão n.860972, 20130710309787APC, Relator: ROMULO DE ARAUJO MENDES 1ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 15/04/2015, Publicado no DJE: 20/04/2015. Pág.: 177, grifei)

No mesmo sentido, se pronunciou o eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP, do qual se extrai o aresto abaixo, "in verbis":

"AÇÃO INDENIZATÓRIA - Utilização de caixa eletrônico fora do estabelecimento bancário - Pessoa desconhecida que oferece ajuda, ludibriando o autor, que fornece sua senha e dados pessoais - Realização de empréstimo pessoal, saques e pagamentos na conta bancária do autor - Conduta imprudente do requerente ao fornecer sua senha que deveria ser mantida sob a guarda e sigilo - Culpa exclusiva da vítima - Inteligência do artigo 14, § 3.º, II, do Código de Defesa do Consumidor - Ato ilícito e dever de indenizar afastados - Sentença reformada - Sucumbência mantida - Recursos da corré Tecnologia Bancária S/A e do autor prejudicados - Recurso do Banco HSBC provido."

(TJSP; Apelação 1001883-82.2016.8.26.0008; Relator (a): Achile Alesina; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VIII - Tatuapé - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/02/2017; Data de Registro: 10/02/2017, grifei)

O Col. STJ também perfilha do entendimento de que é dever do detentor da senha pessoal o cuidado com a mesma, sob pena de inexistência de defeito na prestação de serviço. Veja-se:

"RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. SAQUES. COMPRAS A CRÉDITO. CONTRAÇÃO DE EMPRÉSTIMO PESSOAL. CONTESTAÇÃO. USO DO CARTÃO ORIGINAL E DA SENHA PESSOAL DO CORRENTISTA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. DEFEITO. INEXISTÊNCIA. RESPONSABILIDADE AFASTADA.

1. Recurso especial julgado com base no Código de Processo Civil de 1973 (cf. Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. Controvérsia limitada a definir se a instituição financeira deve responder por danos decorrentes de operações bancárias que, embora contestadas pelo correntista, foram realizadas com o uso de cartão magnético com "chip" e da senha pessoal.

3. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a responsabilidade da instituição financeira deve ser afastada quando o evento danoso decorre de transações que, embora contestadas, são realizadas com a apresentação física do cartão original e mediante uso de senha pessoal do correntista.

4. Hipótese em que as conclusões da perícia oficial atestaram a inexistência de indícios de ter sido o cartão do autor alvo de fraude ou ação criminosa, bem como que todas as transações contestadas foram realizadas com o cartão original e mediante uso de senha pessoal do correntista.

5. O cartão magnético e a respectiva senha são de uso exclusivo do correntista, que deve tomar as devidas cautelas para impedir que terceiros tenham acesso a eles.

6. Demonstrado na perícia que as transações contestadas foram feitas com o cartão original e mediante uso de senha pessoal do correntista, passa a ser do consumidor a incumbência de comprovar que a instituição financeira agiu com negligência, imprudência ou imperícia ao efetivar a entrega de numerário a terceiros. Precedentes.

7. Recurso especial provido. (REsp 1633785/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA

TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 30/10/2017)

À fl. 09 dos autos, a própria autora informa que para referendar a compra, a Apple exige que o usuário autentique o processo de compra do aplicativo, o que se daria somente por meio da inserção de senha ("Apple ID") representativa da conta pessoal do proprietário do equipamento eletrônico.

Em consequência, por qualquer prisma que se analise a questão, a conclusão é que a autora tem conhecimento do caráter pessoal e intransferível da senha que dá acesso às compras da "Apple Store", especialmente quando afirma em sua exordial que "mesmo para fazer o download de aplicativos 'gratuitos', é necessário a inserção de conta e senha".

Por conseguinte, não há como responsabilizar a ré por supostos prejuízos causados pela conduta desidiosa de usuários que deixam suas senhas ao alcance de menores.

Visto essa questão, paralelamente, afirma a autora no decorrer do processo que a requerida também teria empregado método comercial abusivo e publicidade enganosa, pois distribui e anuncia produtos como gratuitos em sua loja de aplicativos ("free apps"), quando, na verdade, os aplicativos não ostentariam tal qualidade. Os apps do tipo "freemium" seriam, assim, nocivos ao público infantil, já que possibilitam a compra dentro do app por pessoas sem o devido preparo intelectual.

