

Processo nº: 0083167-14.2017.8.19.0001

Tipo do Movimento: Sentença

Descrição: Cuida-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ('MPRJ') em face de Nextel Telecomunicações Ltda., com base em inquérito civil instaurado a partir de representação apresentada contra a Demandada em razão da veiculação de ofertas e descontos acessíveis tão somente a consumidores que ainda não fossem seus clientes. Aduz o Demandante que a referida prática comercial de impedir a extensão de ofertas aos consumidores já clientes da Demandada seria abusiva e desleal, conflitando com os arts. 5o, caput, da Constituição Federal, 6o, IV e VI, 37, § 2o e 39, XI, da Lei 8.078/90, 1o da Lei Estadual/RJ 7.077/2016 e 46 da Resolução 632 da ANATEL. Requer, assim, primeiramente, a antecipação dos efeitos da tutela, com concessão de liminar inaudita altera pars, para determinar que a Demandada possibilite a adesão por todos os interessados a todas as ofertas de seus produtos e serviços, inclusive de caráter promocional, mesmo àqueles já consumidores, 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. No mérito, requer a condenação da Demandada: (a) na supracitada obrigação de fazer, com a consequente confirmação da antecipação de tutela nos moldes acima; (b) ao pagamento de indenização a título de danos materiais e morais causados aos consumidores individualmente considerados; (c) à repetição em dobro dos valores que auferiu indevidamente em razão da conduta impugnada; (d) na 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 desta sentença, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00; (e) 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, com reversão ao Fundo de Reconstituição de Bens Lesados; (f) à publicação do dispositivo desta sentença em dois jornais de grande circulação de todas as capitais do país; e, por fim, (g) ao pagamento dos ônus sucumbenciais. Petição inicial de fls. 03/22, instruída com documentos de fls. 23/141. Decisão às fls. 144/145 indeferindo o pedido de antecipação dos efeitos da tutela de forma liminar e inaudita altera pars, determinando a prévia formação do contraditório para melhor análise. Petição da Demandada à fl. 168, instruída documentos de 169/182. Realizada audiência de mediação em 10.07.2017, sem que as partes chegassem, contudo, a eventual acordo, conforme ata de fls. 184. Contestação apresentada pela Demandada às fls. 186/227, instruída com documentos de fls. 228/237. Aduz, primeiramente, preliminares de inépcia da petição inicial, ilegitimidade ativa e consequente ausência de interesse processual. No mérito, sustenta a inócuência da conduta que lhe é imputada pelo Demandante, afirmando que, entre fevereiro e agosto de 2016, 72.534 usuários seus, já sendo clientes, teriam migrado para um dos planos mencionados na petição inicial. Argumenta, ainda, ser possível que para os consumidores que se dizem lesados a recusa da migração para a oferta tenha se dado em razão da impossibilidade específica de celebração de contrato de permanência pelo período de 12 meses. Por fim, sustenta que, mesmo o fazendo por campanhas publicitárias distintas, idênticos valores constantes das ofertas feitas a novos clientes seriam utilizados em ofertas paralelamente dirigidas a seus clientes, o que afastariam, portanto, a necessidade de condenação no pagamento de danos materiais e morais. Ao final, requer o acolhimento das preliminares, com a consequente extinção do processo sem resolução do mérito e, subsidiariamente, o julgamento de improcedência dos pedidos. Réplica às fls. 250/285. Petição da Demandada às fls. 293/295 acostando novos documentos aos autos informando não possuir outras provas a produzir. O Demandante veio às fls. 318/321 pugnando pelo julgamento antecipado do mérito. Decisão à fl. 325 deferindo a produção da prova documental suplementar já acostada aos autos pelo Demandado e determinando a remessa dos autos ao Ministério Público para manifestação acerca dos documentos em referência. Petição do Demandante às fls. 330/331. É O RELATÓRIO. DECIDO. Os aspectos relevantes da causa estão suficientemente demonstrados pelos elementos de convicção constantes dos autos, descabendo a dilação probatória da lide. Impõe-se, assim, o julgamento antecipado do mérito, nos termos do art. 355, I, do CPC/15. Da Preliminar de Inépcia da Petição Inicial Primeiramente, insta rejeitar a preliminar de inépcia da petição inicial aduzida pelo Demandado, ao argumento de que os pedidos (e), (f), (g) e (i) da petição inicial não estariam devidamente fundamentados. A