



EHM
Nº 70045673944
2011/CÍVEL

AÇÃO COLETIVA. CONFUSÃO ENTRE O NOME E O SÍMBOLO DO SERVIÇO DE CEMITÉRIO COM O SERVIÇO PRESTADO PELA FUNERÁRIA. ACOLHIMENTO DA PRETENSÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANO MORAL COLETIVO CASO EM QUE, COM BASE NAS IMAGENS VEICULADAS NOS AUTOS, VISLUMBRA-SE A EXISTÊNCIA DE IDENTIDADE ENTRE OS SÍMBOLOS DO CEMITÉRIO E DA FUNERÁRIA, ALÉM DO INQUÉRITO POLICIAL EM APENSO INDICAR QUE O CONSUMIDOR TENDE A CONFUNDIR UMA EMPRESA POR OUTRA. ACOLHIMENTO, POR SUA VEZ, DA PRETENSÃO REFERENTE AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO A TÍTULO DE DANO MORAL COLETIVO DIANTE DA CARACTERIZAÇÃO DA PRÁTICA DE PUBLICIDADE ENGANOSA, TENDO HAVIDO CONFUSÃO ENTRE OS CONSUMIDORES COM RELAÇÃO AO MATERIAL PUBLICITÁRIO VEICULADO PELA DEMANDADA. DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO DO AUTOR E NEGARAM PROVIMENTO AO DA RÉ.

APELAÇÃO CÍVEL

DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

Nº 70045673944

COMARCA DE PORTO ALEGRE

MINISTERIO PUBLICO

APELANTE/APELADO

FUNERARIA JOAO XXIII LTDA

APELANTE/APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar provimento ao recurso do autor e negar provimento ao da ré.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária (Presidente), os eminentes Senhores **DES. LUIZ RENATO ALVES DA SILVA E DES.ª LIÉGE PURICELLI PIRES.**



EHM
Nº 70045673944
2011/CÍVEL

Porto Alegre, 24 de novembro de 2011.

DES.^a ELAINE HARZHEIM MACEDO,
Relatora.

RELATÓRIO

DES.^a ELAINE HARZHEIM MACEDO (RELATORA)

Trata-se de apelações interpostas contra sentença que julgou **parcialmente procedente** a ação coletiva ajuizada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO** em face de **FUNERÁRIA JOÃO XXIII LTDA**. O magistrado extinguiu o processo com resolução do mérito, determinando a ré que altere sua publicidade para identificá-la como Funerária João XXIII ou outro termo, afastando a pretensão de condenação por danos morais coletivos. A magistrada condenou a ré ao pagamento de 50% das custas processuais, deixando que condenar o autor ao pagamento do restante das despesas sucumbenciais, em razão da ausência de má-fé.

Antes, a requerida opôs embargos declaratórios (fls. 173/174), alegando omissão e contradição na referida sentença, pois o juízo *a quo*, deixou de apreciar a legislação vigente, bem como do depoimento da testemunha Rose Broek. Afirma que há contradição ao não invocar expressamente que as testemunhas Jeferson e Cássio foram informantes, além de não ter que se falar em liquidação do julgado.

Requeru seja recebido o recurso com cunho infringente.

Recebido os embargos de declaração, restaram desacolhidos (fl. 175).

Em razões de apelação (fls. 163/167), o Ministério Público alega que o fato em si só é danoso, não havendo necessidade de provar o abalo. Assevera que a publicidade é enganosa pela capacidade de induzir em erro o consumidor exposto e o dano moral coletivo é reconhecido por ser o mesmo decorrente do fato em si. Afirma que se a responsabilidade é objetiva, não há que se perquirir sobre as intenções da ré.

Pugna, ao final, pela condenação da ré ao pagamento dos danos morais coletivos.

A requerida, por sua vez (fls. 178/183), alega falta de interesse de agir, pois não há interesse coletivo, eis que inexistiu qualquer



EHM
Nº 70045673944
2011/CÍVEL

prejudicado, bem como ilegitimidade ativa. No mérito, assevera que a propaganda foi regular e essa não causou qualquer confusão aos consumidores. Aduz que o informe publicitário não está dotado de omissão capaz de induzir o consumidor em erro, tendo em vista que este entendeu tratar-se de serviços funerários e não de sepultamento. Afirma que o INPI autorizou a apelante a usar a referida marca, paralelamente ao seu próprio nome/razão social, Funerária João XXIII Ltda.

Requer o provimento integral do apelo para acolher o agravo retido, e, caso rejeitadas as preliminares, que seja invertida a decisão proferida julgando improcedente a lide. Pugna, também, pela inversão dos ônus sucumbenciais. Atende ao preparo.

