

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

Vara Empresarial da

TIM CELULAR S/A – prestação de serviço adicionais de telefonia como envio de SMS com notícias, informações sobre concurso público, bate papo, promoções, astrologia, quis, entre outros – Inexistência de solicitação prévia e específica do cliente – Cobrança pelos serviços não solicitados – Impossibilidade e dificuldade no cancelamento do serviço – Cobrança pelo uso do serviço.

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 **TIM CELULAR S/A**, inscrita no CNPJ/MF n.º 04.206.050/0044-10, com sede na Rua Fonseca Teles, n.º 18/30, São Cristóvão, Rio de Janeiro - RJ e pelas razões que passa a expor:

Legitimidade do Ministério Público

O Ministério Público possui legitimidade para propositura de ações em defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, nos termos do art. 81, parágrafo único, I, II e III c/c art. 82, I, da Lei n.º. 8078/90, assim como nos termos do art. 127, caput e art. 129, III da CF, ainda mais em hipóteses como a do caso em tela, em que o número de

lesados é muito expressivo, vez que é sabido que a ré possui diversos administrados, sendo a matéria de elevada importância. Claro está o interesse social que justifica a atuação do Ministério Público.

Nesse sentido podem ser citados vários acórdãos do E. Superior Tribunal de Justiça, entre os quais:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. DIREITOS COLETIVOS, INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS 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).

“ PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. LEGITIMIDADE E INTERESSE PROCESSUAIS CONFIGURADOS.

- **O Ministério Público tem legitimidade processual extraordinária para a propositura de ação civil pública** objetivando a cessação de atividade inquinada de ilegal de captação antecipada de poupança popular, disfarçada de financiamento para compra de linha telefônica.

- **Não é da natureza individual, disponível e divisível que se retira a homogeneidade de interesses individuais homogêneos, mas sim de sua origem comum, violando direitos pertencentes a um número determinado ou determinável de pessoas, ligadas por esta circunstância de fato.**

Inteligência do art. 81, CDC.

- Os interesses individuais homogêneos são considerados relevantes por si mesmos, sendo desnecessária a comprovação desta relevância.

Precedentes.

Recurso especial provido.

(REsp 910.192/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/02/2010, DJe 24/02/2010). (Grifou-se).”

DOS FATOS

A sociedade empresária ré é prestadora de serviços de telefonia, inclusive aqueles de serviço móvel pessoal.

Conforme apurado no Inquérito Civil de nº 636/2009, diversas reclamações foram registradas acerca do recebimento de mensagens de texto por celular, as quais, sem qualquer solicitação, vinculam o consumidor a um serviço, cujo valor é periodicamente cobrado dos usuários.

Inicialmente, verificou-se o envio da seguinte mensagem pela empresa ré aos seus clientes:

“Grátis! 7 dias do canal Notícias Manchetes p/ ficar por dentro do que acontece no Brasil e no mundo. Após Este período R\$ 0,35 dia. P/sair envia DESL MAN p/9696.”

Observa-se de imediato que a mensagem gera o vínculo do usuário ao serviço de notícias, à sua revelia, o qual é cobrado no valor de R\$ 0,35 (trinta e cinco centavos) após sete dias de gratuidade.

O fato é confirmado pelas mensagens posteriores, recebidas pelos reclamantes após o referido período de gratuidade:

“Vc continua recebendo o canal de notícias Manchetes diariamente. A partir de amanhã, vc será tarifado em R\$ 0,35/dia. P/cancelar envie DESL MAN p/9696.”

Ou seja, a empresa ré não realiza efetiva oferta do serviço, mas impõe o seu fornecimento ao consumidor.

Nesse sentido, várias reclamações:

“SOU USUÁRIO DA TIM E NO DIA 9 DE JUNHO RECEBI A SEGUINTE MENSAGEM NO CELULAR: “GRÁTIS! 7 DIAS DO CANAL **NOTÍCIAS MANCHETES** P/FICAR POR DENTRO DO QUE ACONTECE NO BRASIL E NO MUNDO. APÓS ESTE PERÍODO RS 0,35/DIA. P/SAIR ENVIE DEL MAN P/9696.” NO DIA 17 DE JUNHO, VEIO ESTA OUTRA: “VC CONTINUARA RECEBENDO O CANAL DE NOTICIAS MANCHETES DIARIAMENTE. A PARTIR DE AMANHÃ, VC SERÁ TARIFADO EM RS 0,35/DIA. P/CANCELAR ENVIE DEL MAN P/9696.” **TRATA-SE DE SERVIÇO NÃO SOLICITADO, NÃO UTILIZADO, COM COBRANÇA COMPULSÓRIA APÓS DETERMINADO PRAZO.** (...)” (Ouvidoria do Ministério Público, fls. 3 – grifo nosso).

“(..) A TIM INFORMOU QUE IRÁ PRESTAR **UM SERVIÇO DE NOTÍCIAS DIÁRIAS ESPONTANEAMENTE, DENOMINADO “MANCHETE”**, QUE SERÁ COBRADO APÓS 7 DIAS, **RESSALTANDO QUE O SERVIÇO NUNCA FOI SOLICITADO, (...)**” (Ouvidoria do Ministério Público, fls. 10 – grifo nosso).