partir da simples análise destes autos, é possível concluir que o presente feito tem como causa de pedir remota a suposta veiculação pelo Demandado de ofertas exclusivamente destinadas a novos clientes, sem a respectiva extensão aos consumidores que à época já fossem usuários dos serviços prestados pela Demandada. Tais fatos ensejariam, segundo o Demandante, violação dos arts. 5o, caput, da Constituição Federal, 6o, IV e VI, 37, § 2o e 39, XI, da Lei 8.078/90, 1o da Lei Estadual/RJ 7.077/2016 e 46 da Resolução 632 da ANATEL. Com efeito, em análise superficial, evidencia-se perfeita correlação dos pedidos citados pela Demandada com a referida causa de pedir. No que tange à repetição em dobro mencionada no pedido (e), encontra ela paralelo com o simples fato de que, se a Demandada, de fato, deixou de estender oferta a parcela dos consumidores, eventual diferença destes cobrada demonstra-se indevida, questão que será melhor analisada no mérito. Já quanto aos pedidos (f) e (i), relacionados à publicação da presente sentença, é evidente que guardam relação direta com o princípio do máximo benefício da tutela coletiva, especialmente em razão da eficácia erga omnes assentada pelo art. 103, III, da Lei 8.078/90, permitindo que o teor da presente sentença chegue ao conhecimento de potenciais consumidores igualmente lesados pela conduta da Demandada. Por fim, o pedido de reparação de danos coletivos encontra fundamento no próprio art. 13 da Lei 7.347/85. O cabimento ou não de tal condenação é questão de

mérito, a ser analisada à frente. Resta evidente, assim, que a exordial de fls. 03/22 preenche todos os requisitos constantes do art. 319 do Código de Processo Civil de 2015 ('CPC/15), não havendo que se falar em inépcia. Das Preliminares de Ilegitimidade Ativa e Falta de Interesse Processual Há de serem igualmente rechaçadas as preliminares de ilegitimidade ativa e consequente ausência de interesse processual. A demanda em julgamento se encontra baseada em direito individual homogêneo, conceituado pelo art. 81, parágrafo único, III, da Lei 8.078/90 como aquele de origem comum. Segundo Hugo Nigro Mazzilli, nos direitos individuais homogêneos, 'os titulares são determinados ou ao menos determináveis, e o objeto da pretensão é divisível (isto é, o dano ou a responsabilidade se caracterizam por sua extensão divisível ou individualmente variável entre os integrantes do grupo)' (MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 28a ed.. São Paulo: Saraiva, 2015. p.57). Dita modalidade de direito coletivo lato sensu difere-se, então, dos direitos individuais justamente pela origem comum que liga o dano individualmente causado a cada integrante do grupo. Em vista da prática imputada à Demandada, é evidente que dela podem decorrer danos individuais a diversos consumidores, especialmente aqueles que já figuravam como seus clientes. Considerando-se que tais danos decorrem justamente da citada conduta (partilhando, portanto, uma origem comum), não há como negar que se está aqui diante de direito individual homogêneo. Assim o sendo, possui o Ministério Público legitimidade ativa para a propositura de demandas voltadas à tutela de direitos coletivos lato sensu, especialmente se tratando de ação civil pública e estando ligada a direitos do consumidor, conforme assentam os arts. 82, I, da Lei 8.078/90 e 1o, II, e 5o, I, da Lei 7.347/85 in verbis: 'Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público' 'Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (...) II - ao consumidor;' 'Art. 5o Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público;' Assentada a legitimidade ativa do Parquet para a propositura desta ação, flagrante é o seu interesse de agir, o qual 'surge da necessidade de obter através do processo a proteção ao interesse substancial', conforme leciona Humberto Theodoro Júnior (Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. 50a ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 62). Tomado o binômio que rege o interesse de agir, tem-se que, em demandas de natureza coletiva como a presente, um legitimado terá necessidade de ajuizá-la sempre que houver lesão ou ameaça de lesão a um interesse supraindividual que lhe caiba tutelar, requisito devidamente preenchido no caso em tela nos moldes acima explicitados. Já no que tange à adequação, esta revela-se presente pelo fato de os pedidos formulados pelo Demandante serem aptos a afastar a referida lesão alegada. Logo, restam devidamente preenchidas as condições essenciais à deflagração desta ação.

