

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DA _____ VARA EMPRESARIAL DA
COMARCA DA CAPITAL**

Ref. Inquérito Civil n.º 243/06

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO** vem, respeitosamente, através da 4ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte, com fulcro no artigo 129, inciso III da Constituição Federal, artigo 5º da Lei n.º 7347/85 e artigo 81, inciso I do Código de Defesa do Consumidor, ajuizar a presente

<p style="text-align: center;">AÇÃO CIVIL COLETIVA <i>com pedido de liminar</i></p>

em face de **TELEMAR NORTE LESTE S/A**, pessoa jurídica de direito privado, com sede na Rua General Polidoro, n.º 99, Botafogo, Rio de Janeiro/RJ, inscrita no CGC/MF sob o n.º 33.000.118/0001-79, aduzindo, para tanto, os fatos e fundamentos jurídicos a seguir expostos.

I – DOS FATOS:

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro instaurou, através da 4ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte, o Inquérito Civil n.º 243/06, a partir do encaminhamento, pela Ouvidoria Geral do Ministério Público, de diversas representações formuladas por consumidores, no sentido de que a Telemar Norte Leste S/A, prestadora do serviço “Velox” de conexão à internet via banda larga, cobrava preços distintos na Capital e no interior do Estado pelos mesmos serviços, onerando excessivamente os consumidores sediados no interior do Estado.

Os quadros infra transcritos, extraídos do próprio site da empresa demandada, demonstram esta diferença de preços:

4ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DO CONSUMIDOR E CONTRIBUINTE
Avenida Nilo Peçanha, nº 26 – 10º andar, Grupos 1011-1017
Castelo – Centro – Rio de Janeiro
Tel. (021) 2240-2149. Fax. (021) 2262-2332

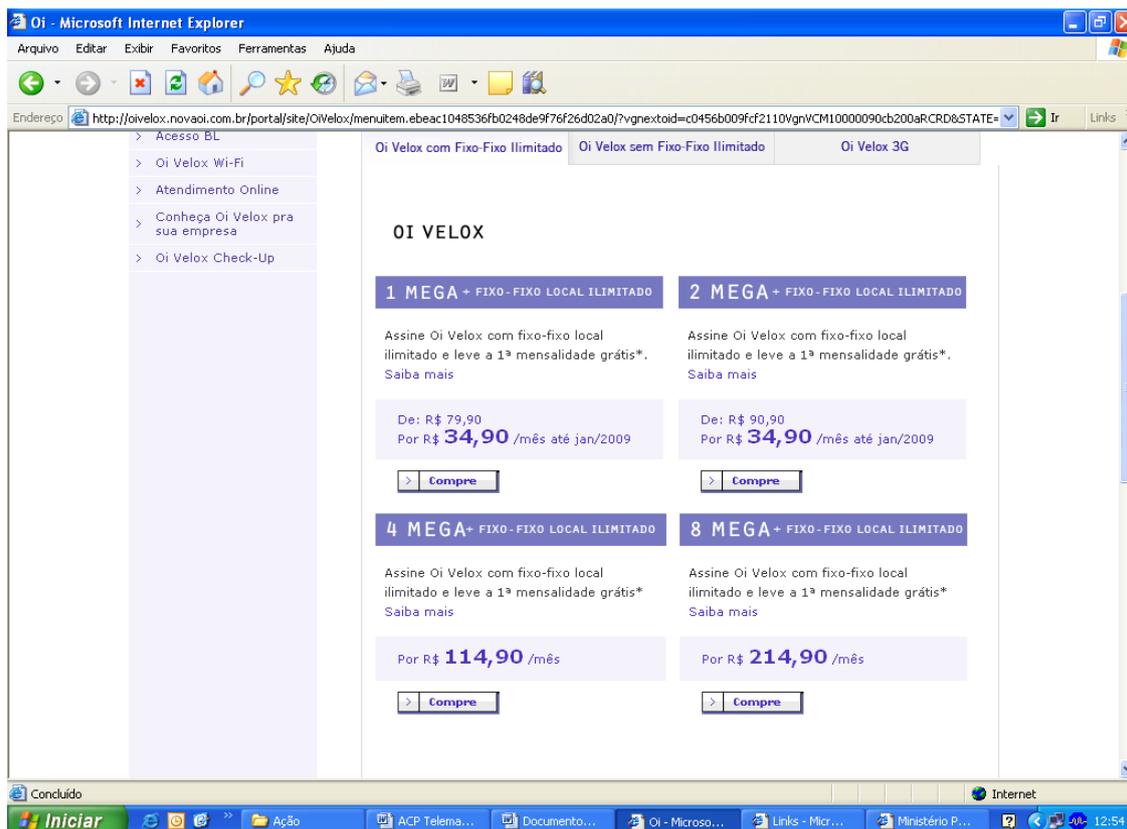
Rio de Janeiro - Interior

The screenshot shows a Microsoft Internet Explorer browser window displaying the Oi Velox website. The address bar shows the URL: <http://oivelox.novaai.com.br/portal/site/OiVelox/menuitem.ebeac1048536fb0248de9f76f26d02a0/?vgnextoid=c0456b009cf2110VgnVCM10000090cb200aRCRD>. The page content is organized into a grid of service offerings:

- Oi Velox** (Main header)
- Oi Velox 3G** (Secondary header)
- OI VELOX** (Section header)
- 300** (Plan name) - Price: De: R\$ 62,90 / Por R\$ **44,90** /mês até jan/2009. Includes a "Compre" button.
- 600** (Plan name) - Price: De: R\$ 89,90 / Por R\$ **44,90** /mês até jan/2009. Includes a "Compre" button.
- 1 MEGA** (Plan name) - Price: Por R\$ **149,90** /mês. Includes a "Compre" button.
- OI VELOX WI-FI** (Plan name) - Description: Navegue sem fios e crie sua rede com Oi Velox Wi-Fi. Includes a "Saiba mais" button and contact info: ou ligue para: 0800 282 3131.

