



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da Vara Empresarial da
Comarca da Capital

NEXTEL – veiculação de promoções apenas para os que realizem portabilidade – acesso a promoções apenas aos novos clientes – clientes antigos impedidos de aderir às promoções – tratamento desigual entre os consumidores – utilização de critério subjetivo para aplicação de promoções (restrita àqueles que realizam a portabilidade) – prática abusiva, vez que discriminatória – privilégio aos consumidores de outras operadoras em detrimentos dos seus próprios – violação a normas específicas (artigo 46 da Resolução nº 632 da ANATEL) e ao Código de Defesa do Consumidor (artigos 6º, IV e VI, 37, § 2º e 39, XI) – violação ao artigo 1º da LEI RJ nº 7077/2015 – violação ao artigo 5º, caput da CRFB/1988.

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, por intermédio do Promotor de Justiça que ao final subscreve, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, e com fulcro na Lei 7.347/85 e 8.078/90, **ajuizar** a competente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONSUMERISTA com pedido de liminar

em face de: **NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA**, inscrita no CNPJ/MF n.º 66.970.229/0001-67, localizada à Avenida das Nações Unidas, 14.171, 32º andar, Vila Gertrudes, CEP 04794-000, São Paulo - SP, pelas razões que passa a expor:

Legitimidade do Ministério Público

O Ministério Público possui legitimidade para propositura da presente ação civil pública, uma vez

que os fatos narrados violam direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores e, nos termos do artigo 81, parágrafo único, I II e III c/c artigo 82, I, da Lei n°. 8.078/90, assim como do artigo 127, caput e artigo 129, III da CRFB/1988, este autor possui expressamente legitimidade para atuar.

Sobretudo, porque a prática de que trata a ação atinge número absolutamente expressivo de consumidores.

O E. Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência assente nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. DIREITOS COLETIVOS, INDIVIDUAIS HOMOGENEOS E DIFUSOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.

- O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação coletiva de proteção ao consumidor, inclusive para tutela de interesses e direitos coletivos e individuais homogêneos. (AGA 253686/SP, 4a Turma, DJ 05/06/2000, pág. 176).

Da ausência de interesse na realização de audiência de conciliação ou mediação

Em cumprimento ao art. 319, inciso VII do Código de Processo Civil em vigor, o autor informa que não possui interesse na realização de audiência de conciliação ou de mediação.

No caso em tela, existem fatores que estão a indicar que a mediação constitui um ato infrutífero, que apenas colaborará para o prolongamento desnecessário da lide, uma vez que, no curso do inquérito civil público, no qual foi constatada a irregularidade

que constitui a causa de pedir da presente ação, foi oferecido acordo, não se obtendo sucesso.

Ademais, se uma das partes manifesta que não há interesse em participar da audiência ela não deverá ser realizada.

Cássio Scarpinella Bueno afirma que: “Não há sentido em designar aquela audiência nos casos em que o autor, indica seu desinteresse na conciliação ou mediação. Até porque seu não comparecimento pode ser entendido como ato atentatório à dignidade da justiça nos moldes do §8º do art. 334. Trata-se de interpretação que se harmoniza e que se justifica com o princípio da autonomia da vontade – tão enaltecido pelo CPC de 2015 – e que, mais especificamente preside a conciliação e a mediação. Expresso, nesse sentido, aliás, o art. 2º, V, da Lei nº 13140/2015, que disciplina a mediação. Ademais, de acordo com o § 2º, daquele mesmo art. 2º, ‘ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação’. De outra parte, ainda que o autor nada diga a respeito da sua opção em participar, ou não, da audiência de conciliação ou de mediação (quando se presume sua concordância com a designação da audiência consoante se extrai do §5º do art. 334), pode ocorrer de o réu manifestar-se, como lhe permite o mesmo dispositivo, contra sua realização, hipótese em que a audiência inicialmente marcada será cancelada, abrindo-se prazo para o réu apresentar sua contestação, como determina o inciso II do art. 335).” (BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. 2. ed. Volume único. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 295.)

Por sua vez, Alexandre Câmara diz que: “Apesar do emprego, no texto legal, do vocábulo “ambas”, deve-se interpretar a lei no sentido de que a sessão de mediação ou conciliação não se realizará se qualquer de seus pares manifestar, expressamente, desinteresse na composição consensual”. (CÂMARA, Alexandre. Novo Processo Civil Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 201.).