Ultrapassadas as preliminares arguidas pela Demandada, passo à análise do mérito. No Mérito Analisando os autos, verifico que a controvérsia cinge-se em aferir se a Demandada, de fato, promoveu a veiculação de ofertas e descontos exclusivos a novos clientes, em conduta ilegal, bem como as consequências oriundas de tal ato. Da Comprovação do Fato Imputado à Demandada e Do Pedido de Condenação em Obrigação de Fazer Alega o Parquet que a Demandada teria publicado em seu site propostas de planos para serviços que tinham como condição sua limitada destinação aos consumidores que migrassem de outras operadoras de telefonia, tornando-se clientes da Demandada. Para tanto, apresenta o Demandante cópia das citadas propostas em que informada expressamente a referida limitação, bem como de diversas reclamações formuladas por consumidores em sites especializados acerca do fato (cf. fls. 117/127). Embora sustente a Demandada que entre fevereiro e agosto de 2016, 72.534 usuários seus, já sendo clientes, teriam migrado para um dos planos mencionados na petição inicial, fato é que dita afirmativa não restou comprovada nos presentes autos. A bem da verdade, ela conflita com as próprias telas retiradas do site da Demandada, em que expressamente consignada a limitação da oferta para novos clientes. Tendo o Demandante provado o fato em questão através da supracitada documentação, e não tendo a Demandada, ao revés, se desincumbido do ônus que lhe é atribuído pelo art. 373, II, do CPC/15, deve-se ora reconhecer a prática da citada conduta pela Demandada. Ainda que assim não o fosse, há de se ressaltar que a simples migração de clientes antigos para os planos de serviço de telefonia em comento não apaga o fato de que, em determinado momento, ditos planos tinham destinatários específicos (isto é, novos consumidores). Até porque, ainda que a Demandada aduza que teria se utilizado de campanhas publicitárias distintas para estender a oferta em questão a clientes antigos, evidencia-se que tal extensão somente se deu posteriormente. Por determinado período de tempo, a Demandada permaneceu limitando as ofertas dos planos de telefonia arrolados na petição inicial tão somente a clientes novos, restando patente a existência de lesão a consumidores já clientes à época, que permaneceram pagando valor mais elevado no interregno pelo mesmo serviço. Tomado o princípio da igualdade material (art. 5o, caput, da Constituição Federal), resta vedada a criação de distinção entre consumidores sem fundamento objetivo para tanto, como reconhece o art. 6o, II, da Lei 8.078/90, ao colocar como direito básico do consumidor a própria igualdade nas contratações. A veiculação de ofertas e propagandas que dividam os consumidores em categorias infundadas para estender tão somente a parcela deles certas condições contratuais - conduta perpetrada pela Demandada - configura verdadeira não só violação da boa-fé objetiva (arts. 422 do Código Civil e 4o, III, da Lei 8.078/90), especialmente no que toca aos deveres de transparência, lealdade e cooperação, mas também prática abusiva combatida pelo art. 51, IV, da Lei 8.078/90. Não por outro motivo, os arts. 1o da Lei Estadual/RJ 7.077/2016 e 46 da Resolução 632 da ANATEL expressamente assentam a necessidade de extensão das ofertas em questão aos clientes antigos do fornecedor respectivo. Como a Demandada somente promoveu tal extensão posteriormente no tempo, deve ser ela responsabilizada pelo período em que, abusivamente, manteve a oferta limitada a novos clientes que viessem a requerer a migração para a Nextel. A fim de evitar que dita prática seja retomada no futuro, e

levando-se em consideração que o Parquet informa às fls. 319 que a Demandada ainda tem planos divulgados em caráter de exclusividade, julgo procedente o pedido para condená-la na obrigação de fazer consistente em possibilitar a adesão por todos os interessados a todas as ofertas de seus produtos e serviços, inclusive de caráter promocional, mesmo àqueles que já fossem seus cliente, sem distinção fundada na data de adesão, na necessidade de portabilidade ou qualquer outra, dentro da área geográfica da oferta. Dos Pedidos de Condenação no Pagamento de Indenização Individual e de Repetição em Dobro Estabelecidas as premissas acima, como os antigos assinantes dos planos de telefonia comercializados pela Demandada permaneceram pagando preço superior àquele constante da proposta feita a novos clientes, prática abusiva (arts. 4o, III, 6o, II, e 51, IV, da Lei 8.078/90), deve a Demandada ser