



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

**EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA VARA EMPRESARIAL
DA COMARCA DA CAPITAL**

CLARO S/A – serviços de telecomunicações das marcas NET e CLARO – promoções elegíveis apenas para novos assinantes – clientes antigos impedidos de aderir às promoções – tratamento desigual entre os consumidores – utilização de critério subjetivo para aplicação de promoções – prática abusiva, vez que discriminatória – privilégio aos consumidores de outras operadoras em detrimento 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 e art. 170, V, 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 **CLARO S.A.**, inscrito no CNPJ/MF nº 40.432.544/0001-47, com sede na Rua Henri Dunant, nº 780, Torre A e Torre B, Santo Amaro, São Paulo/SP, CEP: 04709-110, pelas razões que passa a expor:

Legitimidade do Ministério Público

O Ministério Público possui legitimidade para a 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 Constituição da República.

A transindividualidade dos direitos envolvidos no caso em tela se revela notória, uma vez que os fatos ora tratados atingem expressivo número de consumidores, sujeitos a prática que se perpetua no tempo, de modo a ter o potencial de afetar indeterminados outros.

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

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)

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO INDIVIDUAL HOMOGENEO. 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)

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.

Nesse ponto, destaca-se que houve proposta de Termo de Ajustamento de Conduta recusada pelo CLARO S.A., a indicar impossibilidade de composição entre as partes.

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

Cássio Scarpinella Bueno afirma¹:

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).

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”².

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

¹ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. 2. ed. Volume único. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 295;

² CÂMARA, Alexandre. Novo Processo Civil Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 201.

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

Art. 1° (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 tela³:

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.

³ SOUZA, Luciane Moessa de. *Resolução Consensual de Conflitos Coletivos Envolvendo Políticas Públicas*. Brasília: Fundação Universidade de Brasília. 1ª edição. 2014. p. 65-66;

No mesmo sentido⁴:

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.

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.

Desse 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

O Ministério Público instaurou procedimentos administrativos (Inquérito Civil Reg. 896/2017 e Reg. 1.112/2017, anexados) para apurar representações e notícias formuladas em face da operadora de telecomunicações Claro S/A.

De acordo com os diversos relatos queixosos de consumidores (fls. 04/20 e fls. 111/121 do IC Reg.

⁴ GISMONDI, Rodrigo A. Oderbrecht Curi. Mediação Pública In *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Mediação. 14a edição p. 192.

896/2017 e IC Reg. 1.112/2017, respectivamente), a empresa ré, ao comercializar planos telefônicos "Claro", bem como de internet banda larga e TV por assinatura "NET", realiza ofertas promocionais elegíveis apenas para novos clientes. Tais promoções são veiculadas em página diferenciada dos sítios eletrônicos da "Claro" e "NET", acessíveis mediante uma triagem em que o visitante se identifica como novo usuário. Caso opte pelo acesso como já cliente da operadora, os preços promocionais não podem ser visualizados de pronta navegação.

A veracidade das narrativas foi confirmada no curso das investigações, em que a própria Claro admite a perpetuação da prática.

Em suas manifestações nos inquéritos civis, a operadora reconhece que algumas de suas promoções de serviços são exclusivas para novos clientes (fl. 80 do Reg. 896/2017 e fl. 42 do IC Reg. 1.112/2017), o que seria prática destinada a captar clientela, sendo praticada por outros ramos do mercado de consumo. Entretanto, deixa de notar que, diversamente dos demais setores, os serviços de telecomunicações são regulados no sentido de ser vedada a discriminação de novos e atuais consumidores das operadoras, conforme será fundamentado em tópico adequado.

Inquestionável, portanto, é que a ré comercialize planos promocionais de telefonia, TV por assinatura e internet com exclusividade para novos consumidores, inclusive quando fornece combo de

planos "NET" e "Claro", em que consta restrição de que as ofertas "são validadas para novas assinaturas"⁵:



A NET E A CLARO SÃO UMA SÓ EMPRESA. ATRAVÉS DO SEU CEP IDENTIFICAMOS AS **MELHORES OFERTAS** PARA VOCÊ. CONFIRA ABAIXO!