The browser's taskbar at the bottom shows the "Iniciar" button and several open applications, including "ACP Telem...", "Documento...", "Oi - Micro...", "Links - Mic...", and "Ministério P...". The system clock shows the time as 12:53.

Rio de Janeiro - Capital



Observa-se que a disparidade dos preços para o referido serviço é gritante. Apenas a título exemplificativo, o consumidor residente no interior contrataria o serviço de acesso à velocidade 1 Mega ao valor de R\$ 149,00 (cento e quarenta e nove reais). Caso o consumidor seja residente no Município do Rio de Janeiro, este teria condições de adquirir o pacote “Oi Velox 4 Megas + fixo-fixo local ilimitado e mais a 1ª mensalidade grátis” e ainda sobriam R\$ 35,00.

Instada a se manifestar a respeito da discrepância entre os preços, a Telemar informou inicialmente que a diferença entre os preços cobrados no interior e na Capital era justificada na medida em que “as grandes cidades oferecem, sendo necessário que a Oi disponibilize boa parte de sua infraestrutura para prestação do serviço, acarretando uma onerosidade maior do que em cidades que possuem mais infraestrutura (como a do Rio de Janeiro), podendo ocorrer eventualmente diferença de preços pela prestação do serviço entre localidades”. (fl. 38 dos autos do Inquérito Civil nº 243/06).

A justificativa oferecida pela Telemar, embora possa parecer plausível em um primeiro momento, não resiste a uma análise mais aprofundada. Isto porque existem grandes cidades no interior (vide, por exemplo, Petrópolis, Volta Redonda, Campos dos Goytacazes, etc) que possuem (ou ao menos deveriam possuir!!!!) uma infra-estrutura adequada para a implantação do referido serviço.

Tal ressalva se faz necessária porque mesmo nessas grandes cidades do interior do Estado, os preços cobrados pela Telemar para prestação dos serviços de acesso à internet em tais localidades é superior àqueles cobrados na capital do Estado.

Nesse aspecto, é necessário esclarecer que a Telemar utiliza, na prestação dos serviços Velox, a tecnologia ADSL (Assimetric Digital Subscribe Line). A utilização desta tecnologia pressupõe a prévia utilização de uma linha de telefonia fixa (STFC – Serviço de Telefonia Fixo Comutado), a qual será dividida em duas, sendo que uma será utilizada para o telefone e a outra para transmissão de dados via internet.

Considerando que a Telemar também é concessionária do STFC, serviço este regido pelo princípio da universalização, deve se supor que as cidades do interior, especialmente aquelas de maior porte, deveriam ter uma estrutura suficientemente desenvolvida para receber a implantação da tecnologia ADSL. Desta forma, os preços dos serviços de internet no interior e na capital deveriam ser os mesmos. Ou, pelo menos, o valor do serviço deveria ter, como regra, a equivalência entre os preços praticados na capital e no interior, devendo haver diferença de preço quando efetivamente houver justificativa técnica para esta diferenciação.

Não é, no entanto, o que ocorre, pois a Telemar simplesmente cobra um preço dos consumidores residentes no Município do Rio de Janeiro e outro para os consumidores residentes em todas as outras localidades do Estado, partindo da falsa premissa de que fora do Município do Rio de Janeiro, os custos para implantação do serviço de acesso à internet são sempre mais altos.

Sobre o tema, pede-se vênua para transcrever a nota técnica emitida pela ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações sobre o assunto (fls. 183/185 dos autos do Inquérito Civil n° 243/06):

*“01. Em atenção ao Ofício n° 912/2008 – 4ª PJDC, que faz indagações acerca do diferencial de preços cobrados na prestação do Serviço de Comunicação Multimídia – SCM pela Oi/Telemar, esta Agência vem, por meio deste, realizar os devidos esclarecimentos sobre o tema e, desse modo, indicar seu posicionamento, uma vez que **a política de preços praticada***

pelos ofertantes de quaisquer serviço de telecomunicações não pode estar distinta do arcabouço legal que vige no ambiente regulatório.

(...)

12. A Antael, exercendo sua competência referente à repressão das infrações dos direitos dos usuários, tem atuado no sentido de que as prestadoras de SCM atendam seus assinantes sem discriminação quanto ao acesso e fruição do serviço ofertado. A Agência, por sua vez, não deixa de observar as condições de prestação de serviço no regime privado, e assegura a liberdade de prestação do SCM.

13. Por outro lado, a oferta do mesmo serviço a preços diferenciados, sem justificativa técnica e econômica adequadas, conflita com os princípios adotados pela LGT. E mais, caracteriza descumprimento do art.45 do Regulamento do SCM caso essa diferenciação de preços ocorra a assinantes localizados na mesma área de prestação de serviço da autorizada.

14. Essa condição é válida para todo tipo de acesso ofertado aos assinantes, haja vista que na oferta do SCM a prestadora pode utilizar qualquer meio e qualquer tecnologia. Cabe salientar que outras formas de prestação do SCM, incluídas as linhas dedicadas de longa distância, não podem ter o mesmo tratamento que as ofertas de acesso, aqui entendido como sendo o conjunto de meios pelos quais o assinante é conectado a uma rede de telecomunicações.

15. Merece destaque a oferta de SCM por meio da tecnologia ADSL. Essa configuração é a modalidade mais popular do “acesso de banda larga” e consiste no sistema que possibilita a transmissão de sinais em banda larga nos cabos telefônicos metálicos. As linhas nas quais a tecnologia ADSL é utilizada servem como meio de suporte à interligação da residência ou empresa do usuário/internauta até o ambiente onde é provida a conexão à internet, utilizando, para isto, apenas o par metálico tradicionalmente utilizada para telefonia.