condenada também ao ressarcimento dos danos ocasionados a tais consumidores. Afinal, assenta o art. 6o, VI, da Lei 8.078/90 ser direito básico do consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, que se revelam in re ipsa no caso vertente. Tendo-se em conta que a diferença existente entre o preço pago pelos consumidores em questão e aquele menor constante da oferta destinada a novos clientes configura cobrança indevida, deve a Demandada promover a respectiva restituição em dobro, nos termos do art. 42, parágrafo único, da Lei 8.078/90. De fato, a aplicação do referido dispositivo legal exige a comprovação da má-fé do fornecedor, a qual, diferentemente do que sustenta a Demanda, resta evidente na presente demanda. Sendo concessionária de serviço público de telefonia celular, cabe à Demandada se submeter às resoluções emitidas pela ANATEL na qualidade de agência reguladora, tendo, contudo, violado norma posta na já mencionada Resolução 632. Acrescente-se que a ilegalidade da conduta da Demandada também decorre de expressa disposição de lei, cujo conhecimento não pode ser negado (art. 3o do Decreto-Lei 4.657/1942). Nesse contexto, deve a Demandada ser condenada a indenizar os danos materiais e morais causados aos consumidores individualmente considerados, sendo certo que, no que tange ao valor excessivo deles cobrado, a restituição deverá ser feita em dobro. Do Pleito Indenizatório de Caráter Coletivo A admissibilidade de danos de natureza coletiva decorre dos arts. 5o, V, da Constituição Federal, 6o, VI, da Lei 8.078/90 e 1o, caput, da Lei 7,347/85, sendo certo que pode eventual condenação ser cumulada com aquela oriunda de demandas individuais. Conforme lecionada abalizada doutrina, 'os valores da coletividade não se confundem com os de cada um dos indivíduos que a compõem, admitindo-se, assim, que um determinado fato possa abalar a imagem e a moral coletivas, independentemente dos danos individualmente suportados' (ANDRADE, Adriano. MASSON, Cleber. et. al. Interesses Difusos e Coletivos Esquematisado. 5a ed.. Forense: São Paulo, 2015. p. 453) É o que ocorre nesta demanda. A conduta perpetrada pela Demandada viola não só os direitos dos consumidores individualmente considerados, mas também as próprias balizas inerentes ao mercado de consumo e as boas relações comerciais, visto ser confrontante com o corolário da boa-fé objetiva. Tendo em vista que a Demandada atua em âmbito nacional, o ato ilícito por ela praticado gera repercussão e impacto social, a preencher o requisito da notória não-tolerabilidade da ilicitude inerente ao dano moral coletivo. Admitir a obrigação de reparação de dano moral coletivo contribuir até mesmo para desestimular a referida prática abusiva contra os direitos do consumidor, em paralelo com os princípios regedores da ordem econômica (art. 170, V, da Constituição Federal). Não por outro motivo, o próprio E. Superior Tribunal de Justiça possui precedentes expressamente admitindo a condenação em dano moral coletivo em casos análogos ao presente: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE CUMPRIMENTO ABUSIVO DE ORDEM JUDICIAL. DESOCUPAÇÃO FORÇADA DE ÁREA DENOMINADA PINHEIRINHOS. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. CABIMENTO DE DANOS MORAIS COLETIVOS EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA, BEM COMO DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM CASOS EXCEPCIONAIS. (...) 4. Ao contrário do que estabeleceu o Tribunal a quo, a jurisprudência desta Corte orienta-se pela viabilidade de condenação por danos morais coletivos em sede de ação civil pública, assim como pela possibilidade de intervenção do Judiciário na implementação de políticas públicas em casos excepcionas, sem que, com isso, haja violação do princípio da separação de poderes. Precedentes: i) AgInt no REsp 1.528.392/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 05/05/2017; REsp 1.487.046/MT, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16/05/2017; REsp 1.473.846/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 24/02/2017; EREsp 1.367.923/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 15/03/2017; AgInt no AREsp 1.004.637/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 20/02/2017; REsp 1.635.465/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27/04/2017; ii) AgInt no REsp 1.553.112/CE, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 10/03/2017; REsp 1.637.827/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/12/2016; AgRg no REsp 1.072.817/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 