Ora, tenho que não há qualquer irregularidade na elaboração de aplicativos do tipo "freemium". De fato, o desenvolvimento dos referidos "softwares" não é exclusividade da requerida, já que muitos (a maioria) são elaborados por terceiros. E, mesmo naqueles elaborados pela requerida, não há razão para imputar qualquer responsabilidade à ré pelo exercício de uma atividade lícita e não nociva, cuja responsabilidade por compras são devidas aos usuários dos dispositivos móveis.

Assim, o próprio usuário, se quiser, pode adquirir conteúdos adicionais nos referidos aplicativos, mas sem a imposição de fazê-lo. Tal fato, se for do interesse do usuário, é feito por meio da referida senha intransferível, de maneira que se o usuário deixa o filho menor efetuar compras por meio desses apps a responsabilidade de tal ato não pode ser transferida à ré, como já visto.

A esse respeito, a requerida ainda comprovou, devidamente, o cumprimento de seu dever de informação, já que há nos aplicativos, bem como em seus "Termos e Condições" (fls. 434) para uso da "App Store", a informação adequada sobre a possibilidade de aquisição de conteúdo dentro do app e as formas de fazê-lo.

Vale a pena transcrever a referida cláusula, que informa devidamente o consumidor sobre a forma de funcionamento dos referidos aplicativos:

"COMPRAS EM APP

Alguns Produtos da App Store podem incluir funcionalidade que permite que você receba serviços adicionais ou licenças para funcionalidades adicionais ou para conteúdos para uso dentro do Produto App Store ("Compras em app"). Compras em app que forem consumidas ao longo do uso do Produto App Store (por exemplo, munções virtuais) não podem ser transferidas entre dispositivos; apenas podem ser obtidas por meio de download uma única vez; e, após o download, não podem ser substituídas. Uma vez que uma compra em app consumível for adquirida e recebida por você a Apple não terá qualquer responsabilidade perante você no caso de qualquer perda, destruição ou dano. Todas as compras em app são consideradas Produtos App Store e compras em app recebidas dentro dos Produtos de Terceiros são consideradas Produtos de Terceiros, e tratadas como tal, para fins destes termos e condições.

Você deverá realizar a autenticação para adquirir compras em app separadamente de quaisquer autenticações para obter Produtos App Store ao inserir sua senha quando solicitado; porém, uma vez que você se tenha autenticado para obter uma compra em app, você poderá adquirir compras em app adicionais por quinze minutos sem reinserir a senha. Você poderá desativar a possibilidade de adquirir compras em app no seu Dispositivo iOS (...)."

É de se ressaltar, ainda, que a empresa-ré dispõe de orientações em seu site sobre a sua "App Store", além de meios de gerenciar, ainda que via internet, a "Apple ID", com possibilidades de resolução de dúvidas por meio daquele canal de atendimento.

Prosseguindo, alega a parte autora que a ré teria praticado conduta anticoncorrencial, pois teria se valido de sua posição de domínio de mercado para impedir que outras plataformas forneçam seus aplicativos.

Apesar do relato da autora, e numa análise perfunctória, não há nos autos indicação no sentido de que a ré

tenha praticado qualquer infração à ordem econômica ou, mesmo, domínio de mercado, já que, ao que tudo indica, possibilita aos desenvolvedores a livre concorrência dentro do universo de seus dispositivos, com a concorrência de preços e tipos diversos, contudo, tal fato deverá ser debatido em maior profundidade e não da forma rasa como trazida ao presente feito.

De fato, o exame da concorrência desleal deve ser apreciado em face das pessoas envolvidas no respectivo quadro, isto é, entre os concorrentes.

Sem esta análise prévia, com o contraditório assegurado aos envolvidos na acusação de concorrência desleal, este juízo não poderia deliberar sobre a configuração da concorrência desleal para desta conclusão, se positiva, extrair a consequência indireta de dano moral ao consumidor.

Diferente seria se já houvesse deliberação sobre o assunto, por exemplo, junto ao CADE.

De fato, não há nos autos indicação de que a parte autora tenha procurado os órgãos administrativos competentes para a correção da suposta falha que aponta, quais sejam, os integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC, conforme prevê o artigo 3º da Lei 12.529/2011, que é composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE, do Ministério da Fazenda.