16. No que tange à tecnologia ADSL é válido destacar:

- O primeiro requisito técnico para o uso desta aplicação é a disponibilidade de um par de fios de cobre (par telefônico) instalado no local de interesse (residência, por exemplo);

- O segundo requisito técnico é a disponibilidade do serviço na central telefônica ao qual o par telefônico da “residência” do interessado pelo associado, bem como o comprimento do “cabo telefônico” inferior ao máximo permitido;

- Outro aspecto importante é a atenuação da linha, uma vez que a mesma é diretamente proporcional ao comprimento do “cabo telefônico”. Devido à diversidade de fabricantes, modelos e valores dos equipamentos, as operadoras estipulam uma distância máxima para o atendimento para o atendimento dos usuários, que varia de empresa para empresa e está definida em função das especificidades técnicas dos modems ADSL utilizados;

- Nas localidades que possuem o acesso ADSL as operadoras possuem um cadastro da rede telefônica, identificando as distâncias físicas da

Estação Telefônica até os pontos de distribuição, conhecidos por SS (Seção de Serviço) ou armários de distribuição;

- *Quanto maior o comprimento da linha de assinante até o modem ADSL da operadora, maior é atenuação dos sinais transmitidos. Um “cabo telefônico” acima de alguns quilômetros de comprimento, entre a central (modem ADSL) e a residência do usuário pode inviabilizar a prestação do serviço com a tecnologia ADSL.*

*17. A análise destes aspectos é importante e, de certo modo, favorece os argumentos intercedentes pelas diferenças de custos de implantação da rede própria de dados, de aquisição de equipamentos e de diferença na capilaridade da infra-estrutura como justificativa para a prática de preços diferentes de ADSL (SCM). Todavia, **a tecnologia ADSL já está suficientemente “madura” de modo que os custos de implantação tendem a convergir entre as localidades de implantação. Além disso, não é razoável os ganhos de escala existentes (sic) na prestação do SCM, uma vez que a Oi/Telemar é, também, uma concessionária de STFC, por força do art.207 da LGT, de modo que já detém uma rede implantada, minimizando substancialmente o custo de implantação do serviço.***

18. Não obstante, ressaltamos que a adoção de descontos é permitida na forma disposta no parágrafo único do art.50 do Regulamento do SCM, não sendo admitida a prática de descontos com o objetivo de mascarar o preço real do acesso e manter preços diferenciados dentro da mesma área de prestação do serviço.”

De acordo com as informações prestadas pela ANATEL, a deficiência na infra-estrutura de telecomunicações em determinada localidade pode justificar a majoração do preço dos serviços de acesso à internet em banda larga. **Não obstante, no caso da Telemar, a tecnologia ADSL já se encontra suficientemente desenvolvida, razão pela qual os preços tendem a convergir entre as localidades de implantação. Ressalta-se ainda que a Oi/Telemar também é uma concessionária de STFC, o que minimiza substancialmente os custos para implantação do serviço.**

Em suma, a justificativa de fixação de preços diferenciados no interior e na capital do Estado por razões técnicas não é sustentável.

Portanto, a política de preços da Telemar deveria ser orientada no sentido de promover a equivalência entre os preços dos serviços no interior e na capital. No entanto, não é esta a postura da demandada que, como já destacado, parte do errôneo pressuposto de que no interior os serviços de implantação do serviço sempre são maiores, seja em Angra dos Reis, Volta Redonda, Teresópolis, Nova Friburgo, Campos dos Goytacazes, etc, o que por si só se mostra irrazoável.

Vale destacar que, no curso do Inquérito Civil nº 243/06, que instrui esta demanda, a Telemar foi instada a juntar estudos técnicos que pudessem

justificar o tratamento diferenciado aos consumidores do interior. **No entanto, a empresa ré ficou-se inerte, não trazendo aos autos qualquer justificativa ou estudo técnico que pudesse sustentar suas alegações.**

A empresa demandada se defende ainda mencionando que os preços dos serviços de acesso à internet por banda larga se sujeitam ao regime de direito privado, o que pressupõe a observância aos princípios constitucionais da atividade econômica. **No entanto, ao contrário do que alega a Telemar, a observância do regime de direito privado não autoriza a discriminação entre os consumidores, nos moldes acima estabelecidos.**

Com efeito, o artigo 170, inciso V da Constituição Federal consagra a proteção ao consumidor como um dos princípios da ordem econômica, razão pela qual as atividades econômicas que se submetem ao regime de direito privado se submetem diretamente ao Código de Defesa do Consumidor, o qual veda a instituição de vantagens manifestamente onerosas ao consumidor, como será demonstrado adiante.

<p style="text-align: center;">II – DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS: II.1 – A LEGITIMIDADE AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO</p>

Inicialmente, devem ser tecidos alguns breves comentários acerca da legitimidade do Ministério Público para ocupar o pólo ativo da presente ação.

Segundo o artigo 129, inciso III, da Constituição da República, são funções institucionais do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

O artigo 5º, da Lei nº 7.347/85, que cuida da ação civil pública, por sua vez, estabelece:

Art.5º - A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que (...)

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), a seu turno, prevê a atuação do Ministério Público em seu artigo 82, inciso I, devendo este ser combinado com o artigo 129 da Constituição da República e com o artigo 5º, da Lei nº 7.347/85.

Acrescente-se, ainda, que a legitimidade do Ministério Público está prevista no artigo 51, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece:

Art.51 – São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

§ 4º - É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste Código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

Está claro, assim, que a presente demanda visa à defesa de interesses transindividuais e indivisíveis, objetivando, a um só tempo, a proteção de todos os consumidores, expostos à cobrança abusiva em questão, bem como daqueles que, já tendo contratado os serviços do suplicado e sendo signatários dos contratos por ele impostos, estão sujeitos aos abusos decorrentes da prática da aludida cláusula.