Além do já citado, constitui obstáculo à realização da mediação, no caso em tela, a evidente incongruência entre a exigência de publicidade em se tratando de resolução de conflitos envolvendo ente público e que versa sobre direitos indisponíveis, com o instituto da mediação, regido pela confidencialidade.

A Resolução n° 125 do CNJ elenca a confidencialidade como princípio fundamental que deve reger a conciliação e a mediação:

Art. 1º (Anexo III) - São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

O regramento do Tribunal de Justiça (RESOLUÇÃO TJ/OE/RJ n° 16/2014) determina expressamente a aplicação da citada norma às conciliações e mediações realizadas em seu âmbito:

Art.14. Compete aos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSCs:

I- realizar conciliações e mediações processuais e pré-processuais conforme o disposto na Resolução 125 do CNJ;

Ocorre que a doutrina mostra-se atenta à questão desde a divulgação dos primeiros textos do Projeto do Novo CPC, destacando a inaplicabilidade da confidencialidade em situações como a do caso em tela:

“No sistema brasileiro, contudo, à luz do princípio da publicidade insculpido no artigo 37, *caput*, da nossa Constituição Federal, não me parece haver outra solução jurídica admissível senão o

reconhecimento da inaplicabilidade de confidencialidade, como regra, no processo de mediação envolvendo entes públicos”.¹

“Nas hipóteses de solução alternativa de conflitos em que uma das partes seja o Poder Público, há que se observar a regra da publicidade dos atos estatais, o que afasta o sigilo destas técnicas de solução de conflitos e se enquadra na exceção legal do dever de confidencialidade”.²

Inaplicável, portanto, à luz do princípio da publicidade, insculpido no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, o princípio da confidencialidade sempre que um ente público se fizer presente em um dos polos processuais.

Deste modo, em casos como o presente, há sempre que se observar a regra da publicidade dos atos estatais, o que afasta por completo a possibilidade de resolução do conflito através da mediação, que deve, conforme visto, ser realizada sob o princípio da confidencialidade (incabível na hipótese).

DOS FATOS

Foi recebida pelo Ministério Público representação em desfavor da Nextel Telecomunicações pela veiculação de ofertas e descontos, contudo, apenas acessíveis aos consumidores que ainda não são seus clientes.

¹ SOUZA, Luciane Moessa de. *Resolução Consensual de Conflitos Coletivos Envolvendo Políticas Públicas*. Brasília: Fundação Universidade de Brasília. 1ª edição. 2014. p. 65-66.

² GISMONDI, Rodrigo A. Oderbrecht Curi. *Mediação Pública* In *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Mediação. 14ª edição p. 192.

A Nextel, em fls. 43/50, aduziu que tem boa reputação, sendo reconhecida pelo bom atendimento ao consumidor no site do Ministério da Justiça ([WWW.consumidor.gov.br](http://www.consumidor.gov.br)). Desta forma, refutou a validade das reclamações que instauraram o inquérito. Defendeu-se que mais de 72.534 clientes teriam feito a migração e a oferta é extensiva tanto a novos clientes quanto aos já existentes. Refutou ainda, as reclamações encontradas no site Reclame Aqui, questionando a credibilidade da plataforma e declarando não reconhecê-la como legítima.

Os fatos narrados na representação puderam ser confirmados através de consulta sobre as ofertas veiculadas na página da Nextel, [HTTP://www.nextel.com.br/planos/controle](http://www.nextel.com.br/planos/controle), conforme fls. 85/88 e fls. 72/77 do PJDC 556/2016, nos quais, percebe-se que o próprio site contém a informação de que, por exemplo, o plano M é exclusivo para clientes que realizem a portabilidade:

“Oferta válida para os DDDs 22 e 24 e contratação por pessoa física até 31/03/2017, podendo ser prorrogada a exclusivo critério da Nextel. A velocidade de navegação será definida pela área de cobertura e compatibilidade do aparelho com a frequência da Rede Nextel. Velocidade de transmissão de dados na rede 3G é de até 600 Kbps de download e 200 Kbps de upload. Promocionalmente até 31/03/2017, após atingida a franquia de internet, a velocidade de navegação será reduzida para 64 Kbps (download e upload). A franquia de minutos dos planos é válida para ligações locais. **O valor promocional da oferta Controle M (5 GB) + M (500 minutos) e da oferta Controle M (5 GB) + G (2.500 minutos) são exclusivos para clientes que realizarem somente a portabilidade do número.** O desconto concedido nos planos está sujeito a fidelização e possui validade de 12 meses a partir da data de contratação. O cancelamento do plano antes do vencimento implicará pagamento de multa proporcional com base no valor do benefício auferido. Controle da fatura: A prestação dos serviços adicionais estará disponível por meio de recarga. Controle Cartão de Crédito: Promoção válida para pagamento exclusivo no cartão de crédito. É vedada a contratação de qualquer serviço adicional que possua cobrança mensal recorrente para os planos Controle cartão de Crédito. CSP: O benefício de ligações ilimitadas de longa distância, de Nextel para Nextel, utilizando o código 99, já está incluso nos planos da família P, M e G, não havendo custo adicional ao cliente. Roaming Nacional de Dados: Fora da rede Nextel, haverá franquia de 100 MB, com velocidade 3G. O equipamento deve ser compatível com a frequência da rede utilizada. Ofertas sujeitas à análise de crédito. Para mais informações, consulte o regulamento.” (grifo nosso)

O respectivo regulamento ainda repete a exigência de portabilidade para o acesso à promoção:

1.3. ELEGIBILIDADE: São elegíveis a essa promoção:

- **Cientes Pessoa Física que efetuarem a portabilidade do número** para o plano M (5GB) + G (2.500min) e contratarem também um Plano Família.
- **Cientes Pessoa Física que efetuarem exclusivamente a portabilidade do número** para o plano M (5GB) + G (2.500min). (grifo nosso).

Ocorre que a portabilidade configura-se na possibilidade de os usuários de telefonia trocar de operadora e manter o número de telefone (fls. 89/90). Para usufruto das promoções da Nextel vinculadas à portabilidade, essencial que o consumidor advenha de outra operadora de telefonia. Aquele que já é cliente da Nextel jamais poderá aderir a tais promoções, vez que não se encontra apto a realizar a portabilidade.

A prática, ao impedir o acesso dos próprios clientes às promoções é ilegal, como será adiante especificado.

Foi proposto Termo de Ajustamento de Conduta, contudo, a Nextel não manifestou interesse na sua assinatura.

DA FUNDAMENTAÇÃO

a) O tratamento desigual imposto pela Nextel baseia-se em critérios subjetivos - violação ao princípio constitucional da isonomia, ao artigo 46 do Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços e Telecomunicações e ao artigo 1º da LEI RJ N° 7077/2015.

Conforme já exposto, a prestadora de serviços Nextel impede que seus clientes usufruam de promoções, restritas àqueles que realizam a portabilidade.

Tal conduta foi analisada pela ANATEL a qual, no relatório de fls. 60/62 do inquérito civil, considerou que ***'sob a ótica da regulamentação, ofertas e planos dirigidos apenas a novos consumidores devem também ser passíveis de contratação pelos consumidores que já tenham o contrato celebrado com a empresa ofertante. É vedada, portanto, prática de ofertas e plano elegíveis somente para novos clientes'***.

Em sua manifestação, a ANATEL destaca os seguintes dispositivos do Regulamento Geral de Defesa dos Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações - RGC, aprovado pela Resolução nº 632, de 7 de março de 2014:

Art. 46. Todas as ofertas, inclusive de caráter promocional, devem estar disponíveis para contratação por todos os interessados, inclusive já Consumidores da Prestadora, sem distinção fundada na data de adesão ou qualquer outra forma de discriminação dentro da área geográfica da oferta.
(grifo nosso),

Art. 47. A comparação de ofertas de serviços de telecomunicações pode ser promovida por qualquer interessado.

Art 48. As Prestadoras de Serviços devem disponibilizar gratuitamente, de forma padronizada e de fácil acesso, aos interessados na atividade de

comparação as informações relativas às suas ofertas de serviços de telecomunicações.