Como sabido, o Cade tem as atribuições de analisar e aprovar ou não os atos de concentração econômica, de investigar condutas prejudiciais à livre concorrência e, se for o caso, aplicar punições aos infratores, e de disseminar a cultura da livre concorrência. A SEAE, por sua vez, realiza a chamada "advocacia da concorrência" perante órgãos do governo e a sociedade. Dessarte, não há indicação de que a autora tenha levado a discussão aos agentes defensores da livre concorrência, de modo a procurar a regulação do mercado pelas vias adequadas.

Como apresentada a questão, verifica-se que é prematura a postura da ré, não se podendo afirmar que, à míngua de deliberação acerca da concorrência desleal em seio próprio e perante os legitimados adequados, tenha a autora interesse de agir para pleitear dano moral coletivo em favor dos consumidores em razão de terem sofrido as consequências da concorrência desleal praticada pela ré.

Como apresentada a questão, verifica-se que é prematura a postura da ré, não se podendo afirmar que, à míngua de deliberação acerca da concorrência desleal em seio próprio e perante os legitimados adequados, tenha a autora interesse de agir para pleitear dano moral coletivo em favor dos consumidores em razão de terem sofrido as consequências da concorrência desleal praticada pela ré.

Sobre o tema, o eg. Tribunal Regional da Primeira Região

"DIREITO DA CONCORRÊNCIA. DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA CONHECER E JULGAR DEMANDA COLETIVA DA QUAL É AUTOR O PARQUET FEDERAL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PARA AJUIZAR AÇÃO COLETIVA NA DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA (DIREITO ANTITRUSTE) E NA DEFESA DO CONSUMIDOR (DIREITO CONSUMERISTA). IMPUTAÇÃO DE FORMAÇÃO DE CARTEL PELO MERCADO VAREJISTA DE REVENDA DE COMBUSTÍVEL EM TERESINA/PI. IMPUTAÇÃO DE ABUSO DE PODER ECONÔMICO E CONDUTA ANTICONCORRENCIAL COM VIOLAÇÃO ÀS REGRAS DO LIVRE MERCADO. MERCADO COMO BEM COLETIVO JURIDICAMENTE PROTEGIDO. PEDIDO DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS AGENTES ECONÔMICOS PELO DANO CAUSADO AO DIREITO DA CONCORRÊNCIA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO SINDICATO E DOS POSTOS DE REVENDA DE COMBUSTÍVEL EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE APURA DANO COLETIVO AO MERCADO. IMPUTAÇÃO DE OMISSÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO - ANP DE OMISSÃO QUANTO AO PODER DE POLÍCIA DE FISCALIZAR E SANCIONAR CONDUTAS LESIVAS AO CONSUMIDOR. LEGITIMAÇÃO PASSIVA AD CAUSAM DA ANP. PROVIMENTO DA APELAÇÃO. ANULAÇÃO DA SENTENÇA PARA RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA JULGAMENTO DO MÉRITO. 1. O Ministério Público Federal ajuizou, na Justiça Federal em Teresina, ação civil pública contra a Agência Nacional de Petróleo - ANP, o Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo de Teresina e contra Beethoven Brandão Empreendimentos Ltda., União Combustíveis e Serviços Ltda., Junco Comercial Ltda., Turbo Engenharia Ltda., Alegria Petróleo Ltda., Cacique Petróleo Ltda. - Posto Kennedy, Cacique Petróleo Ltda. - Posto Apache, Posto Nossa Senhora de Nazaré, Cacique Petróleo Ltda. - Posto Guarany, Posto Ipanema Ltda. - Ipanema Leste, Marques e Dias Ltda. - Marques e Coelho Ltda. - Posto Conselheiro Saraiva, Cleonice Ferreira da Silva - Posto Icarí, M e Aragão - Posto Texas, Posto Oceano - Posto Parada dos Carreiros, Cacique Petróleo Ltda. - Posto Diacuy, Posto Ipanema Ltda. - Filial Ipanema Sul, Marques e Dias Ltda. - Posto Ipanema Norte, Iguatemi Distribuidora Ltda., Cacique Petróleo Ltda. - Posto Cidade Verde, Posto Supremo, Posto Ipanema Sul, Posto Seis Comércio de Combustível e Petróleo Ltda., Posto Chris Ltda., Noe Melo e Fortes, Posto Nossa Senhora de Fátima, King Petróleo, S P Magalhães Empreendimentos Ltda., Posto São Raimundo e Posto Hidrolândia Ltda., alegando: a) a existência de cartel no mercado varejista de revenda de combustível, em Teresina/PI, para fixação de preços, em especial o de gasolina comum, com infração à ordem econômica e ao direito dos consumidores e b) omissão da ANP na proteção dos consumidores, fiscalizando, diretamente ou mediante convênios, as atividades dos integrantes da indústria de petróleo e aplicação de sanções administrativas. 2. A sentença