O caso, aliás, é, simultaneamente, de tutela coletiva e difusa do consumidor: coletiva, quanto aos consumidores que já contrataram com a ré - ficando a autoridade da sentença, a qual operará efeitos *ultra partes* (art.103, II, CDC), restrita aos componentes do grupo -, e difusa, no tocante a todos e quaisquer futuros contratantes da ré, cujo número não é possível precisar de antemão, mas que, por esta razão mesma, faz com que a a sentença opere efeitos *erga omnes* (art.103, I, CDC).

A respeito, vejam-se linhas abaixo:

Diferentemente do controle administrativo das cláusulas contratuais gerais, que somente pode ser feito pelo Ministério Público (por meio do inquérito civil) ou pela administração pública, nos limites de seu poder de fiscalização e regulamentação, o controle judicial (abstrato ou concreto) pode ser provocado por qualquer dos legitimados do art.82 do CDC. A cláusula declarada judicialmente como abusiva não estará mais conforme o direito. Essa decisão terá eficácia erga omnes ou ultra partes, no caso de haver sido pedido o controle judicial abstrato, cujo objetivo seja a proteção dos direitos difusos ou coletivos do consumidor (art.103, CDC). Isso significa, em última análise, que a sentença que reconhece como abusiva determinada

cláusula funciona na prática como decisão normativa, atingindo o estipulante em contratações futuras, proibindo-o de concluir contratos futuros com a cláusula declarada abusiva judicialmente. Do contrário, não teria nenhum sentido a tutela contratual coletiva ou difusa do consumidor.

Quando há pedido individual de declaração de abusividade de cláusula em contrato de gré à gré (“contrato de comum acordo”), vale dizer, em contrato que não de adesão, a autoridade da coisa julgada fica circunscrita às partes entre as quais foi dada a sentença.¹

Ainda, será formulado pedido de repetição em dobro dos valores indevidamente pagos pelos consumidores lesados pela prática ilegal acima mencionada, o que se qualifica como direito individual homogêneo, de acordo com a definição do artigo 81, inciso III do Código de Defesa do Consumidor. Contudo, não restam dúvidas em relação à legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais homogêneos em matéria consumeirista, como se infere a partir dos seguintes precedentes:

1. A legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos individuais homogêneos nas relações de consumo já foi reconhecida em diversas oportunidades por esta Corte. 2. Agravo regimental improvido. (AIAGR 438703/MG, STF – 2ª Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, julgado em 28.03.2006)

Ministério Público: legitimidade para propor ação civil pública quando se trata de direitos individuais homogêneos em que seus titulares se encontram na situação ou na condição de consumidores, ou quando houver uma relação de consumo. É indiferente a espécie de contrato firmado, bastando que seja uma relação de consumo: precedentes. (REAGR 424048/SC, STF – 1ª Turma, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 25.10.2005)

1. LEGITIMIDADE PARA A CAUSA. Ativa. Caracterização. Ministério Público. **Ação civil pública. Demanda sobre contratos de financiamento firmados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação - SFH. Tutela de direitos ou interesses individuais homogêneos. Matéria de alto relevo social. Pertinência ao perfil institucional do MP. Inteligência dos arts. 127 e 129, incs. III e IX, da CF. Precedentes.** O Ministério público tem legitimação para ação civil pública em tutela de interesses individuais homogêneos dotados de alto relevo social, como os de mutuários em contratos de financiamento pelo Sistema Financeiro da Habitação. 2. RECURSO. Embargos de declaração. Acórdão. Correção de erro material na ementa. Revogação de condenação

¹ JÚNIOR, Nelson Nery in Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, 5ª ed. rev. e atual., p.370.

ao pagamento de multa por litigância de má-fé. Embargos acolhidos, em parte, para esses fins. Embargos de declaração servem para corrigir erro material na redação da ementa do acórdão embargado, bem como para excluir condenação ao pagamento de multa, quando descaracterizada litigância de má-fe. (RE-AgR-ED 470135/MT, STF – 2ª Turma, Rel. Min. CEZAR PELUSO, julgado em 22.05.2007)

No âmbito do **Superior Tribunal de Justiça** colhem-se os seguintes arestos, reconhecendo a legitimidade do Ministério Público para a tutela de direitos individuais homogêneos em matéria de relações de consumo.

PROCESSO CIVIL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SEGURO OBRIGATÓRIO DE DANOS PESSOAIS - DPVAT. DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. LEGITIMIDADE E INTERESSE PROCESSUAIS CONFIGURADOS. - A Lei 7.347/85 se aplica a quaisquer interesses difusos e coletivos, tal como definidos nos arts. 81 e 82, CDC, mesmo que tais interesses não digam respeito a relações de consumo. - O Ministério Público tem legitimidade processual extraordinária para, em substituição às vítimas de acidentes, pleitear o ressarcimento de indenizações devidas pelo sistema do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais – DPVAT, mas pagas a menor. - A alegada origem comum a violar direitos pertencentes a um número determinado de pessoas, ligadas por esta circunstância de fato, revela o caráter homogêneo dos interesses individuais em jogo. Inteligência do art. 81, CDC. - **Os interesses individuais homogêneos são considerados relevantes por si mesmos, sendo desnecessária a comprovação desta relevância. Precedentes.** - Pedido, ademais, cumulado com o de ressarcimento de danos morais coletivos, figura que, em cognição sumária não exauriente, revela a pretensão a tutela de direito difuso em relação à qual o Ministério Público tem notório interesse e legitimidade processual. - Não sendo o Seguro Obrigatório de Danos Pessoais – DPVAT assemelhado ao FGTS, sua tutela, por meio de Ação Civil Pública, não está vedada por força do parágrafo único do art. 1º da Lei 7.347/85. Recurso Especial não conhecido. (REsp 855165/GO, STJ – 3ª Turma, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, julgado em 13.03.2008)