“Olá, também estou tendo problemas **recebendo mensagens (manchete) sem ter pedido.** (...)” (fls. 35 – grifo nosso).

Tal conduta tem se mostrado de extrema lesividade aos clientes da TIM, vez que são incomodados constantemente por mensagens não solicitadas, além de a eles ser imposto o encargo de cancelar o serviço.

Oficiada a se manifestar, a ré alegou, em fls. 104/105, que os serviços de SMS por ela comercializados podem ser cancelados a qualquer momento, pelo próprio aparelho telefônico ou mediante contato coma a sua Central de Relacionamentos.

TODAVIA, MESMO OS PROCEDIMENTOS INDICADOS PARA O CANCELAMENTO DAS MENSAGENS MOSTRARAM-SE INEFICIENTES E PROBLEMÁTICOS, conforme o relatado por um dos reclamantes em fls. 27/32:

“Mesmo contrariado em precisar solicitar o cancelamento de um serviço que nunca solicitou o Reclamante enviou a referida mensagem e no dia seguinte, continuou recebendo as notícias. Indignado, o Reclamante ligou para a central de atendimento (...) a atendente informou que para cancelar este serviço, o Autor deveria enviar outra mensagem “CANC” para o número que estava enviando as notícias. (...) o Reclamante seguiu as orientações da atendente e enviou a mensagem CANC para o número que está enviando as mensagens e, para indignação recebeu uma outra mensagem respondendo: ‘Você enviou o código incorreto.’” (grifo nosso).

Em fls. 16, foi informado:

“Eu não recebi uma mensagem sequer nesse período de 7 dias. Só passei a receber após minha esposa ter feito uma reclamação a respeito da segunda mensagem. (...) **E ainda fui cobrado por isso! Mesmo após ter ligado pra Central de Relacionamento! Fui cobrado por um serviço que não solicitei e não ia querer mesmo que fosse de graça!”**

E ainda:

“(...) JÁ FIZ VÁRIAS TENTATIVAS DE CANCELAR ESSE TAL LDE MANCHETES DE NOTÍCIA E ELE CONTINUAM ENVIANDO MENSAGENS (...)” (fls. 34).

“(...) Já tentei cancelar o serviço para parar de receber estas mensagens de MANCHETE que nunca solicitei e não consigo. (...)” (fls. 37).

Apesar de a TIM afirmar que no momento o serviço “Notícias Manchete” não está mais sendo ofertado (fls. 13/14), as reclamações dos consumidores continuam:

“ANDEI RECEBENDO UMAS MENSAGENS CHAMADAS MANCHETES NEM DEI ATENCAO PENSEI QUE ERA UM SERVIÇO GRATUITO POREM ANDEI PERCEBENDO QUE MEUS CREDITOS " EVAPORAVAM" SEM USAR.

HOJE DIA 10/11 RECARREGUEI MEU CEL E SEM USAR JA VI QUE O SALDO NAO ERA O MESMO, DIGITEI NO GOOGLE E VI QUE ERAM COBRADAS ESSAS MENSAGENS FUI TENTAR CANCELAR NO 9696 DESL MAN ADIVINHEM O QUE ACONTECEU??? VOCE NAO É ASSINANTE DESSE CANAL” (10 de Novembro de 2010, <http://www.reclameaqui.com.br/857686/tim-celular/manchete-cobranca-indevida/>).

“Meu celular está recebendo mensagens sem eu autorizar do número 9696093 (MANCHETE), quero ter o cancelamento desse serviço imediato” (16 de Outubro de 2010, <http://www.reclameaqui.com.br/816407/tim-celular/manchete-9696093/>).

“Solicito o cancelamento das mensagens do canal de notícias 9696093, já tentei várias vezes enviar SMS mas em vão, espero que consiga agora o meu celular (34) 9134 0470” (06 de Novembro de 2010, <http://www.reclameaqui.com.br/849546/tim-celular/cancelamento-de-sms-de-noticias-manchete/>).

Ocorre que, concomitante às investigações realizadas, foram recebidas mais reclamações de mesma natureza daquelas iniciais, com diversos tipos de serviços (notícias, informações sobre concurso público, bate papo, promoções, astrologia, quiz, entre outros), não solicitados, e com dificuldade de cancelamento: Vejamos:

“NOTICIANTE DE 60 ANOS, DOMICILIADA NA RUA GOMES CARNEIRO, 124, APART.º 102, IPANEMA, RJ DENUNCIA A OPERADORA TIM MÓVEL, 0800.741. 4141. POR MÁ-FÉ. RELATA QUE NO DIA 17/07/2009 COMEÇOU A RECEBER MENSAGENS DA TIM REFERENTES A SERVIÇOS, INFORMAÇÕES SOBRE CONCURSOS PÚBLICOS E OUTROS, TODAVIA A PARTIR DA TERCEIRA, HAVIA UMA INFORMAÇÃO DE QUE SERIA DESCONTADO DO SEU SALDO O VALOR DE R\$0,35 POR CADA MENSAGEM RECEBIDA. **ENTÃO LIGOU PARA O 0800.741. 4141. SOB NÚMERO DE PROTOCOLO 2009.138.484.879 E O ATENDENTE (NÃO IDENTIFICADO) CONFIRMOU QUE ESTE DESCONTO CONTINUARIA, ACRESCENTADO QUE A PARTIR DO MOMENTO QUE A CLIENTE LEU A PRIMEIRA MENSAGEM, SUBENTENDEU-SE QUE ESTAVA ACEITANDO O SERVIÇO PRESTADO.** NO ENTANDO RELIGOU VÁRIAS VEZES PARA SOLICITAR O CANCELAMENTO DO SERVIÇO, DESDE O DIA 17/07/2009 ATÉ O DIA 20/07/2009, SOB OS NÚMEROS DE PROTOCOLOS 2009.138.485.644 / 2009.138.485.717 / 2009.138.977.070 / 2009.139.681.429, NÃO OBTENDO RESULTADO SATISFATÓRIO, POIS RECEBE SEMPRE A MESMA INFORMAÇÃO DOS ATENDENTES: ESTAMOS CANCELANDO, MAS CONTINUA RECEBENDO AS NOTIFICAÇÕES E É DESCONTADO DE SEU SALDO O VALOR CITADO POR 9 VEZES. FINALIZA SOLICITANDO PROVIDÊNCIAS, POIS CONSIDERA ESTÁ PRÁTICA ILEGAL, A PARTIR DO MOMENTO EM QUE O CLIENTE NÃO SOLICITE OU AUTORIZA QUALQUER SERVIÇO.” (Grifo nosso – fls. 20)

“VENHO RECEBENDO MENSAGENS NO CELULAR COM ASSUNTOS RELACIONADOS A BATE PAPO, DO NÚMERO 46969. ALÉM DE SER CONSTRANGEDOR RECEBÊ-LAS, PERCEBI HOJE QUE ESTOU SENDO PREJUDICADO COM A COBRANÇA DESSAS. (ESTÃO COBRANDO DE MIM, POR RECEBÊ-LAS!) A CADA INSTANTE QUE CHEGA UMA MENSAGEM, LOGO EM SEGUIDA VEM OUTRA MENSAGEM ME INFORMANDO O SALDO (CADA VEZ MAIS BAIXO). ESTOU PAGANDO POR UMA COISA QUE EU NÃO FIZ NENHUM CADASTRO E NÃO PEDI PARA PARTICIPAR. **VALE OBSERVAR QUE FICO MAIS DE UM MÊS SEM COLOCAR CRÉDITOS, E ESSAS MENSAGENS SÓ CHEGAM QUANDO EU COLOCO CRÉDITOS.** MAIS CLARAMENTE FALANDO, 13,00 DE CRÉDITOS NÃO DURA MAIS QUE 1 SEMANA, MESMO SEM QUE EU FAÇA QUALQUER LIGAÇÃO OU ENVIE SMS.(...)” (Ouidoria do Ministério Público, fls. 100 – grifo nosso).

“NÃO CADASTREI O MEU NÚMERO EM SERVIÇO NENHUM E ME COMECEI A RECEBER DEZENAS DE MENSAGENS DE PORTAIS DOS QUAIS NUNCA OUVI FALAR E ATE DESCOBRIR COMO CANCELAR DETONARAM OS MEUS CRÉDITOS. ALIAS EU FIZ UM PLANO NA TIM DO QUAL A TIM DENTRO DE SUA BUROCRACIA COLOCOU MEU NUMERO DE UM JEITO NO QUAL EU NÃO CONSIGO REITRAR, OU MUDAR DE PLANO, JA ENTREI COM UMA AÇÃO NA JUSTIÇA (JUIZADO DE PEQUENAS CAUSAS PRIMEIRA INSTANCIA COMARCA DA CAPITAL. JUIZADO DA TIJUCA.)E TUDO PARA RESOLUÇÃO DESSE PROBLEMA PORÉM PARA MANDAR MSGS QUE EU NÃO PEDI O MEU NÚMERO PODE. AGUARDO UMA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO UGENTE POIS ESTÃO ROUBANDO AS PESSOAS, ATE VOCÊ CONSEGUIR CANCELAR VOCÊ PERDE NA HORA UNS 5 REAIS DE CRÉDITOS.” (Ouvidoria do Ministério Público, fls. 119 – grifo nosso).

“REFERENTES AOS MEUS PEDIDOS DE INFOMAÇÃO REALIZADO NO ATENDIMENTO.ENTÃO,POR CAUSA DE R\$6,87 DE CREDITOS MEUS QUE SUMIRAM POR CAUSA DE UMA CONTRATAÇÃO QUE Ñ FIZ DE UMAS MENSAGENS.PROMETERAM NA PRIMEIRA LIGAÇÃO O CANCELAMENTO DELAS (DIZ TER SIDO CANCELADOS NA HORA)E A DEVOLUÇÃO DESTE CRÉDITO APOS 72HORAS.A SEGUNDA LIGAÇÃO CONFIRMA ESTE,PEDIRAM ENTÃO PRA ESPERAR MAIS 24 HORAS.NA PENULTIMA E ULTIMA LIGAÇÃO A MOÇA ATENDENTE JA VEIO FALAR QUE Ñ IA ME DEVOLVER O CREDITO.(PRAZO MÁXIMO PARA CANCELAMENTO DO ENVIO DE CONTEÚDO E DE COBRANÇA NA CONTA E SALDO É DE3(TRÊS)DIAS ÚTEIS),DEPOIS FAREMOS O RESSARCIMENTO.MAS NADA FOI FEITO. ENTÃO QUERIA UMA SOLUÇÃO PRA ISSO JA QUE É MEU DIREITO TEM MEUS CREDITO DE VOLTA.” Ouvidoria do Ministério Público, fls. 91 – grifo nosso).