rejeitou a) a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam da ANP; b) de ilegitimidade ativa ad causam do Ministério Público Federal; c) julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, com fundamento no art. 267, IV, do CPC em relação ao Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo de Teresina e a todos os postos revendedores de combustíveis demandados, sob fundamento de incompetência da Justiça Federal e c) julgou procedente, em parte, o pedido em face da ANP. Competência da Justiça Federal para conhecer e julgar ação civil pública ajuizada em face de agentes econômicos (pessoas jurídicas privadas e pessoa física) por violação a normas do Direito Antitruste. É competente a Justiça Federal para julgar ação civil pública que objetiva a defesa da concorrência e do consumidor. Atuando o Ministério Público Federal no pólo ativo da demanda coletiva, a competência para resolução da lide é da Justiça da União. 3. "A ação civil pública, como as demais, submete-se, quanto à competência, à regra estabelecida no art. 109, I, da Constituição, segundo o qual cabe aos juízes federais processar e julgar "as causas em que a União, entidade, autarquia ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente do trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e a Justiça do Trabalho". Assim, figurando como autor da ação o Ministério Público Federal, que é órgão da União, a competência para a causa é da Justiça Federal." (REsp 440.002/SE, Rel. M

in. Teori Albino Zavaski, Primeira Turma, DJ 06.12.2004, p. 195). 4. Legitimação ativa do Ministério Público Federal para ajuizar ação coletiva em defesa dos consumidores e da concorrência. A Lei Complementar 75/93 atribui competência ao Parquet federal para promover inquérito civil e ação civil pública para tutela de interesses coletivos socialmente relevantes (art. 6º, VII, c e d). 5. O autor imputa ao Sindicato da categoria e a sessenta e nove postos revendedores de combustível a cartelização no mercado de combustíveis de Teresina/PI o que ensejou a instauração de procedimento administrativo no âmbito da Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça. 6. A Constituição da República no título que dedica à ordem econômica e financeira, erige a livre concorrência em princípio da ordem econômica (art. 170, IV) e estabelece que será reprimido o abuso de poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação de concorrência e ao aumento arbitrário de lucros. A formação de cartel afeta a ordem econômica. 7. "Abuso de poder econômico é uma violação ao mercado e à ordem jurídica, na medida em que o mercado é um bem protegido pela ordem jurídica. Esta não é também uma infração contra terceiros diretamente, mas um ato excessivo prejudicial às condições básicas de mercado, pois afeta interesses de terceiros os quais precisam nele desenvolver suas atividades. O mercado é um bem juridicamente protegido como bem coletivo, inclusive àqueles que não exercem atividades comerciais diretas e têm o direito de agir ou buscar proteção legal e institucional para se alcançar o seu funcionamento equilibrado. Por isso, o ato ou conduta que fere o mercado não é, propriamente, uma infração contra terceiro, titular de um bem específico, mas uma prática infrativa contra regras de funcionamento de mercado, que é direito de todos. Esta é a razão pela qual dominar mercados, eliminar a concorrência ou obter lucros arbitrários em si são infrações ou atos infrativos, porque são a negação, pura e simples, do bem coletivo que se protege: equilíbrio da concorrência e lucro" (Auréli Wander Bastos). 8. Além da tutela da concorrência e do mercado como bem coletivo juridicamente protegido contra práticas anticompetitivas de agentes econômicos visa a demanda a proteção dos interesses difusos dos consumidores em face da suposta omissão da ANP em fiscalizar e sancionar os agentes do mercado eventuais causadores de dano ao consumidor. 9. Legitimidade passiva ad causam da Agência Nacional do Petróleo. Não requer o autor que a ANP substitua a Secretaria de Direito Econômico na apuração de infrações à ordem econômica (Lei n. 8.884/94, art. 7º e art. 14). A Agência reguladora não tem a competência dos órgãos de defesa da concorrência, nem o autor faz essa afirmação. 11. As infrações à ordem econômica, nas diversas figuras do art. 21 da Lei Antitruste, vigente à época dos fatos, atinge o consumidor de forma indireta. 12. A legitimação passiva ad causam da Agência Nacional do Petróleo na própria lei que a instituiu (Lei n. 9.478/97) que estabelece poder de polícia para a Agência "fiscalizar diretamente, ou mediante convênios com órgãos dos Estados e do Distrito Federal, as atividades integrantes da indústria do petróleo, bem como aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato" (art. 8º, VII). Quando, no exercício de suas atribuições, a ANP tomar conhecimento de fato que configura ou possa configurar infração de ordem econômica, deve comunicá-lo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, para que este adote as providências cabíveis, no âmbito da legislação pertinente." 13. Sendo a causa de pedir e pedido da ação civil pública a tutela do direito dos consumidores dentro da previsão legal do poder de polícia da Agência reguladora é de ser reconhecida a legitimidade passiva para compor a relação jurídica processual. 14. Legitimidade passiva ad causam do Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo de Teresina e dos postos de revenda de combustível. A sentença apelada extinguiu o processo em relação as pessoas jurídicas privadas sob o fundamento de que "a lide travada pelo MPF em face do SINDIPETRO e dos postos de combustíveis versa, unicamente, acerca de relação de consumo, não havendo qualquer interesse direto das atividades elencadas no art. 109, I da CF/88, que justifique a tramitação do feito no foro federal. A causa de pedir e o pedido com relação aos agentes econômicos não é direito consumerista, mas violação das regras da ordem econômica por abuso e linearidade de preços, ou seja, formação de cartel. 15. O Direito da Concorrência, subdivisão do Direito Econômico, não tem por objeto relação consumerista. O Direito da Concorrência, das leis antitruste, visam a livre iniciativa, o livre mercado e as ações anticompetitivas dos agentes econômicos e seus abusos do mercado como bem juridicamente protegido. Incide o direito concorrencial sobre o fenômeno econômico e o di