Recurso especial. Processo civil. Legitimidade ativa do Ministério Público. Ação civil pública. Validade de cláusula. Contrato de arrendamento mercantil. - A legitimidade do Ministério Público na defesa de interesses individuais homogêneos está vinculada ao reconhecimento de relevante interesse social. - Na hipótese, o Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública objetivando a análise da validade de cláusulas abusivas de contrato de arrendamento mercantil celebrado pelos consumidores do Estado do Maranhão. Recurso especial provido. (REsp 509064/MA, STJ – 3ª Turma, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, julgado em 16.11.2004)

II.2 – A COMPETÊNCIA DESTE JUÍZO PARA CONHECER E JULGAR A PRESENTE DEMANDA – DANO REGIONAL

De acordo com o artigo 2º da Lei nº 7347/85, a competência para o julgamento das Ações Cíveis Públicas é territorial-funcional, vinculada ao local do dano. Tal norma é complementada pelo artigo 93, inciso II do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual *“ressalvada a competência da justiça federal, é competente para a causa a justiça local no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito regional ou nacional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente”*.

A presente lide versa inequivocamente sobre hipótese de **dano regional**, na medida em que a prática comercial adotada pela empresa demandada vige em praticamente todos os Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Nesse sentido, confira-se a lição do eminente Arruda Alvim:

“se vários municípios, dentro de um mesmo Estado federado, estiverem compreendidos numa mesma comarca, tratar-se-á de dano de âmbito local. Este entendimento, que fixará a competência do juízo proximamente ao dano, ou da possível ocorrência do dano, é o que convém e que se ajusta à finalidade da disciplina da competência do Código do Consumidor.

(...)

Quanto transcender a área de uma Comarca, tratar-se-á de dano regional, enquanto circunscrito ao âmbito de um Estado federado e a competência para a causa é o do foro da capital do Estado. A competência será da comarca do Distrito Federal quando o dano que haja ocorrido transcende, ou, se ainda por vir a ocorrer, puder vir a transcender a área geográfica de mais de um Estado, ganhando, por isso, âmbito nacional (o dano, por exemplo, deve vir a ocorrer em âmbito nacional, ainda que já existente em âmbito local ou regional)”. (Arruda Alvim. Código do Consumidor Comentado. 2ª ed. São Paulo: RT, 1995, pág. 425-426)

II.3 – ABUSIVIDADE DA FIXAÇÃO DE PREÇOS DIFERENCIADOS FRENTE AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Deve se consignar, inicialmente, que o Ministério Público reconhece que a empresa demandada tem liberdade para a fixação dos preços de seus produtos e serviços, por força não somente da incidência do princípio da livre iniciativa, previsto no artigo 170, inciso I da Constituição Federal, como também

pelo fato de que o próprio regulamento do SCM prevê a observância do regime de direito privado aos preços do serviço de acesso à internet.

Contudo, tais normas não justificam a discriminação entre consumidores, impondo-lhes a fixação de preços diferenciados, o que vem ocorrendo na presente hipótese.

Nesse sentido, deve se salientar que o próprio **artigo 170 da Constituição Federal, em seu inciso V**, elenca a **proteção ao consumidor como um dos princípios da ordem econômica**, ao lado do princípio da livre iniciativa. Desta forma, os dois princípios – da livre iniciativa e da proteção ao consumidor – devem ser aplicados de forma concomitante, a fim de evitar abusos nas relações de consumo, marcadas de forma evidente pelo traço da desigualdade.

Verifica-se, portanto, que a aplicação do princípio da livre iniciativa não pode significar, no plano concreto, a consagração da discriminação entre consumidores, devendo o princípio da proteção ao consumidor incidir indiretamente nas relações de consumo, através das normas do Código de Defesa do Consumidor, como preconiza a eminente **Cláudia Lima Marques**:

*“Assim, de um lado, como direito fundamental, é um direito subjetivo (direito do sujeito, direito subjetivo público, geral, do cidadão), que pode e deve ser reclamado e efetivado por este sujeito de direitos constitucionalmente assegurados, o consumidor, seja contra o Estado (é a chamada eficácia vertical dos direitos fundamentais, eficácia entre o Estado e o consumidor dos direitos fundamentais) ou nas relações privadas (é a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, entre dois sujeitos do direito privado, por exemplo efeito aos direitos fundamentais entre um consumidor e um banco, por exemplo, conhecida pela expressão alemã *Drittwirkung*). Em outras palavras, o direito fundamental deve ser respeitado, de acordo e em conformidade com a lei infraconstitucional (eficácia indireta, através de uma norma infraconstitucional, como o CDC) e as exigências de dignidade da pessoa humana (eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas). (Antônio Herman V. Benjamim, Cláudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Ed.RT, 2008, pág. 26*

Em suma, por preceito constitucional, o consumidor tem o direito a receber especial proteção do Estado, razão pela qual **o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor densifica a norma fundamental de proteção do consumidor** prevista no artigo 170, inciso V da Constituição Federal contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços, razão pela qual não pode ser invocado o princípio da livre iniciativa para a prática de ilegalidades. **Por tal motivo, é defeso ao fornecedor de bens e serviços efetuar qualquer tipo de discriminação aos consumidores em relação à estipulação de preços de seus produtos e/ou serviços.**

No plano infraconstitucional o direito positivo visa a contrabalançar a vulnerabilidade do consumidor em relação ao fornecedor, visto que é este quem detém o poder exclusivo de formular o inteiro teor do contrato por adesão que obrigará as partes, sendo subtraído do hipossuficiente o poder de negociar a redação das respectivas cláusulas contratuais. Em razão da desvantagem desta posição contratual em que o consumidor se encontra, percebeu o legislador a necessidade de relativizar o poder vinculante da autonomia da vontade manifestada por ocasião da formalização do vínculo contratual, sobrepondo-lhe o interesse público quanto à higidez dos direitos e obrigações contratados pelas partes.