1  **PACOTES DE TV** 

1  **PLANOS DE INTERNET** 

2  **PLANOS DE TELEFONE FIXO**

3  **PLANOS DE CELULAR**

SUA COMBINAÇÃO

 MIX DIGITAL - CLARO TV	R\$ 49,90 x
 FUTEBOL HD	R\$ 109,90 x
 ILIMITADO LOCAL	R\$ 24,90 x
 CONTROLE 2,5 GB	R\$ 37,99 x
TOTAL:	R\$ 222,69

DE: R\$ 279,69 POR: [Limpar carrinho](#)

Taxa de Instalação	Grátis
Taxa de Adesão	Grátis
Valor do 1º ao 12º mês	R\$ 222,69
Valor a partir do 13º mês	R\$ 267,69

Detalhes da oferta

FINALIZAR ASSINATURA >

Atendido por 

Ofertas exclusivas do site.
 Ofertas válidas para novas assinaturas.
 Os serviços estão sujeitos à disponibilidade técnica de sua região/endereço.
 Oferta do Ponto Opcional nos combos:

⁵ Retirado de <https://assine.net.com.br/? ga=2.168810913.1818465737.1528119598-823451547.1528119598> Acessado em 04.06.2018.

Ofertas exclusivas do site.

Ofertas válidas para novas assinaturas.

Os serviços estão sujeitos à disponibilidade técnica de sua região/endereço.

Oferta do Ponto Opcional nos combos:

A soma dos pontos de TV já considera o ponto principal do pacote.

Preço do equipamento incluso.

Valores referentes a preço no combo podem sofrer variações de acordo com o combo escolhido, confira os detalhes/condições no final do fluxo antes de concluir a assinatura.

Fidelidade:

Os descontos nas taxas de adesão e/ou instalação, bem como outros benefícios promocionais concedidos pela ClaroTV, estão condicionados a permanência mínima de 12 meses com os serviços contratados.

Em caso de cancelamento antes do período de permanência mínima determinado no ato da adesão, será cobrada multa proporcional

Dobro de Minutos e Internet Móvel:

O Dobro de Internet e Minutos móveis serão válidos a partir da combinação TV + CELULAR.

Estas vantagens não estão disponíveis na contratação de Planos Controle em suas modalidades.

NET
O MUNDO É DOS NETS

Ademais, a empresa admite a realização de triagem entre consumidores visitantes dos sites da "Claro" e "NET", da seguinte forma (fl. 95, IC Reg. 896 2017):

Quando o consumidor acessa os sites www.claro.com.br/ e www.netcombo.com.br/, aparece mensagem perguntando se o consumidor é cliente da Oficiada ou não. Essa pergunta é feita para que, com base nessa informação, as informações mais buscadas por esses grupos de consumidores (clientes e não clientes da Oficiada) sejam apresentadas já na página seguinte e com destaque.

Assim, para os atuais clientes da ré, o acesso imediato às páginas da "Claro" e "NET" não conta com informações sobre ofertas promocionais, de forma a não estimular a troca por planos com melhores benefícios. Por outro lado, os novos clientes, em seu

acesso primário, são prestigiados com todo material publicitário relativo às promoções e valores dos planos ofertados, sendo-lhes facilitada opção por ofertas mais vantajosas.

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 Claro não manifestou interesse na sua assinatura.

DA FUNDAMENTAÇÃO

a) O tratamento desigual imposto pela Claro 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 Claro S/A, ao comercializar planos das marcas "Claro" e "NET", impede que seus clientes usufruam de promoções restritas a novos assinantes.

Trata-se de política comercial destinada a aumentar a base de clientes da empresa, porém de forma discriminatória e alienante quanto aos atuais integrantes.

A prática é vedada pelas normas que disciplinam o ramo, cuja regulamentação orienta que os serviços de telecomunicações devam 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, conforme disposto pelo Regulamento Geral de Defesa dos Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações - RGC, aprovado pela Resolução n° 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 acima destacado deixa fora de dúvida o caráter discriminatório das promoções comercializadas pela ré, cuja contratação é vedada aos já consumidores da empresa.

Cumprido destacar que, com base em informações prestadas pela Agência Nacional de Telecomunicações nos inquéritos que instruem esta demanda, a Resolução n° 632 está em vigor em todos seus dispositivos, sendo cogente o seu cumprimento.

Embora tenha sido ajuizada ação para anular o regulamento em questão, inclusive o texto do art. 46, o seu pedido foi julgado improcedente pelo d. juízo do Tribunal Regional Federal da Primeira

Região. O autor da demanda, Associação Brasileira de Televisão por assinatura, sustentou sua pretensão com base em supostos vícios formais de ausência de Consulta Pública e Análise de Impacto Regulatório (o mesmo argumento ora defendido pela Claro S/A em face da aplicação do art. 46 do RGC). Contudo, no julgamento da causa, não se reconheceu que tais premissas impliquem em nulidade dos dispositivos contidos no RGC, destacando-se, quanto ao seu art. 46 (fls. 104/105 do IC reg. 1.112/2017):

No caso, considerando especialmente que a regra em questão não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, pois está prevista em outros regulamentos (...), bem como **privilegia o direito de escolha do consumidor, sem distingui-lo com ase na data de adesão, evitando, assim, o tratamento dispar, é lógico concluir que a regra encontra amparo legal e constitucional.** (Grifou-se)

No mesmo sentido do regramento da ANATEL, em outubro de 2015, foi sancionada a Lei N° 7.077/2015 do Estado do Rio de Janeiro, 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. .