CANCELAMENTO MENSAGENS 7733- TIM NÃO CONSIGO CANCELAR AS MENSAGENS DO CANAL POP-7733 , JÁ ENTREI EM CONTATO COM A TIM ONDE FUI ORIENTADA SOBRE COMO PROCEDER. ENVIEI A MENSAGEM SAIR POP, COMO FOI INDICADA ENFIM, TUDO O QUE FUI ORIENTADA A FAZER À RESPEITO, MAS NADA CONTECE, E CONTINUO RECEBENDO AS MENSAGENS. NÃO POSSO COLOCAR CREDITO EM MEU CELULAR QUE ACABO FICANDO SEM NADA, NÃO SEI MAIS O QUE FAZER...DESDE JÁ OBRIGADO. (Ouvidoria do Ministério Público, fls. 95 – grifo nosso).

BOA TARDE! VARIAS VEZES RECEBI MENSAGENS DA TIM ATRAVES DO NUMERO 1010 OFERECENDO-ME DIVERSOS TIPOS DE PROMOCAO. NO ULTIMO DIA 26/08 RECEBI MAIS UMA DESSAS MENSAGENS E ACABEI ACHANDO INTERESSANTE E BARATA, SOMENTE R\$0,99, VINDO A RESPONDER A MENSAGEM A FIM DE PARTICIPAR DE UM SORTEIO. OCORRE QUE ELES ESTAO DESCONTANDO R\$0,99 DIARIAMENTE DESDE O DIA 26. NAO HA QUALQUER INFORMACAO ACERCA DO CANCELAMENTO DOS DESCONTOS. PRECISO DA AJUDA DE VOCES!!! (Ouvidoria do Ministério Público, fls. 124 – grifo nosso).

NOTICIANTE DENUNCIA A EMPRESA DE TELEFONIA TIM POR COBRANÇA IRREGULAR. NO PRESENTE MÊS, RECEBEU A FATURA DO SERVIÇO DE INTERNET MÓVEL DA TIM COM DATA DE VENCIMENTO DO DIA 07/10, CONTUDO ALÉM DO VALOR NORMAL DO SERVIÇO DE R\$ 89,90, **TAMBÉM HAVIA UMA COBRANÇA DE R\$ 31, 29, PARA O SERVIÇO DE MENSAGEM SMS INTERATIVIDADE, QUE NÃO FOI SOLICITADO PELA NOTICIANTE.** AO ENTRAR EM CONTATO TELEFÔNICO COM A TIM, DIA 28.09.10, ÀS 22H E 20 MIN, PROTOCOLO 2010157470733, ATRAVÉS DO NÚMERO 1056, RECEBEU A INFORMAÇÃO DA FUNCIONÁRIA ALESSANDRA, DE QUE ESTA COBRANÇA É UMA PRÁTICA COMUM DA EMPRESA REFERENTE A MENSAGENS QUE A TIM ENVIA AOS CLIENTES, INDEPENDENTE DA AUTORIZAÇÃO DELES. ALESSANDRA ACRESCENTOU QUE OS CLIENTES TÊM QUE LIGAR UMA SEMANA ANTES DO VENCIMENTO PARA RECLAMAR E TER O VALOR RETIRADO DA FATURA. SOLICITA INVESTIGAÇÃO E PROVIDÊNCIAS. (JM) Ouvidoria do Ministério Público, fls. 128 – grifo nosso).

“Prezados senhores:
Quero cancelar as mensagens do STARS E MISTICO em meu celular, que indevidamente me inscrevi.

Pois quando envio a mensagem para 7733 do meu celular aparece falha ao enviar mensagem. **Pois não aguento mais, meus créditos estão sendo consumidos. PRECISO SABER COMO PROCEDO PARA CANCELAR ESTES SERVIÇOS.** Atenciosamente,
Mário Lopes” (24 de Outubro de 2010, <http://www.reclameaqui.com.br/829236/tim-celular/mensagens-que-quiero-cancelar-no-meu-celular/>; grifo nosso).

Há algumas semanas, **comecei a receber do número 1010 da TIM, mensagens de texto contendo perguntas sobre temas diversos a serem respondidas. em seguida, do mesmo número, me enviavam uma mensagem dizendo que havia sido cobrado R\$0,99+imp e que eu teria ganho um cupom para concorrer a uma soma de dinheiro. Aparentemente, eu estava inscrita na promoção Quiz dinheirão, sem jamais ter me inscrito nela!** Fui informada hoje por um dos atendentes robóticos da TIM que os R\$0,99 vêm sendo cobrados diariamente!!!! Já cancelei minha suposta "inscrição" na tal promoção, mas acho inadmissível que me seja cobrado o valor relativo a uma promoção da qual nunca escolhi participar. (04 de Outubro de 2010, <http://www.reclameaqui.com.br/796987/tim-celular/inscricao-indevida-em-promocao-quiz-dinheirao/>; grifo nosso).