Nesta esteira, o art. 51 do CDC, prevendo situações em que o vigoroso fornecedor se prevaleceria de sua posição de vantagem para agravar o desequilíbrio da relação contratual em detrimento do hipossuficiente, estipulou rol exemplificativo de cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que seriam abusivas, por ofenderem a ordem pública de defesa do consumidor (art. 1º, CDC).

Nelson Nery Júnior, um dos autores do anteprojeto da Lei n.º 8.078/90 (CDC), discorre acerca da matéria com preciosa lucidez, *verbis*,

‘(...) A existência de cláusula abusiva no contato de consumo torna inválida a relação contratual pela **quebra do equilíbrio entre as partes**, pois normalmente se verifica nos **contratos de adesão**, nos quais **o estipulante se outorga todas as vantagens em detrimento do aderente, de quem são retiradas as vantagens e a quem são carregados todos os ônus derivados do contrato.**’ (In Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 7ª edição, p. 501, grifo nosso).

Dentre as cláusulas abusivas previstas pelo art. 51 do CDC, destaca-se aquela a que se refere o inciso IV do mesmo dispositivo legal, *verbis*,

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
(...)
IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;
(...)
X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;
(...)
XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

No caso em tela, a ofensa aos princípios da boa fé objetiva e da equidade se mostra evidente e, para que tal assertiva seja devidamente demonstrada, pede-se vênua para citar a definição de tais conceitos:

“Assim, quando se fala em boa fé objetiva, pensa-se em comportamento fiel, leal. Na atuação de cada uma das partes contratantes a fim de garantir respeito à outra. É um princípio que visa garantir a ação sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão a ninguém, cooperando sempre para atingir o fim colimado no contrato, realizando os interesses das partes”. (Rizzato Nunes, in Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, pág. 551)

“Apesar de trabalhar com critérios objetivos, com standards valorativos e com o efeito erga omnes da decisão, a equidade é entendida no sentido aristotélico de justiça no caso concreto. No caso, a equidade surge como corretivo ou impedimento das condições gerais iníquas ou que provocam vantagem injusta ao predispndente em relação ao aderente”. Paulo Luiz Netto Logo, in Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas. São Paulo: Saraiva, pág. 147)

Não há dúvidas de que a cobrança diferenciada pelo mesmo serviço efetuada pela empresa ré fere frontalmente os princípios da boa fé e da equidade, previstos no artigo 51, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor. Contudo, a fim de justificar sua conduta alega que a cobrança diferenciada é indispensável, porque as cidades do interior do Estado não contam com toda a logística que as grandes cidades oferecem, sendo necessário que disponibilize boa parte de sua infra-estrutura para a prestação do serviço.

Tal assertiva se mostra ainda mais evidente quando se observa a absurda disparidade dos preços para o referido serviço. Apenas a título exemplificativa, o consumidor residente no interior contrataria o serviço de acesso à velocidade 1 Mega ao valor de R\$ 149,00 (cento e quarenta e nove reais). Caso o consumidor seja residente no Município do Rio de Janeiro, este teria condições de adquirir o pacote “Oi Velox 4 Megas + fixo-fixo local ilimitado e mais a 1ª mensalidade grátis” e ainda sobriariam R\$ 35,00 (trinta e cinco reais).

Repita-se mais uma vez que a ré, **apesar de instada, no curso do inquérito civil que originou esta ação, a trazer estudos técnicos que pudessem justificar a disparidade de preços nas diversas localidades, não se manifestou.** Logo, se deduz que sua alegação não é pautada em estudos

técnico hábeis a justificar a cobrança de valores diferenciados para a prestação de um mesmo serviço, sendo a referida cobrança manifestamente abusiva, **principalmente quando a própria ANATEL reconhece que os preços dos serviços tendem a convergir nas diferentes localidades no Estado do Rio de Janeiro, uma vez que a tecnologia ADSL já se encontra suficientemente “madura” e em razão do fato da Telemar ser concessionária do STFC, que constitui um dos requisitos para o acesso à internet através da tecnologia ADSL.**

Com efeito, a ré é a maior companhia de telecomunicações do Brasil em faturamento e a alegação simplista que não tem infra-estrutura para prestar o serviço de internet banda larga Velox com igualdade de valores não deve prosperar. O próprio Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia estabelece em seu artigo 45 que o serviço não deve ser prestado em condições discriminatórias, senão vejamos:

Art. 45. O serviço deve ser prestado em condições não discriminatórias a todos os assinantes localizados na área de prestação especificada no termo de autorização.

Depreende-se da leitura do referido artigo que os valores cobrados pelo serviço deverão ser uniformes, pois caso ao contrário se estará discriminando o usuário do serviço.

Pode até ser alegado pela ré, que o valor praticado na capital do Rio de Janeiro é promocional pela maior facilidade de implantar o serviço, só que o artigo 50, parágrafo único do referido Regulamento diz que os descontos devem ser feitos “ de forma não discriminatória e segundo critérios objetivos”. Assim, as reduções de preço não podem ser realizadas com o objetivo de mascarar o preço real do acesso e manter preços diferenciados dentro da mesma área de prestação de serviço, como ocorre.

Portanto, não restam dúvidas de que, agindo desta maneira, a empresa demandada está fixando unilateralmente os preços dos serviços de acesso à internet através da tecnologia ADSL, instituindo tratamento discriminatório em razão do domicílio do consumidor.