reito consumerista sobre as relações obrigacionais (fato/ato jurídico). 16. Indiretamente, a defesa da concorrência pode favorecer os interesses do consumidor, mas o seu objeto de tutela é o livre mercado. 17. Assim como a lei antitruste não mira o consumidor, a SDE e o CADE não são órgãos de sua defesa, mas da livre iniciativa e concorrência para que o mercado não destrua o mercado. 18. Sendo a imputação feitas às pessoas jurídicas privadas de lesão à ordem econômica e defesa da competitividade e afastamento de conduta ilícita com pedido de reparação de dano pela prática linear de preços, a causa de pedir e o pedido com relação aos agentes econômicos não tem por base o Direito do Consumidor. 19. São legitimados passivos os agentes econômicos privados para responderem por suposto abuso de poder econômico com violação às regras de proteção ao mercado, sendo também competente a Justiça Federal tendo em vista que o autor da demanda coletiva é o Ministério Público Federal. 20. Apelação provida, para determinar o retorno dos autos à origem para julgamento de mérito. A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação." (ACORDAO 00036314420024014000, DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:31/10/2012 PAGINA:1385., grifei)

Por fim, quanto ao pedido de condenação em danos morais coletivos, por tudo que já foi exposto, a conclusão é que "(...) o fornecedor não responde por eventuais danos experimentados pelo consumidor, nas situações em que não houver falha na prestação no serviço ou quando a culpa pelo dano for exclusiva do consumidor ou de terceiro, nos termos do art. 14, § 3º, do CDC. (...)" (Acórdão n.1087518, 20161610054484APC, Relator: ALVARO CIARLINI 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 04/04/2018, Publicado no DJE: 10/04/2018. Pág.: 270/276), de forma que não há que se falar em condenação por danos morais.

Desse modo, o julgamento de improcedência é medida que se impõe.

III. DISPOSITIVO

Isto posto, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos pleiteados e, por conseguinte, extingo o processo, com resolução de mérito, com suporte no art. 487, inciso I do CPC.

Em que pese a sucumbência, declaro, para os fins do presente processo, a parte autora isenta do pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, nos termos do artigo 87 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Transitada em julgado, remetam-se os autos ao arquivo e dê-se baixa na Distribuição.

Sentença registrada eletronicamente nesta data.

Publique-se. Intime-se.

Brasília - DF, quinta-feira, 02/08/2018 às 15h03.

Grace Correa Pereira Maia
Juíza de Direito