BOA NOITE!

PEÇO AJUDA POIS FIZ A BESTEIRA DE PARTICIPAR DESSA LIGAÇÃO PARA O N°9696016

ISSO PARECE PRAGA , CASTIGO !!!!!

JÁ FIZ DE TUDO PARA CANCELAR E NÃO CONSIGO , ESTOU CERTA QUE POSSO CONTAR COM A AJUDA DE VCS ...POR FAVOR EU NÃO QUERO MAIS RECEBER ESSAS LIGAÇÕES , NÃO ESTOU COLOCANDO CREDITO NO MEU CELULAR POR ESSE MOTIVO , ISSO É CONSTRANGEDOR. DESDE DE JÁ AGRADEÇO CERTA DE QUE NÃO VOU ME ARREPENDER E ME

ABORRECER.

ABRÇO WAL (16 de Novembro de 2010, <http://www.reclameaqui.com.br/864254/tim-celular/nao-quero-receber-mais-essas-mensagens/>; grifo nosso).

“Eu estou recebendo constantes mensagens sobre plantões, clubes e etc... como especifiquei no título. Isto está acabando com os meus créditos e não consigo efetuar o cancelamento, aguardo resposta imediata pois não posso colocar créditos sabendo que irão embora atoa”. (15 de Novembro de 2010, <http://www.reclameaqui.com.br/863864/tim-celular/cancelamento-de-mensagens-sobre-49094-plantao-passione-4696/>; grifo nosso).

Observa-se que o envio das mensagens de texto não é necessariamente realizado pela TIM, mas a responsabilidade ainda sobre ela recai, devido ao valor do serviço não solicitado ser descontado diretamente do saldo de créditos ou da fatura mensal de serviço de pessoal móvel dos clientes.

Frente à dimensão e persistência da prática abusiva narrada pelas constantes reclamações, a ré foi instada à celebração de termo de ajustamento de conduta, porém em nenhum momento foi apresentada manifestação acerca da proposta.

DA FUNDAMENTAÇÃO

a) Responsabilidade solidária dos fornecedores

O art. 18 da lei consumerista dispõe:

“Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis **respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade** que os tornem impróprios ou

inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. (Grifo nosso)”

Portanto, observa-se que dito dispositivo legal prevê a responsabilidade objetiva e solidária dos fornecedores, como uma garantia ao direito básico do consumidor de ter efetiva reparação e prevenção de danos patrimoniais e morais, consagrado no art. 6º, VI, da mesma norma.

Assim posiciona-se a doutrina:

“a regra geral, na lei de proteção, é a responsabilidade solidária de todos os fornecedores, abrangendo, portanto, não apenas o vendedor ou comerciante, que manteve contato direto com o consumidor, mas este e os demais fornecedores em cadeia: fabricante, produtor, construtor, importador e incorporador” (DE ALMEIDA, João Batista. Manual de Direito do Consumidor. Pg. 70 *in* Manual de Direito do Consumidor – BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. 2a edição, Editora Revista dos Tribunais, 2009. Pg. 152)

Nessa esteira, mesmo não sendo sempre o serviço de mensagens por serviço móvel pessoal, ou assemelhado, fornecido diretamente pela empresa ré, esta se afigura como responsável solidária pelos danos causados aos consumidores, vez que a prática abusiva é permitida no exercício de sua atividade comercial, como prestadora de serviços de telefonia móvel.

Ademais, o desconto referente ao serviço não solicitado pelos clientes é efetuado diretamente do seu saldo de crédito ou fatura mensal pela ré, restando clara ser sua responsabilidade pelos efeitos nocivos aos consumidores, decorrentes da prática abusiva.

b) A prática abusiva

Em primeiro plano, deve-se destacar que a prática perpetrada pela ré afronta, de maneira clara, a legislação consumerista.

Dispõe o art. 39, III do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço;

De acordo com a supracitada norma, pode-se vislumbrar que é abusivo o fornecimento de qualquer serviço ao consumidor sem sua prévia solicitação. No entanto, ao se verificar a prática da ré, é o que se encontra.

Conforme já visto, os clientes da ré recebem mensagens de natureza variada por meio de seus telefones celular, sendo o valor do serviço deles cobrado.

Em nenhum momento é conferido ao consumidor à oportunidade de manifestar o seu desejo pelo recebimento das mensagens, só lhe restando a opção de cancelar o fornecimento imposto.

Pelo contrário, mediante uma mensagem inicial, a ré informa ao cliente que o serviço será prestado e dele será cobrada determinada tarifa.

Vemos, desse modo, que tal prática é explicitamente abusiva e, através da inteligência do art. 39, III do CDC, vedada.

Ademais, prevê o art. 6º, IV do Código de Defesa do Consumidor que é direito básico do consumidor a proteção contra práticas coercitivas, bem como práticas abusivas:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; (grifou-se).