Além de violar as regras específicas supracitadas, a conduta da ré também ofende preceito constitucional, que determina o tratamento igual entre os iguais, bem como a defesa do consumidor (art. 5º e 170 da Constituição da República), 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 nos planos “Claro” e “NET” cria uma situação de desvantagem exagerada e infundada dos clientes já aderentes em relação aos novos assinantes.

Por tudo isso, tal critério não pode ser aceito, uma vez que viola o direito basilar de isonomia de tratamento, o qual, cuja transcendência se concretiza na sua positivação no caput do artigo 5º da CRFB; a conduta da Claro S/A, assim, deve ser estancada.

b) A prática comercial abusiva e desleal

Noutro giro, a exigência da operadora Claro em permitir que apenas ‘novos clientes’ possam adquirir os planos com descontos promocionais gera não somente uma situação desigual e discriminatória, como também, constitui uma forma abusiva e desleal de angariar o maior número possível de assinantes.

Tais ofertas 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 ré, em vez de abrangerem todos os consumidores, abarcam apenas a parcela de potenciais clientes, não assinantes. 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 clientes efetivos 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 Claro, 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 causados aos consumidores considerados individualmente

Fica claro, após todo o exposto, que a conduta do réu tem potencial de gerar danos materiais e morais aos consumidores individualmente considerados, sendo certo que, para que haja condenação indenizatória, não é necessário que o autor da ação civil pública demonstre a ocorrência

dos prejuízos individualmente sofridos pelos consumidores.

Em sede de ação civil pública, deve o réu ser condenado ao ressarcimento dos consumidores, vez que o CDC expressamente prevê que, na ação coletiva visando a responsabilidade civil por danos causados aos consumidores individualmente considerados, deve ser prolatada sentença genérica, *verbis*:

Art. 91. Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes.

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

A comprovação do prejuízo individual deve ser realizada em fase de liquidação de sentença, conforme previsto no art. 97 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 97. A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82.

Conclui-se que o diploma consumerista exige que o autor da ação civil pública demonstre apenas a potencialidade lesiva da conduta perpetrada pelo réu e, no caso em tela, inegável a possibilidade de sofrimento de prejuízos de ordem moral e material, por parte dos consumidores em decorrência da ilicitude que constitui a causa de pedir da presente ação.

Verifica-se, assim, que restou demonstrada a potencialidade lesiva da conduta perpetrada pelo Consórcio Santa Cruz de Transportes e Transportes Barra, devendo a comprovação do prejuízo individual ser realizada na fase de liquidação de sentença, na forma do art. 97 do Código de Defesa do Consumidor.

d) Os danos morais e materiais causados aos consumidores considerados de forma coletiva

Em face das irregularidades narradas na presente, deve o réu ser condenado, ainda, a ressarcir da forma mais ampla possível os consumidores, coletivamente considerados, pela violação ao Código de Defesa do Consumidor.

Em um primeiro momento, é importante frisar, com relação ao dano moral coletivo, a sua previsão expressa no nosso ordenamento jurídico nos art. 6º, incisos 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 Leornado 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”.⁶

De acordo com 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, de 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

⁶ BESSA, Leonardo Roscoe. *Dano moral coletivo*. In Revista de Direito do Consumidor n° 59/2006.

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”.⁷

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.

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.”.⁸

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.

⁷ _____, Leonardo Roscoe. *Dano moral coletivo*. In Revista de Direito do Consumidor n° 59/2006.

⁸ _____. *Dano moral coletivo*. In Revista de Direito do Consumidor n° 59/2006.

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, infligidos e apreendidos em dimensão coletiva” ou “modificação desvaliosa do espírito coletivo” (Xisto Tiago). Embora a afetação negativa do estado anímico (individual ou coletivo) possa 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”.⁹

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.

As ofertas discriminatórias veiculadas pelos réus, conforme visto, viola o Código de Defesa do Consumidor, a legislação estadual e a regulamentação editada pela ANATEL. É necessário, pois, que o ordenamento jurídico crie sanções a essa atitude, 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 E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DO CONSUMIDOR. TELEFONIA. VENDA CASADA.

⁹ _____. *Dano moral coletivo*. In Revista de Direito do Consumidor n° 59/2006.

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 à 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).