Logo, a prática impugnada propicia o enriquecimento sem causa do fornecedor réu, implicando, também por isso, ofensa ao equilíbrio dos direitos e obrigações contraídos pelas partes. Nelson Nery Júnior, neste aspecto, *in* Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 7ª edição, p. 534, preleciona com justiça que, *verbis*,

'a onerosidade excessiva pode propiciar o enriquecimento sem causa, razão por que **ofende o princípio da equivalência contratual**, princípio esse instituído como base das relações jurídicas de consumo (art. 4º, n.º III e art. 6º, n.º II, CDC).

III – DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA:

Desde já, requer o Ministério Público seja deferido o pedido de inversão do ônus da prova, na forma do artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que os seus requisitos legais, a saber, a hipossuficiência da parte autora e a verossimilhança das alegações encontram-se presentes.

Deve se destacar que a mencionada norma legal constitui um direito básico de defesa do consumidor, aplicável tanto à sua tutela individual quanto coletiva. Nessa senda, destaca-se que a referida norma encontra-se em ressonância com o artigo 6º, inciso VI do Código de Defesa do Consumidor, que erige a direito básico do consumidor a “*efeito prevenção e reparação de danos morais e patrimoniais, **individuais, coletivos e difusos***”.

Em outras palavras, significa dizer que o direito à **inversão do ônus da prova** constitui **instrumento processual** para a realização de um dos direitos básicos do consumidor, a saber, a **prevenção e reparação de danos**, sejam eles de natureza **individual ou coletiva, em sentido lato**. Logo, não há dúvidas de que o mencionado dispositivo também é aplicável em relação às Ações Coletivas.

Assentada esta premissa, importa destacar que os pressupostos para a inversão do ônus da prova se fazem presentes. Em primeiro lugar, é inequívoca a **verossimilhança das alegações da parte autora**, no sentido da inexistência de justificativa técnica suficiente a justificar a diferenciação dos preços para o serviço Velox tanto no interior quanto na Capital. Nesse sentido, pede-se vênia para citar trecho da Nota Técnica da ANATEL, no sentido de que os preços para prestação do referido serviço tanto na Capital quanto no interior tendem a convergir, na medida em que a tecnologia ADSL já encontra “madura”, ressaltando-se ainda que o fato da Telemar já ser concessionária do STFC diminui os custos para a implantação do serviço.

Por outro lado, deve ser reconhecida a **hipossuficiência**, que neste caso é de **natureza técnica**. Vale dizer, a hipossuficiência para fins de incidência do Código de Defesa do Consumidor, não se resume ao seu aspecto econômico, abrangendo também o seu aspecto técnico.

Significa dizer que o consumidor, em determinados casos, pode não ter meios técnicos específicos para conhecer as características essenciais do produto ou serviço. É exatamente o que ocorre no presente caso, em que o consumidor residente no interior não tem condições de saber os encargos que justificam a cobrança pelo serviço Velox em valores superiores àqueles cobrados no Município do Rio de Janeiro.

É certo, no entanto, que o Ministério Público, na qualidade de **substituto processual do consumidor**, goza de superioridade técnica em relação ao consumidor individual. No entanto, sua hipossuficiência técnica em relação ao fornecedor de bens e serviços não pode ser afastada, uma vez que eventualmente o Ministério Público pode assumir posição de hipossuficiência técnica em relação ao fornecedor de bens e serviços; situação esta presente no caso em tela.

Com efeito, a questão de fato debatida nestes autos demanda a realização de prova de natureza técnica, com alto grau de complexidade, estando alinhada à identificação dos motivos que justificam (ou não) a disparidade de preços cobrados pela Telemar para prestação do serviço Velox na capital e no interior do Estado. Sendo assim, verifica-se que o fornecedor encontra-se em posição técnica mais favorável do que o Ministério Público para demonstrar o fato que constitui o objeto da prova pericial.

Portanto, para garantir a idéia de **paridade de armas** dentro do processo, **faz-se imperiosa** a determinação de **inversão do ônus da prova**, uma vez que nem mesmo o Ministério Público possui os mesmos **meios técnicos** que a demandada para fazer prova de seu direito.

IV – DO PEDIDO LIMINAR:

Tudo o que foi exposto demonstra a existência do *fumus boni iuris* e, ainda mais: prova inequivocamente a verossimilhança das alegações. O *fumus boni iuris*, sem um prejulgamento de mérito, consubstancia-se em um juízo de probabilidade, razoavelmente demonstrado, de irregularidade e abusividade das condutas praticadas pela parte ré.

O *periculum in mora*, por sua vez, emerge da premente necessidade de se evitar que consumidores continuem expostos, até o provimento jurisdicional definitivo, às conseqüências advindas da cláusula de não-indenizar os danos decorrentes dos acidentes de serviço.

Ademais, dispõe o § 3º do art. 84 do CDC que, “*sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu*”.

Assim, demonstrado o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, requisitos essenciais à concessão de liminar, mister que esse Juízo conceda tal medida para proteger os consumidores contra a prática abusiva da parte ré, que vem se valendo de sua boa-fé e vulnerabilidade para impingir-lhes um serviço cuja contratação depende da adesão a cláusula de que prevê a **cobrança de tarifa manifestamente ilegal** – eivada de nulidade, pelos motivos acima mencionados.

Evidenciada presença dos requisitos necessários ao deferimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, cabe esclarecer que apesar da dicção do artigo 12 da Lei nº 7.347/85 fazer crer que constitui faculdade do juiz deferir o pedido liminar, trata-se, em realidade, de dever imposto ao magistrado, uma vez que o deferimento do provimento constitui etapa inerente ao procedimento instituído pela Lei da Ação Civil Pública. Nesse sentido, pede-se vênha para transcrever lição de Sérgio Ferraz:

“Cabe observar que defectiva é a disciplina legal da liminar, na própria ação civil pública. A lei sequer cuidou de batizá-la, quanto aos pressupostos de seu cabimento; e, não bastasse isso, possibilitou que, ainda quando configurados os pressupostos que por construção jurisprudencial-doutrinária se vier a eleger, sua concessão repouse em avaliação discricionária (nem sempre expressamente motivada, ex vi da Constituição Federal – art. 93, IX – e do CPC – arts. 131 e 458, II) do julgador (“Poderá o juiz...”), em vez de fazê-la um dever do juiz (como ocorre no mandado de segurança).