Ou seja, a norma consumerista nada mais faz do que ratificar o disposto no art. 39 do mesmo diploma legal. Deve o consumidor solicitar o serviço que deseja para que, posteriormente, seja cobrado por tal. Não se pode falar em cobrança prévia a solicitação e utilização, como faz a ré.

Todavia, como no caso em tela, a expressa proibição legal não é observada. Como forma de resguardar o consumidor dos danos provenientes dessas possíveis infrações, o parágrafo único, art. 39, do CDC equipara à amostra grátis o fornecimento sem solicitação prévia, não cabendo qualquer pagamento ou ressarcimento ao fornecedor:

Parágrafo único. Os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese prevista no inciso III, equiparam-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento.

Portanto, a prática descrita deve ser vedada por ser abusiva e coercitiva, indo de encontro ao previsto pelo Código de Defesa do Consumidor, ao passo que não é legítima à ré cobrar pelo fornecimento de serviço não solicitado.

c) Violação ao princípio da boa-fé objetiva

A par do já exposto, a conduta adotada pela ré de cobrar pelo serviço de mensagens por telefone móvel, sem a prévia solicitação do consumidor, viola o princípio da boa-fé objetiva esculpido no art. 51, IV do CDC:

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;

O inciso IV do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, conforme a doutrina pátria, é visto como cláusula geral de conduta a ser seguida pelo consumidor e, principalmente, pelo fornecedor, parte mais forte na relação consumerista.

A boa-fé objetiva, sistematizada por Franz Wieacker, atua por meio de três funções essenciais, a saber: cânon interpretativo, norma de criação de deveres jurídicos anexos e norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos.

É com relação à função de criação de deveres jurídicos anexos que a boa-fé objetiva deve se fazer presente no presente caso.

Os deveres anexos, obrigações concomitantes à prestação principal, podem ser divididos em três: dever de informação, dever de cooperação e dever de cuidado.

Na presente lide, percebemos que a atitude da ré de fornecimento de serviço ao consumidor, sem a sua prévia solicitação, viola, em um primeiro momento, o dever de informação, o qual deve atuar na fase pré-contratual e pós-contratual.

Ademais, a atitude de descontar do saldo de créditos ou da fatura mensal de serviço móvel pessoal o valor do serviço de mensagens não contratado vai de encontro ao dever de cooperação e de cuidado, vez que a ré não atua de maneira proba e leal dentro da relação consumerista.

O que se vê, portanto, é a perpetração de uma atitude que além de contrariar o Código de Defesa do Consumidor em seus arts. 6, IV e 39, contraria o princípio regente,

principalmente, das relações de consumo, o qual é o princípio da boa-fé objetiva.

d) O dano moral coletivo

Em um primeiro momento é importante frisar, com relação ao dano moral coletivo, a sua previsão expressa no nosso ordenamento jurídico nos art. 6º, VI e VII do CDC.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VI - a efetiva proteção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

No mesmo sentido, o art. 1º da Lei nº. 7.347/85:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, **as ações de responsabilidade por danos morais** e patrimoniais causados: (grifou-se).

I – ao meio ambiente;

II – ao consumidor;

III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

V – por infração da ordem econômica e da economia popular;

VI – à ordem urbanística.

Assim, como afirma Leonardo Roscoe Bessa, em artigo dedicado especificamente ao tema, “além de condenação pelos danos materiais causados ao meio ambiente, consumidor ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, destacou, a

nova redação do art. 1º, a responsabilidade por dano moral em decorrência de violação de tais direitos, tudo com o propósito de conferir-lhes proteção diferenciada” .¹

Como afirma o autor, a concepção do dano moral coletivo não pode está mais presa ao modelo teórico da responsabilidade civil privada, de relações intersubjetivas unipessoais.

Tratamos, nesse momento, uma nova gama de direitos, difusos e coletivos, necessitando-se, pois, de uma nova forma de sua tutela. E essa nova proteção, com base no art. 5º, inciso XXXV da Constituição da República, se sobressai, sobretudo, no aspecto preventivo da lesão. Por isso, são cogentes meios idôneos a punir o comportamento que ofenda (ou ameace) direitos transindividuais.

Nas palavras do mesmo autor, “em face da exagerada simplicidade com que o tema foi tratado legalmente, a par da ausência de modelo teórico próprio e sedimentado para atender aos conflitos transindividuais, faz-se necessário construir soluções que vão se utilizar, a um só tempo, de algumas noções extraídas da responsabilidade civil, bem como de perspectiva própria do direito penal” .²

Portanto, a par dessas premissas, vemos que a função do dano moral coletivo é homenagear os princípios da prevenção e precaução, com o intuito de propiciar uma tutela mais efetiva aos direitos difusos e coletivos, como no caso em tela.

¹ BESSA, Leonardo Roscoe. *Dano moral coletivo*. In Revista de Direito do Consumidor n° 59/2006.

² _____, Leonardo Roscoe. *Dano moral coletivo*. In Revista de Direito do Consumidor n° 59/2006.

Menciona, inclusive, Leonardo Roscoe Bessa que “como reforço de argumento para conclusão relativa ao caráter punitivo do *dano moral coletivo*, é importante ressaltar a aceitação da sua função punitiva até mesmo nas relações privadas individuais.”³

Ou seja, o caráter punitivo do dano moral sempre esteve presente, até mesmo nas relações de cunho privado e intersubjetivas. É o que se vislumbra da fixação de astreintes e de cláusula penal compensatória, a qual tem o objetivo de pré-liquidação das perdas e danos e de coerção ao cumprimento da obrigação.