A requerida e a parte autora apresentaram contrarrazões (fls. 189/191 e 192/196).

Vieram, então, os autos conclusos a esta Corte para julgamento.

Nesta instância recursal, manifestou-se o representante do Ministério Público pelo provimento do apelo do autor e improvimento da apelação da ré.

Registra-se que foi observado o disposto nos artigos 549, 551 e 552 do CPC, tendo em vista a adoção do sistema informatizado.

É o relatório.

VOTOS

DES.^a ELAINE HARZHEIM MACEDO (RELATORA)

Há dois recursos a serem apreciados, por uma questão de melhor ordem, como segue:

APELAÇÃO DA FUNERÁRIA JOÃO XXIII LTDA.

O recurso deve ser improvido.

Inicialmente, deve ser rejeitada a preliminar de falta de interesse de agir suscitada pela demandada apelante assim como deve ser improvido o agravo retido, porquanto, como bem observado pelo juízo monocrático na decisão de fl. 52 e seguintes, resta configurado o interesse do apelado na medida em que o inquérito civil está pautado em reclamação



EHM
Nº 70045673944
2011/CÍVEL

de consumidora diante da existência de confusão entre o cemitério e a funerária, havendo semelhança entre a publicidade de uma e de outra.

Também deve ser afastada a preliminar da ausência de legitimidade ativa do recorrido, visto que o caso em debate envolve uma relação consumerista, objetivando-se resolver a confusão causada pela publicidade veiculada pela apelante em relação aos consumidores, exercendo o apelado o papel de substituto processual, restando, assim, descabidas as preliminares invocadas pela apelante.

Quanto ao mérito, também não merecem prosperar as alegações e pretensões da recorrente.

Ao contrário do alegado, é possível concluir pela presença de propaganda enganosa capaz de causar dúvida no consumidor em relação ao serviço prestado ou de induzi-lo ao erro, pois da análise das imagens veiculadas na fl. 03 dos autos, vislumbra-se a existência de identidade entre os símbolos do cemitério e da funerária. Aliás, a expressão “sistema funerário”, expressão colocada abaixo do logotipo, dá ensejo a uma compreensão muito mais ampla de que serviços efetivamente a funerária oferece. Além disso, o documento de fl. 08 do inquérito policial em apenso indica que o consumidor tende a confundir uma empresa por outra.

Não fosse isso, a prova testemunhal assume também relevância para o deslinde da controvérsia, pois ainda que tenham sido inquiridas na condição de informantes, auferiu-se com base nos depoimentos prestados às fls. 110/116, que a publicidade veiculada é capaz de confundir os consumidores de um modo geral, já que a marca e o logotipo das pessoas jurídicas são idênticos.

Dessa forma, não há como se acolher a assertiva de que o informe publicitário veiculado seria claro e preciso e que não induziria o consumidor em erro, pois ainda que a apelante possua autorização administrativa para utilizar a marca João XXIII – o que não afasta o exame da questão no âmbito do contraditório, em juízo, e sob a ótica da relação de consumo, o que é coisa diversa – mostra-se acertada a sentença no ponto, por existir marca e logotipo idênticos, caso em que a publicidade veiculada pela recorrente deve se restringir ao termo “Funerária João XXIII”, já que o emprego da expressão “Sistema Funerário” ocasiona confusão aos consumidores em geral, conforme se observou dos elementos probatórios constantes dos autos e do inquérito policial em apenso, existindo um cemitério com o mesmo nome e logotipo da empresa demandada.

Assim, o apelo deve ser improvido.



EHM
Nº 70045673944
2011/CÍVEL

APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Data venia a posição do julgador monocrático, o recurso merece provimento.

Ocorre que, como bem ressaltado pelo apelante, sendo o dano moral coletivo de natureza *in re ipsa*, não se mostra necessário exigir a prova do dano, persistindo o dever da apelada em indenizar diante da caracterização da prática de publicidade enganosa, tendo havido confusão entre os consumidores com relação ao material publicitário veiculado pela recorrida.

Desse modo, assiste razão ao recorrente ao aduzir que ao ser reconhecida a prática de publicidade enganosa, deve ser reconhecido o dever de indenizar o dano moral coletivo suportado pelos consumidores decorrentes do mesmo fato em si. Assim, restando demonstrado nos autos a ocorrência de prática comercial abusiva diante da utilização de publicidade enganosa e uso indevido de nome e imagem deve ser provido o apelo do *parquet* a fim de ser apurada na fase de liquidação de sentença o valor relativo à indenização pelo dano moral coletivo que a situação ocasionada pela apelada ensejou aos consumidores.