O teor do dispositivo destacado acima deixa fora de dúvida a ilegalidade da prática perpetrada pela ré. Ao eleger as promoções apenas para aqueles que realizarem a portabilidade o réu discrimina seus próprios clientes, que não tem como fazê-la, em detrimento daqueles advindos de outras operadoras.

No mesmo sentido do regramento da ANATEL, em outubro de 2015, foi sancionada a Lei RJ N° 7.077/2015 que prevê expressamente a obrigação das operadoras de serviço de telefonia móvel, fixa, de TV por assinatura e de transmissão de dados via banda larga ofertarem as mesmas condições de pacote para clientes novos e antigos. Grife-se:

Art. 1º. Ficam as operadoras de serviços de telefonia móvel, fixa, de TV por assinatura e de transmissão de dados via banda larga, obrigadas a oferecerem, aos consumidores que possuam contratos em atividade, as mesmas condições previstas para a adesão de novos planos e pacotes promocionais.

E não é só. Além de violar as regras específicas supracitadas, a conduta da ré também ofende preceito constitucional, que determina o tratamento igual entre os iguais, e normas do Código de Defesa do Consumidor que proíbem a publicidade discriminatória de qualquer natureza e a recusa injustificada da venda de bens ou prestação de serviços a quem prontamente se

disponha a adquiri-los mediante o pronto pagamento (artigos 37, §2º e 39, IX, respectivamente), de forma que merece ser reprimida.

A diferenciação imposta pela ré cria uma situação de desvantagem exagerada e infundada dos clientes da Nextel, detrimento daqueles advindos de outras operadoras.

Por tudo isso, tal critério não pode ser aceito, uma vez que viola o mais basilar dos direitos do ser humano: a isonomia de tratamento, o qual, de tão importante, vem logo no caput do artigo 5º da CRFB, devendo, a conduta da Nextel ser estancada.

b) A prática comercial abusiva e desleal

Noutro giro, a exigência da Nextel consistente em permitir apenas que 'novos clientes', aptos a realizar a portabilidade, possam adquirir os descontos dados em forma de promoção gera não somente uma situação desigual e discriminatória, como também, constitui uma forma abusiva e desleal de angariar o maior número possível de assinantes.

As ofertas da Nextel são, portanto, meramente formas de aliciamento de clientes, não possuindo outra finalidade.

Nesse contexto, a justa competição também fica prejudicada, pois as ofertas e descontos propiciados pela Nextel, ao invés de abrangerem todos os consumidores, abarcam apenas aqueles que com ela não

possuem assinatura e que podem fazer a portabilidade, sendo certo que, com isso, pode a operadora trabalhar com uma margem maior de desconto e ludibriar os consumidores, fazendo com que permaneçam vinculados a um plano, sem que possam ser beneficiados por ofertas futuras mais vantajosas.

Sendo assim, não só os consumidores assinantes da ré são afetados, como também aqueles que ainda irão contratar, pois são atraídos por uma publicidade abusiva que pode vir a causar uma situação desvantajosa no futuro, caso a prática continue a se repetir.

Age, a Nextel, em flagrante abuso de direito utilizando método desleal e anticompetitivo, excluindo os consumidores apenas pelo fato de já serem clientes. Tal prática deve ser espancada.

c) Os danos materiais e morais individuais

Fica evidente, após todo o exposto, que a conduta da ré gera danos aos consumidores individualmente considerados.

Nessa esteira, o ressarcimento pelos danos individuais em sede de ação civil pública está expressamente previsto no artigo 95 do CDC que dispõe que a condenação será genérica para que a fixação dos valores seja feita em sede de liquidação individual prevista no artigo 97 da mesma norma.

A possibilidade de condenação da ré pelos danos materiais e morais individuais tem como fundamento o princípio do máximo benefício da tutela coletiva que impõe a necessidade de se propiciar a execução coletiva dando primazia à economia processual.

Dessa forma, caracterizada a conduta indevida com conseqüente condenação da ré, deve a sentença, também, condenar ao ressarcimento pelos danos morais e materiais individuais dos consumidores.

d) A necessidade de condenação aos danos morais coletivos

No mesmo giro, deve a ré ser responsabilizada por eventuais danos morais coletivos decorrentes de sua conduta lamentável, uma vez que os lucros obtidos pela Nextel com a captação indevida é uma clara afronta aos clientes já fidelizados e, muitas vezes, inconscientes da situação desvantajosa que a operadora lhes impõe.