Ademais, a função punitiva do dano moral individual é amplamente aceita na doutrina e na jurisprudência. Tem-se, portanto, um caráter dúplice do dano moral: indenizatório e punitivo.

É o mesmo se aplica, nessa esteira, ao dano moral coletivo.

Em resumo, mais uma vez se utilizando do brilhante artigo produzido por Leonardo Roscoe Bessa, “a dor psíquica ou, de modo mais genérico, a afetação da integridade psicofísica da pessoa ou da coletividade não é pressuposto para caracterização do *dano moral coletivo*. Não há que se falar nem mesmo em “sentimento de desapareço e de perda de valores essenciais que afetam negativamente toda uma coletividade” (André Carvalho Ramos) “diminuição da estima, inflingidos e apreendidos em dimensão coletiva” ou “modificação desvaliosa do espírito coletivo” (Xisto Tiago). Embora a afetação negativa do estado anímico (individual ou coletivo) possa

³ _____. *Dano moral coletivo*. In Revista de Direito do Consumidor nº 59/2006.

ocorrer, em face das mais diversos meios de ofensa a direitos difusos e coletivos, a configuração do denominado *dano moral coletivo* é absolutamente independente desse pressuposto” .⁴

Constitui-se, portanto, o dano moral coletivo de uma função punitiva em virtude da violação de direitos difusos e coletivos, sendo devidos, de forma clara, no caso em apreço.

A cobrança do serviço de envio de mensagens por telefone celular, sem a prévia solicitação do consumidor viola o Código de Defesa do Consumidor. É necessário, pois, que o ordenamento jurídico crie sanções a essa atitude da ré, a par da cessação da prática, sendo esta a função do dano moral coletivo.

Nesse sentido a jurisprudência, do STJ E TJ - RJ, com o reconhecimento do dano moral coletivo:

ADMINISTRATIVO - TRANSPORTE - PASSE LIVRE - IDOSOS - DANO MORAL COLETIVO - DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA DOR E DE SOFRIMENTO - APLICAÇÃO EXCLUSIVA AO DANO MORAL INDIVIDUAL - CADASTRAMENTO DE IDOSOS PARA USUFRUTO DE DIREITO - ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA PELA EMPRESA DE TRANSPORTE - ART. 39, § 1º DO ESTATUTO DO IDOSO - LEI 10741/2003 VIAÇÃO NÃO PREQUESTIONADO.

1. O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base.
2. O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos.
3. Na espécie, o dano coletivo apontado foi a submissão dos idosos a procedimento de cadastramento para o gozo do benefício do passe livre, cujo deslocamento foi custeado pelos

⁴ _____. *Dano moral coletivo*. In Revista de Direito do Consumidor nº 59/2006.

interessados, quando o Estatuto do Idoso, art. 39, § 1º exige apenas a apresentação de documento de identidade.

4. Conduta da empresa de viação injurídica se considerado o sistema normativo.

5. Afastada a sanção pecuniária pelo Tribunal que considerou as circunstâncias fáticas e probatórias e restando sem prequestionamento o Estatuto do Idoso, mantém-se a decisão.

5. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1057274/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 26/02/2010)

2008.001.35720 – APELAÇÃO, DES. ANA MARIA OLIVEIRA - Julgamento: 07/10/2008 - OITAVA CÂMARA CIVEL

Ação civil pública proposta pelo Ministério Público objetivando compelir a Ré, fornecedora de serviço de energia elétrica, a não condicionar a ligação da luz no imóvel ao pagamento de débito de terceiro, sob pena de multa, bem como, a indenizar seus consumidores por danos material e moral. Sentença que julga procedente o pedido, arbitrando indenização por dano moral coletivo em R\$ 5.000,00. Apelação da Ré. Legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo de ação civil pública que envolve interesses individuais homogêneos. Inteligência dos artigos 81, parágrafo único, inciso III e 82, inciso I da Lei 8.078/90. Reiteradas ações judiciais individuais sobre a questão objeto desta controvérsia que comprovam a prática de atribuir indevidamente ao débito da tarifa de energia elétrica a natureza propter rem, o que não tem amparo legal, nem nas resoluções da ANEEL. Prática abusiva que conduziu com acerto à imposição à Ré de se abster de qualquer ato que atribua ao consumidor responsabilidade por débitos anteriores, inclusive, condicionando o fornecimento do serviço à quitação desse débito. Multa cominatória arbitrada em valor compatível com o caráter coercitivo do instituto. Dever de indenizar corretamente reconhecido na sentença. Dano material que será apurado em liquidação de sentença, ocasião em que o consumidor deverá comprovar o fato gerador do direito reclamado. **Dano moral coletivo corretamente reconhecido ante a intranquilidade gerada pela ofensa à proteção legal do direito do consumidor.** Indenização arbitrada observando critérios de razoabilidade e de proporcionalidade. Desprovimento da apelação. (grifo nosso).