11/03/2016; AgRg no RMS 38.966/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 17/09/2014; REsp 1.367.549/MG, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 08/09/2014. (...) (AREsp 1069543/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 27/06/2017, DJe 02/08/2017) Procedente é, assim, o pleito do Demandante de condenação da Demandada ao pagamento de indenização a título de dano moral coletivo. No que tange ao montante arbitrado a tal título, deve ele se coadunar ao princípio da proporcionalidade, bem como ser compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita e a capacidade econômica do causador do dano, dentre outras circunstâncias relevantes. Nesse contexto, entendo que o valor de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) encontra-se razoável e proporcional à luz dos supracitados critérios. Dos Pedidos de Publicação Como a sentença de procedência de ação civil pública relacionada a direito individual homogêneo gera efeitos erga omnes, por força do art. 103, III, da Lei 8.078/90, devem as partes adotar todos os meios necessários para que o teor da presente sentença condenatória chegue ao conhecimento de todos os eventuais consumidores lesados pelo ato ilícito em tela. Com efeito, deve a Demandada promover a

publicação do dispositivo desse decisum não só em jornais de grande circulação da capital deste Estado do Rio de Janeiro, mas também em jornais de todas as demais capitais dos Estados-membros, nos moldes requeridos pelo Parquet nos itens (f) e (i) de sua petição inicial. Da Antecipação dos Efeitos da Tutela De acordo com o art. 300, caput, do CPC/15, 'a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo'. A probabilidade do direito suscitado pelo Demandante decorre das próprias conclusões tecidas acima, que, inclusive, fundamentam a presente sentença de procedência com claro cunho condenatório. Já o perigo de dano, decorre ele da comprovação pelo Parquet de que a prática abusiva objeto da demanda continua sendo adotada pela Demandada, visto que a análise das próprias informações constantes do site da Demandada aponta a incompatibilidade entre a oferta feita a novos clientes e aqueles já consumidores dos serviços daquela de determinados planos (cf. fls. 319/320). Permitir que a citada prática se perpetue no tempo implicaria em chancela de maiores danos aos consumidores e do próprio crescimento do número de clientes da Demandada vítimas da prática abusiva que ora se visa a combater. Restam, portanto, preenchidos os supracitados requisitos para a antecipação dos efeitos da tutela, de modo a se determinar que a Demandada cumpra imediatamente a obrigação de fazer. Posto isso, julgo procedentes os pedidos aduzidos na petição inicial de fls. 03/22, pondo fim ao processo nos termos do art. 487, I, do CPC, para: a) antecipar os efeitos da tutela nos moldes do art. 300, caput e § 2o, do CPC/15, e, assim, condenar a Demandada à obrigação de fazer consistente em 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 Demandada, 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); b) condenar a Demandada a indenizar a indenizar os danos materiais e morais causados aos consumidores individualmente considerados, nos termos dos arts. 6º, VI e 95, da Lei 8.078/90; c) condenar a Demandada frente aos consumidores lesados à repetição em dobro dos valores que auferiu indevidamente em razão da conduta impugnada na presente ação; d) condenar a Demandada à obrigação de fazer consistente em publicar, às suas custas, em dois jornais de grande circulação desta Capital, a parte dispositiva desta sentença, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), bem comunicar por correspondência todos os consumidores individualmente contemplados; e) condenar a Demandada ao pagamento de indenização a título de danos moral coletivo no montante total de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), a ser corrigido monetariamente desde a data da presente sentença e acrescido de juros a contar da citação da Demandada, valor esse a ser revertido ao Fundo de Reconstituição de Bens Lesados mencionado no art. 13 da Lei nº 7.347/85; e f) a condenação da Demandada a publicar, às suas expensas, cópia do dispositivo desta sentença em dois jornais de grande circulação em todas as capitais do país. Observados o art. 18 da Lei 7347/85, a necessária simetria de tratamento e à luz da interpretação sistemática, sem custas por imperativo legal e sem honorários, porque não evidenciada má-fé processual. P.R.I.