Frise-se que a Nextel, abusivamente, veicula promoções e ofertas apenas para novos clientes aptos a realizarem a portabilidade, atuando de forma discriminatória, quando na verdade deveria oferecer suas promoções a todos os consumidores, independente de possuírem ou não assinatura com a operadora.

Em situações como essas, a intenção da legislação é garantir a maior proteção possível aos direitos coletivos e difusos dos consumidores, que possuem extrema relevância social. Assim, além de

garantir a indenização por danos materiais, a legislação prevê a indenização por danos morais coletivos.

Vale dizer, que o aspecto mais importante da condenação da ré à obrigação de reparar danos materiais e morais coletivos está relacionado aos efeitos futuros da decisão judicial nesta Ação Civil Pública, inibindo a Nextel e demais empresas a lesarem os consumidores com regras discriminatórias e desiguais.

Portanto, impõe-se o reconhecimento da existência de danos materiais e morais coletivos no presente caso, haja vista a relevância social dos direitos envolvidos e o posicionamento da legislação e jurisprudência nacionais.

Há precedentes recentes, inclusive, do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DO CONSUMIDOR. TELEFONIA. VENDA CASADA. SERVIÇO E APARELHO. OCORRÊNCIA. DANO MORAL COLETIVO. CABIMENTO. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. Trata-se de ação civil pública apresentada ao fundamento de que a empresa de telefonia estaria efetuando venda casada, consistente em impor a aquisição de aparelho telefônico aos consumidores que demonstrassem interesse em adquirir o serviço de telefonia.

(...)

7. A possibilidade de indenização por dano moral está prevista no art. 5º, inciso V, da Constituição Federal, não havendo restrição da violação à esfera individual. A evolução da sociedade e da legislação têm levado a doutrina e a jurisprudência a entender que, quando são atingidos valores e interesses fundamentais de um grupo, não há como negar a essa coletividade a defesa do seu patrimônio imaterial.

8. O dano moral coletivo é a lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a violação de direito transindividual de ordem

coletiva, valores de uma sociedade atingidos do ponto de vista jurídico, de forma a envolver não apenas a dor psíquica, mas qualquer abalo negativo à moral da coletividade, pois o dano é, na verdade, apenas a consequência da lesão à esfera extrapatrimonial de uma pessoa.

9. Há vários julgados desta Corte Superior de Justiça no sentido do cabimento da condenação por danos morais coletivos em sede de ação civil pública. Precedentes: EDcl no AgRg no AgRg no REsp 1440847/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 15/10/2014, REsp 1269494/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 01/10/2013; REsp 1367923/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 06/09/2013; REsp 1197654/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 08/03/2012.

10. Esta Corte já se manifestou no sentido de que "não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso, que dê ensanchas à responsabilidade civil. Ou seja, nem todo ato ilícito se revela como afronta aos valores de uma comunidade. Nessa medida, é preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. (REsp 1.221.756/RJ, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, DJe 10.02.2012).

11. A prática de venda casada por parte de operadora de telefonia é capaz de romper com os limites da tolerância. No momento em que oferece ao consumidor produto com significativas vantagens - no caso, o comércio de linha telefônica com valores mais interessantes do que a de seus concorrentes - e de outro, impõe-lhe a obrigação de aquisição de um aparelho telefônico por ela comercializado, realiza prática comercial apta a causar sensação de repulsa coletiva a ato intolerável, tanto intolerável que encontra proibição expressa em lei.

12. Afastar, da espécie, o dano moral difuso, é fazer tabula rasa da proibição elencada no art. 39, I, do CDC e, por via reflexa, legitimar práticas comerciais que afrontem os mais basilares direitos do consumidor.

13. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1397870/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2014, DJe 10/12/2014) – grifo nosso.