2008.001.08246 – APELAÇÃO, DES. JOSE CARLOS PAES - Julgamento: 13/08/2008 - DÉCIMA QUARTA CÂMARA CIVEL

AGRAVO INOMINADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO MORAL COLETIVO.1. A alegação da ocorrência de cerceamento de defesa não prospera, visto que, conforme expresso na sentença, basta a verificação da documentação acostada para que o Juízo possa aferir se houve violação ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor, não dependendo, portanto, de conhecimento técnico para tal. Assim, a hipótese se enquadra no art. 420, parágrafo único, I, do CPC.2. O argumento de que nas promoções realizadas não havia qualquer

condição de consumo dos minutos do plano de franquia é facilmente afastado, diante de suas próprias alegações de que as publicidades ofertadas foram claras em informar que dependia do consumo dos minutos da franquia.³ Da mesma forma, as afirmativas de que informou expressamente em seu material publicitário que a tarifa promocional somente seria válida após o consumo da franquia e do pacote principal não merecem amparo, uma que dispostas de forma difícil de ler, em letras miúdas, que não chamam a atenção do consumidor, dificultam a leitura. 4. **O dano moral coletivo é direito básico do consumidor. Art. 6º, VI, da lei 8078/90.** Precedentes do STJ, TJ/MG e TJ/RS.⁵ Todavia, não há de se falar em condenação da ré em honorários ao Ministério Público. Precedente do STJ.⁶ Negado provimento ao recurso. (grifo nosso).

e) **Os pressupostos para o deferimento da liminar**

PRESENTES AINDA OS PRESSUPOSTOS PARA O DEFERIMENTO DE LIMINAR, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

O *fumus boni iuris* encontra-se configurado, já que a ré vem desrespeitando a lei de defesa do consumidor, através da efetivação de práticas abusivas e coercitivas, impondo ao consumidor o pagamento de serviço que não foram pré-solicitados.

O *periculum in mora* se prende à circunstância de que os prejuízos que vêm sendo causados ao consumidor são irreparáveis ou de difícil reparação.

A imposição no envio de mensagens de texto mediante serviço pessoal móvel e a sua cobrança por meio de desconto direto do saldo de créditos do cliente ou da fatura mensal do serviço de telefonia móvel, sem que haja a prévia solicitação de tal serviço continua a ocorrer, vez que a ré,

mesmo instada à celebração de termo de ajustamento de conduta, quedou-se inerte, além de ter sido constatado sensível volume de reclamações recentes acerca da conduta em questão. Ou seja, diversos consumidores continuam a ser lesados pela imposição desta prática abusiva.

Ademais, por se tratarem de interesses individuais homogêneos, a reparação integral dos valores cobrados a mais pela ré se torna muito difícil, vez que é necessária a habilitação de cada lesado à execução, em eventual condenação da ré ao ressarcimento destes.

Desse modo, caso espere-se até a sentença da lide, novos consumidores serão lesados e, em muitos casos, não obterão o ressarcimento dos valores pagos injustamente, o que acarretará o enriquecimento sem causa da ré.

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 para que: i) se abstenha de fornecer ou cobrar por serviços não solicitados pelos usuários; ii) informe com clareza a natureza, conteúdo e custo dos serviços, previamente às contratações e cobranças; iii) mantenha e desenvolva mecanismos efetivos, gratuitos, fáceis e acessíveis aos consumidores para o cancelamento de serviços adicionais por ela fornecidos ou cobrados, sob pena de multa diária no valor de R\$100.000,00 (cem mil reais).

DOS PEDIDOS PRINCIPAIS

Requer ainda o Ministério Público:

- a) que, após apreciado liminarmente e deferido, seja julgado procedente o pedido formulado em caráter liminar;

- b) que seja a ré condenada a: i) se abster de fornecer ou cobrar por serviços não solicitados pelos usuários; ii) informar com clareza a natureza, conteúdo e custo dos serviços, previamente às contratações e cobranças; iii) manter e desenvolver mecanismos efetivos, gratuitos, fáceis e acessíveis aos consumidores para o cancelamento de serviços adicionais por ela fornecidos ou cobrados, sob pena de multa diária no valor de R\$100.000,00 (cem mil reais);

- c) que seja a ré condenada ao pagamento, a título de dano moral coletivo, do valor mínimo de R\$4.000.000,00 (quatro milhões de reais), corrigidos e acrescidos de juros, cujo valor reverterá ao Fundo de Reconstituição de Bens Lesados, mencionado no art. 13 da Lei n° 7.347/85;

- 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 o art. 6º, VI do CDC, pela prática

descrita como causa de pedir, inclusive com a repetição, em dobro, dos valores recebidos indevidamente;

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

f) a citação da ré para que, querendo, apresente contestação, sob pena de revelia;

g) que sejam condenadas as rés ao pagamento de todos os ônus da sucumbência, incluindo os *honorários advocatícios*.

Protesta, ainda, o Ministério Público, nos termos do art. 332 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 previsto no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Dá-se a esta causa, por força do disposto no art. 258 do Código de Processo Civil, o valor de R\$4.000.000,00 (cinco milhões reais).

Rio de Janeiro, 22 de novembro de 2010.

Julio Machado Teixeira Costa

Promotor de Justiça

Mat. 2099