A fim de reforçar o provimento do apelo do autor, destacam-se algumas decisões deste Colegiado sobre a matéria em debate:

“AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. PROPAGANDA ENGANOSA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. DIVULGAÇÃO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA AOS CONSUMIDORES. CASO EM QUE AS PROVAS PRODUZIDAS DEMONSTRAM QUE OS CONSUMIDORES ERAM SELECIONADOS DE ACORDO COM AS SUAS CONDIÇÕES ECONÔMICAS PARA ADQUIRIR OS PRODUTOS E SERVIÇOS OFERECIDOS PELOS DEMANDADOS, CARACTERIZANDO-SE A PUBLICIDADE ENGANOSA PORQUANTO AS PESSOAS FORAM ATRAÍDAS SOB A PROMESSA DE UM PRÊMIO QUE NA REALIDADE NÃO EXISTIA. ASSIM, DEVE SER OPORTUNIZADA A TODOS OS CONSUMIDORES DE UM MODO GERAL A CIÊNCIA ACERCA DA DEMANDA, BEM COMO DA SENTENÇA A FIM DE QUE OS INTERESSADOS BUSQUEM DIREITOS QUE ENTENDEREM DEVIDOS. POSSÍVEL A FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO A TÍTULO DE DANO MORAL COLETIVO JÁ QUE HOVE UM ABALO AO PATRIMÔNIO MORAL DA COLETIVIDADE, EXISTINDO



EHM
Nº 70045673944
2011/CÍVEL

PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE LESÃO E PREJUÍZO DIANTE DA OCORRÊNCIA DE PROPAGANDA ENGANOSA. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DO AUTOR E NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO DOS RÉUS.” (Apelação Cível Nº 70033999780, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elaine Harzheim Macedo, Julgado em 27/01/2011);

AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. RÉ QUE SE APRESENTAVA COMO ENTIDADE DE DEFESA DO CONSUMIDOR, EMBORA SEM REGISTRO REGULAR. UTILIZAÇÃO DE PROPAGANDA ENGANOSA. DANO MORAL COLETIVO EVIDENCIADO. DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DO AUTOR E NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO DOS RÉUS.” (Apelação Cível Nº 70032241317, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elaine Harzheim Macedo, Julgado em 03/12/2009);

AÇÃO COMINATÓRIA. COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS. DEFICIENTE CUMPRIMENTO DO CONTRATO. VÍCIO NA REALIZAÇÃO DE OBRAS. PROPAGANDA ENGANOSA. DANO MORAL CARACTERIZADO. CASO EM QUE, COM BASE NA PROVA PERICIAL, FOI POSSÍVEL VERIFICAR QUE HOUVE O DESCUMPRIMENTO DAS CLÁUSULAS DOS CONTRATOS FIRMADOS ENTRE OS LITIGANTES, DEVENDO OCORRER A RESPONSABILIZAÇÃO EM RELAÇÃO AOS DEFEITOS E INSUFICIÊNCIAS APURADAS COMO, POR EXEMPLO, A AUSÊNCIA DE COLOCAÇÃO DE AZULEJOS NAS PAREDES DAS ÁREAS DE SERVIÇO ATÉ O TETO. E, DIANTE DA PRÁTICA DE PROPAGANDA ENGANOSA, COM O DESCUMPRIMENTO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS AJUSTADAS, DEVE A RECORRENTE SER CONDENADA A INDENIZAR OS APELADOS PELO ABALO MORAL SOFRIDO, NÃO SE COGITANDO DE QUALQUER ENRIQUECIMENTO EM FAVOR DOS APELADOS, NA MEDIDA EM QUE A IMPORTÂNCIA DE DEZ SALÁRIOS MÍNIMOS FIXADA ATENDE ADEQUADAMENTE AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO DOS AUTOS, ATÉ LEVANDO EM CONTA O BEM DA VIDA ENVOLVIDO NA QUESTÃO. APELAÇÃO IMPROVIDA.” (Apelação Cível Nº 70039900410, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elaine Harzheim Macedo, Julgado em 27/01/2011).”



EHM
Nº 70045673944
2011/CÍVEL

Logo, o apelo merece ser provido.

E, tratando-se de ação civil pública proposta por legitimado extraordinário, visando à condenação da demandada à reparação de danos causados a interesses coletivos, a sentença condenatória, por força de lei, deve ser sempre **genérica**. Nesse sentido a regra do art. 95 do CDC:

Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.