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EMPRESA DE TELEFONIA - PLANO DE ADESÃO - LIG MIX - OMISSÃO DE INFORMAÇÕES RELEVANTES AOS CONSUMIDORES - DANO MORAL COLETIVO - RECONHECIMENTO - ARTIGO 6º, VI, DO

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - PRECEDENTE DA TERCEIRA TURMA DESTA CORTE - OFENSA AOS DIREITOS ECONÔMICOS E MORAIS DOS CONSUMIDORES CONFIGURADA - DETERMINAÇÃO DE CUMPRIMENTO DO JULGADO NO TOCANTE AOS DANOS MATERIAIS E MORAIS INDIVIDUAIS MEDIANTE REPOSIÇÃO DIRETA NAS CONTAS TELEFÔNICAS FUTURAS - DESNECESSÁRIOS PROCESSOS JUDICIAIS DE EXECUÇÃO INDIVIDUAL - CONDENAÇÃO POR DANOS MORAIS DIFUSOS, IGUALMENTE CONFIGURADOS, MEDIANTE DEPÓSITO NO FUNDO ESTADUAL ADEQUADO.

1.- **A indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletiva e difusa, tem seu fundamento no artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor.**

2.- Já realmente firmado que, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. **Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, inquietude social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva.**

Ocorrência, na espécie. (REsp 1221756/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 10/02/2012).

3.- No presente caso, contudo restou exaustivamente comprovado nos autos que a condenação à composição dos danos morais teve relevância social, de modo que, o julgamento repara a lesão causada pela conduta abusiva da ora Recorrente, ao oferecer plano de telefonia sem, entretanto, alertar os consumidores acerca das limitações ao uso na referida adesão. O Tribunal de origem bem delineou o abalo à integridade psico-física da coletividade na medida em que foram lesados valores fundamentais compartilhados pela sociedade.

4.- **Configurada ofensa à dignidade dos consumidores e aos interesses econômicos diante da inexistência de informação acerca do plano com redução de custo da assinatura básica**, ao lado da condenação por danos materiais de rigor moral ou levados a condenação à indenização por danos morais coletivos e difusos.

5.- Determinação de cumprimento da sentença da ação civil pública, no tocante à lesão aos participantes do "LIG-MIX", pelo período de duração dos acréscimos indevidos: a) por danos materiais, individuais por intermédio da devolução dos valores efetivamente cobrados em telefonemas interurbanos e a telefones celulares; b) por danos morais, individuais mediante o desconto de 5% em cada conta, já abatido o valor da devolução dos participantes de aludido plano, por período igual ao da duração da cobrança indevida em cada caso;

c) **por dano moral difuso mediante prestação ao Fundo de Reconstituição de Bens Lesados do Estado de Santa Catarina**; d) realização de levantamento técnico dos consumidores e valores e a operacionalização dos descontos de ambas as naturezas; e) informação

dos descontos, a título de indenização por danos materiais e morais, nas contas telefônicas.

6.- Recurso Especial improvido, com determinação (n. 5 supra).
(REsp 1291213/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 30/08/2012, DJe 25/09/2012 – grifo nosso).

No caso em apreço, o dano moral coletivo pode também ser caracterizado não somente pela vertente punitiva e pedagógica, mas também, pela sua configuração por violação ao direito fundamental da coletividade, de vértice constitucional, à isonomia formal e material.

e) Os pressupostos para o deferimento da antecipação da tutela

PRESENTES AINDA OS PRESSUPOSTOS PARA O DEFERIMENTO DE LIMINAR, quais sejam, a probabilidade do direito e o perigo de dano.

A verossimilhança está configurada na divulgação explícita das ofertas apenas para aqueles 'que realizarem portabilidade de número' (possibilidade restrita aos novos clientes e vedada aos antigos) no *site* da Nextel, principal meio de divulgação da atividade da ré, conforme documentos em anexo.

O *fumus boni iuris*, por sua vez, está, sobretudo, na flagrante violação ao artigo 5º da Constituição Federal, bem como, aos artigos 30 e 39, VIII da Lei 8.078/90, ao artigo 1º da Lei RJ nº 7.077/15 e ao artigo 46 da Resolução nº 632/14 da ANATEL.

No caso dos autos, a abusividade nas ofertas veiculadas pela Nextel, conforme já exaustivamente exposto, se mostra ainda mais grave, pois tem como escopo apenas angariar novos clientes, impedindo o respectivo acesso dos clientes antigos, fato que gera danos irreparáveis, uma vez que viola o direito fundamental da igualdade, de forma que se trata de uma proporção lógica: quanto mais tempo a ré continuar a veicular propaganda dessa natureza, maior será o número de consumidores atingidos, sendo inegável o *periculum in mora*.