O exame do arcabouço jurídico como um sistema permite sustentar que devam ser aqui tidos, como os marcos ensejadores da liminar, aqueles mesmos levados em conta para o mandado de segurança (conclusão a que se chega com a visão comparativa do § 1º do ora analisado art. 12, calcado visivelmente em lei disciplinadora daquele writ, a saber, a Lei 4.348/64) e para a ação popular (afirmação esteiada na referência contida no art. 1º da Lei 7.347/85).

Dessa medida, alguns efeitos relevantes decorrem:

I – **a liminar não é um provimento excepcional, a ser restritivamente examinado e concedido. Ou seja, a liminar não é uma**

exceção à idéia do due process of law. Pelo contrário: ela constitui uma etapa naturalmente integrante do devido processo legal da ação civil pública.

II – conseqüentemente, é inconstitucional a norma legal ou regulamentar que proíba, transitória ou definitivamente, a concessão de liminar. A tutela liminar é estabelecida na Constituição, inciso XXXV do art. 5º, preceito no qual alçada à plataforma das garantias individuais básicas, confiadas no exame e decisão do Judiciário, não apenas a lesão, mas também a ameaça a direito.

Pela mesma razão, são inconstitucionais vedações legais (v. g., Leis 8.437/92 e 9.494/97) à edição de liminares em cautelares e à dação de tutela antecipada” (Sérgio Ferraz. Provimentos antecipatórios na ação civil pública. Ação civil pública. Lei 7.347/1985 – 15 anos. São Paulo: revista dos Tribunais, 2001. p. 785/786).

Ante o exposto, requer o Ministério Público seja: a) determinado à Telemar que se abstenha de praticar preços diferenciados para a prestação do serviço Velox ou qualquer outro tipo de serviço de acesso à internet através da tecnologia ADSL baseado na localidade onde o serviço é prestado, devendo ser adotado como parâmetro o preço fixado para o serviço no Município do Rio de Janeiro, sob pena de incidência de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), sem prejuízo da adoção de outras medidas coercitivas que possam se fazer necessárias para garantir o cumprimento específico da obrigação, na forma do artigo 461, § 5º do Código de Processo Civil e artigo 84, § 3º do Código de Defesa do Consumidor; b) seja suspensa, em todo o território do Estado do Rio de Janeiro, a eficácia das cláusulas dos contratos celebrados entre a Telemar e consumidores residentes em quaisquer localidades situadas no Estado do Rio de Janeiro que estipulem valores para a prestação do serviço Velox ou qualquer outro serviço de acesso à internet através da tecnologia ADSL superiores ao preços vigentes no Município do Rio de Janeiro para a prestação do mesmo serviço.

V – DOS PEDIDOS PRINCIPAIS:

Requer e postula ainda:

(i) a citação do réu para que, querendo, apresentem contestação, sob pena de revelia;

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

(iii) seja deferido o pedido de inversão do ônus da prova em favor do Ministério Público;

(iv) seja condenada a parte ré em obrigação de não fazer, consistente em abster-se de praticar preços diferenciados para a prestação do serviço Velox ou qualquer outro tipo de serviço de acesso à internet através da tecnologia ADSL baseado na localidade onde o serviço é prestado, devendo ser adotado como parâmetro o preço fixado para o serviço no Município do Rio de Janeiro, sob pena de incidência de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), sem prejuízo da adoção de outras medidas coercitivas que possam se fazer necessárias para garantir o cumprimento específico da obrigação, na forma do artigo 461, § 5º do Código de Processo Civil e artigo 84, § 3º do Código de Defesa do Consumidor;

(v) que sejam declaradas nulas, em todo o território do Estado do Rio de Janeiro, cláusulas do contratos celebrados entre a Telemar e consumidores residentes em quaisquer localidades situadas no Estado do Rio de Janeiro que estipulem valores para a prestação do serviço Velox ou qualquer outro serviço de acesso à internet através da tecnologia ADSL superiores ao preços vigentes no Município do Rio de Janeiro para a prestação do mesmo serviço;

(vi) seja a demandada condenada na obrigação de fazer, consistente em restituir em dobro aos consumidores residentes no interior do Estado a diferença entre os valores pagos pelo serviço Velox ou qualquer outro serviço de acesso à internet através da tecnologia ADSL e o valor estipulado pela para prestação do mesmo serviço no Município do Rio de Janeiro, na forma do artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor;

(vii) que seja a parte ré condenada a indenizar, da forma mais ampla e completa possível, os danos materiais e morais causados aos consumidores individualmente considerados, em consequência dos fatos narrados na presente inicial;

(viii) a condenação da parte ré a reparar os danos materiais e morais causados aos consumidores, considerados em sentido coletivo, no valor mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), corrigidos e acrescidos de juros, cujo valor reverterá ao Fundo de Reconstituição de Bens Lesados, mencionado no art. 13 da Lei nº 7.347/85;

(ix) a condenação do réu ao pagamento de todos os ônus da sucumbência e honorários advocatícios.

Protesta, ainda, o Ministério Público, nos termos do artigo 332 do Código de Processo Civil, pela produção de todas as provas que se fizerem necessárias no decorrer do processo, notadamente a prova pericial, sob pena de confissão, sem prejuízo da inversão do ônus da prova previsto no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Dá-se a esta causa, por força do disposto no artigo 258 do Código de Processo Civil, o valor de R\$100.000,00 (cem mil reais).

Pede Deferimento.

Rio de Janeiro, 15 de janeiro de 2009.

João Luiz Ferreira de Azevedo Filho
Promotor de Justiça