Por fim, no que se refere aos danos materiais coletivos, necessário ressaltar que a Claro S/A, ao restringir a elegibilidade de planos promocionais menos custosos, experimenta enriquecimento sem causa, em detrimento dos consumidores.

Tal fato é vedado pelo Código Civil, que tutela tal situação em seus artigos 884 a 886, visando impedir o enriquecimento sem que exista uma causa para esse aumento patrimonial.

Verificado o enriquecimento sem causa, tal como ocorrido no caso em tela, aquele que se beneficiou desta situação é obrigado a restituir os prejudicados, na forma do art. 884, parágrafo único, do Código Civil.

É exatamente esse enriquecimento injustificado dos réus, que caracteriza a ocorrência do dano material coletivo no caso em tela.

Portanto, impõe-se o reconhecimento da existência de danos morais e materiais, causados aos consumidores considerados em sentido coletivo, no presente caso, haja vista a relevância social dos direitos envolvidos e o posicionamento da legislação e jurisprudência nacionais.

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*.

A verossimilhança das alegações autorais reside na divulgação explícita das ofertas restritas a novos clientes pelo *site* da "Claro" e "NET", bem como pela admissão do próprio réu de que os fatos alegados são verdadeiros, o que foi feito em sede de Inquérito Civil instaurado pelo autor, em que ainda constam diversos relatos de consumidores acerca das circunstâncias que constituem a causa de pedir.

Ademais, no caso em tela, a abusividade nas ofertas discriminatórias da Claro S/A, conforme já exaustivamente exposto, se mostra ainda mais grave, pois tem como escopo apenas angariar novos clientes, impedindo o respectivo acesso dos clientes antigos; assim, quanto mais tempo for permitido à ré continuar a veicular promoções 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 inconteste 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 nos próprios sites da operadora, principal meio de divulgação de sua atividade.**

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.

Vê-se, portanto, que presentes os pressupostos gerais e alternativos a ensejar o deferimento da liminar nos termos do § 3º do art. 84 do CDC.

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* ao réu, sob pena de multa diária no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), que, nos serviços prestados pelas marcas "Claro" e "NET", i)

possibilite a adesão, por qualquer interessado, a todas as ofertas de seus produtos e serviços, inclusive aquelas de caráter promocionais, mesmo àqueles já consumidores da prestadora, sem distinção fundada na data de adesão, na necessidade de portabilidade ou qualquer outro, dentro da área geográfica da oferta; ii) se abstenha de realizar qualquer tipo de triagem inicial em seus sítios eletrônicos para a distinção de acesso entre clientes ou não clientes da operadora, sobretudo no tocante ao destaque e disponibilidade de informações atinentes ao preço de seus produtos e serviços, inclusive aquelas de caráter promocional.

DOS PEDIDOS PRINCIPAIS

Requer, ainda, o Ministério Público:

- a) que, após apreciado liminarmente e deferido, seja confirmado o pleito formulado em caráter liminar;
- b) que seja o réu condenado a, sob pena de multa diária no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) nos serviços prestados pelas marcas "Claro" e "NET", i) possibilitar a adesão, por qualquer interessado, a todas as ofertas de seus produtos e serviços, inclusive aquelas de caráter promocionais, mesmo àqueles já consumidores da prestadora, sem distinção fundada na data de adesão, na necessidade de portabilidade ou qualquer outro, dentro da área

geográfica da oferta; ii) a se abster de realizar qualquer tipo de triagem inicial em seus sítios eletrônicos para a distinção de acesso entre clientes ou não clientes da operadora, sobretudo no tocante ao destaque e disponibilidade de informações atinentes ao preço de seus produtos e serviços, inclusive aquelas de caráter promocional;

c) que seja o réu condenados a indenizar, da forma mais ampla e completa possível, os danos materiais e morais de que tenha padecido o consumidor, individualmente considerado, em virtude dos fatos narrados, a serem apurados em liquidação;

d) que seja o réu condenado à repetição em dobro dos valores que auferiu indevidamente em razão da conduta impugnada na presente ação;

e) a condenação do réu 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 n° 7.347/85;

f) seja o réu condenado a publicar, às suas custas, em dois jornais de grande circulação no Estado do Rio de Janeiro, a parte dispositiva de eventual sentença condenatória, a fim de que os

consumidores dela tomem ciência, para exercício de seus direitos individuais, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) corrigidos monetariamente.

g) sejam publicados os editais a que se refere o art. 94 do CDC;

h) a citação do réu para que, querendo, apresentar contestação, sob pena de revelia;

i) a condenação dos réus ao pagamento de todos os ônus de 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 dos réus, 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\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais).

Rio de Janeiro, 7 de junho de 2018.

Julio Machado Teixeira Costa
Promotor de Justiça
Mat. 2099