Por prova inequívoca deve-se entender, de preferência, a prova documental ou incontestada dos fatos alegados na inicial, de que não paire qualquer dúvida. No caso, **mediante procedimento instaurado pelo Ministério Público, foi colhido incontestável quadro probatório da prática lesiva perpetrada pela ré, tendo em vista a constatação da irregularidade exaustivamente narrada no próprio site da ré, principal meio de divulgação de sua atividade.**

Sobretudo, considerando que o referido órgão público atua em poder de polícia, o qual, como ato administrativo, possui presunção de legitimidade e legalidade.

Por fim, em relação à reversibilidade do provimento jurisdicional, exigida pelo art. 300, § 3º do CPC/2015, está presente tal requisito, tendo em vista a possibilidade de retorno à cobrança anterior, em caso de improcedência da presente ação.

DO PEDIDO LIMINAR

Ante o exposto o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO **requer LIMINARMENTE E SEM A OITIVA DA PARTE CONTRÁRIA** que seja determinado *initio litis* à ré que possibilite a adesão por todos os interessados a todas as ofertas de seus produtos e serviços, inclusive de caráter promocional, mesmo àqueles já consumidores da Prestadora, sem distinção fundada na data de adesão, na necessidade de portabilidade ou qualquer outra, dentro da área geográfica da oferta, sob pena de multa diária no valor de R\$30.000,00 (trinta mil reais).

DOS PEDIDOS PRINCIPAIS

Requer ainda o Ministério Público:

- a) A citação da ré para que, querendo, apresente contestação, sob pena de revelia sendo presumidos como verdadeiros os fatos ora deduzidos;
- b) Que, após apreciado liminarmente e deferido, seja confirmado em definitivo o pedido formulado em caráter liminar;
- c) Que seja a ré condenada a possibilitar a adesão por todos os interessados a todas as ofertas de seus produtos e serviços, inclusive de caráter promocional, mesmo àqueles já consumidores da Prestadora, sem distinção fundada na data de adesão, na necessidade de portabilidade ou qualquer outra, dentro da área geográfica da

oferta, sob pena de multa diária no valor de R\$30.000,00 (trinta mil reais).

- d) Que seja a ré condenada a indenizar, da forma mais ampla e completa possível, os danos materiais e morais causados aos consumidores individualmente considerados, como estabelece os artigos 6º, VI e 95, ambos do CDC;
- e) Que seja a ré condenada à repetição em dobro dos valores que auferiu indevidamente em razão da conduta impugnada na presente ação;
- f) A condenação da ré à obrigação de fazer consistente em publicar, às suas custas, em dois jornais de grande circulação desta Capital, além de comunicar por correspondência todos os consumidores individualmente contemplados, a parte dispositiva de eventual sentença condenatória, a fim de que os consumidores tomem ciência da sentença, sob pena de multa diária de R\$5.000,00 (cinco mil reais) corrigidos monetariamente.
- g) A condenação da ré a reparar os danos materiais e morais causados aos consumidores, considerados em sentido coletivo, no valor mínimo de R\$5.000.000,00 (cinco milhões de 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;

- h) A publicação dos editais aos quais se refere o art. 94 do CDC;
- i) Que seja a ré condenada a, sob suas expensas, publicar, em dois jornais de grande circulação, de todas as capitais do país, o dispositivo da sentença de procedência;
- j) Que seja condenada a ré ao pagamento de todos os ônus da sucumbência, incluindo os *honorários advocatícios*.

Protesta, ainda, o Ministério Público, nos termos do art. 369 do Código de Processo Civil, pela produção de todas as provas em direito admissíveis, notadamente a pericial, a documental, bem como depoimento pessoal da ré, sob pena de confissão, sem prejuízo da inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Dá-se a esta causa, por força do disposto no art. 291 do Código de Processo Civil, o valor de R\$5.000.000,00 (cinco milhões de reais).

Rio de Janeiro, 06 de abril de 2017.

Julio Machado Teixeira Costa
Promotor de Justiça
Mat. 2099