Entretanto, há que se registrar a possibilidade da liquidação individual da sentença coletiva, a liquidação coletiva da sentença coletiva e, ainda, a liquidação e execução residual ou também denominada *fluid recovery* (reparação fluída), cuja análise foi cuidadosamente elaborada pela eminente Des. Liége Puricelli Pires quando do julgamento do AI nº 70027563840 onde lançou voto divergente nos termos que seguem:

Como regra, a indenização decorrente de violação a direitos coletivos é devida às vítimas do dano ocasionado em tais direitos, vítimas essas que se mostram indeterminadas, ainda que eventualmente determináveis em sede do procedimento chamado “liquidação”, ou “liquidação imprópria”, como preferem alguns doutrinadores, a exemplo de Cândido Dinamarco, dada sua grande distinção em relação à liquidação própria do CPC. Aquela liquidação imprópria, típica para as ações coletivas de reparação por lesão a direitos individuais homogêneos, funciona como uma espécie de “habilitação” similar a do processo falencial. As pessoas que se entenderem vítimas vêm ao processo, em procedimento que resguarda o contraditório e ampla defesa, para provar o seu dano e o nexo de causalidade com o ilícito já reconhecido na sentença da ação coletiva. Uma vez demonstrados esses dois elementos, o Juiz “liquida” o montante indenizatório, abrangendo danos materiais e/ou morais. Uma vez operada essa liquidação imprópria, que pode ser feita individualmente ou coletivamente pelo legitimado extraordinário (indicando, na segunda hipótese, as vítimas substituídas), abre-se caminho à execução, a qual também pode ser individual ou coletiva (neste caso, individual plúrima, em verdade), desde que, na segunda hipótese, previamente liquidado o valor de cada indenização.



EHM
Nº 70045673944
2011/CÍVEL

Daí porque, como acima se referiu, a sentença condenatória na ação coletiva de reparação de danos é sempre genérica, sem a fixação do quantum debeat, uma vez que indeterminado o número de vítimas que dela podem se valer, por força da coisa julgada in utilibus, com efeito erga omnes em razão da procedência do pedido.

Contudo, o microsistema das ações coletivas, em especial no tocante às relações de consumo, consagra a chamada execução coletiva residual ou fluid recovery (reparação fluída), originária do direito norte-americano, cuja previsão legal encontra-se no art. 100 do CDC:

Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.

Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985.

Trata-se de circunstância em que as vítimas de um acidente ou vício de consumo não aparecem em grande número para liquidar o crédito, ou não conseguem provar o dano, situação que se mostra mais do que esperada no caso dos autos. Para evitar a impunidade, os legitimados do art. 5º da LACP e art. 82 do CDC promovem uma execução coletiva, cujo produto será destinado ao Fundo criado pela Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, e que, no caso do Estado do Rio Grande do Sul, restou instituído pela Lei Estadual nº 10.913/97. Tal hipótese de execução só será possível após o decurso de um ano do trânsito em julgado da sentença condenatória (1ª condição), e se não houver vítimas habilitadas de modo suficiente a evitar uma impunidade (2ª condição), daí o seu caráter eminentemente residual.

Essa possibilidade de execução coletiva propriamente dita, contudo, e além dos requisitos materiais acima referidos, depende de prévia liquidação (liquidação imprópria das demandas coletivas), como decorre da redação do art. 100 do CDC.

De qualquer sorte, prevenindo embargos declaratórios, sob pena inclusive de incidência de multa, se for o caso, tem-se, por derradeiro,



EHM
Nº 70045673944
2011/CÍVEL

como prequestionados os artigos 83, 22, 29, 81 e 37, § 1º do CDC e 405, § 3º, IV do CPC, cujos dispositivos em nenhum momento restam ofendidos pela presente decisão, já que a solução dos autos encontra suficiente fundamento nos termos antes esposados.

Diante do exposto, ***dá-se provimento*** ao recurso do autor a fim de ser a empresa demandada condenada ao pagamento de indenização por danos morais coletivos a ser apurada em sede de liquidação de sentença.

Quanto ao recurso da demandada, ***nega-se provimento***.

DES. LUIZ RENATO ALVES DA SILVA (REVISOR) - De acordo com a Relatora.

DES.^a LIÉGE PURICELLI PIRES - De acordo com a Relatora.

DES.^a ELAINE HARZHEIM MACEDO - Presidente - Apelação Cível nº 70045673944, Comarca de Porto Alegre: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DO AUTOR E NEGARAM PROVIMENTO AO DA RÉ. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: LAURA DE BORBA MACIEL FLECK