

Processo nº: 0031685-56.2019.8.19.0001

Tipo do Movimento: Sentença

Descrição: I - RELATÓRIO Tratam os autos de Ação Civil Pública proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (MPRJ), em face de TELEFÔNICA BRASIL S.A. (VIVO), com pedido de liminar, no qual o autor alega, em síntese, que a ré vem cobrando serviços adicionais não solicitados por seus consumidores, bem como dificultando o cancelamento desses serviços e respectivos estornos das quantias indevidamente cobrada,s conforme constatado pelo Inquérito Civil n. 292/2018. Aduz que os numerosos relatos dos consumidores encontrados pelos diversos órgãos de proteção - Ouvidoria do MP, Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor e nos sites: 'Consumidor.gov.br' e 'Reclame Aqui' - ratificam o alegado. Somando a isso, a Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel atestou a existência de 4.399 reclamações sobre a cobrança de serviços adicionais não contratados, tendo o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), condenado a ré ao pagamento de multa no valor de 9,3 milhões de reais, em decorrência de irregularidades na oferta e na comercialização de serviços adicionais, além de ter verificado a cobrança por serviços e produtos nunca solicitados pelo consumidor. Na sequência, informa que o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa do Consumidor e Contribuinte constatou a existência de 32 demandas individuais contra a ré, em decorrência de serviços adicionais não contratados e por fim, diante da ausência de vontade da ré em formalizar o TAC, requer: A) o deferimento do pedido de antecipação de tutela; B) que sejam o réu condenado 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\$ 30.000,00 (trinta mil reais); C) que seja o réu condenado a indenizar, da forma mais ampla e completa possível, os danos materiais e morais de que tenham padecido os consumidores, individualmente considerados, em virtude dos fatos narrados, a serem apurados em liquidação, inclusive com a repetição, em dobro, dos valores recebidos indevidamente; D) 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; E) seja o réu condenado a publicar, às suas custas, em dois jornais de grande circulação em cada uma das capitais do país, 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; F) a condenação do réu ao pagamento de todos os ônus de sucumbência, incluindo os honorários advocatícios. Decisão à fl. 255, indeferindo a liminar por ausência dos pressupostos. Contestação, às fls. 270/289, arguindo, em apertada síntese, que as alegações do parquet não podem prosperar, pelos seguintes fatos: (i) O serviço de valor adicionado (SVA) possuem o sistema de 'duplo aceite', devendo o consumidor responder o sistema em duas etapas. Ademais, o cancelamento de serviços pode ser realizado pelo aplicativo 'Meu Vivo', pelo site da Vivo, por SMS, por telefone ou presencialmente nas lojas Vivo. (ii) Não foi produzida provas mínimas que corrobore com as alegações autorais, o MPRJ apenas juntou trechos de decisões em ações individuais, sendo que parte dessa amostragem foi julgada improcedente. Narra que segue rigorosamente as normais da ANATEL sobre a 'obrigação de disponibilizar ao consumidor meios para optar por receber ou não mensagens de cunho publicitário, referentes aos seus serviços ou de parceiros, os quais somente enviam mensagens de cunho publicitário aos consumidores que prévia e expressamente assim autorizarem'. Na sequência, sustenta que recentemente passou a utilizar o sistema de triplo aceite, ressaltando que em estudo realizada pela Anatel, houve queda no número de reclamações junto a ré, cujo assunto é o objeto desta demanda. Alega que o parquet não demonstrou qualquer violação aos direitos fundamentais, tampouco efetivo dano para ensejar sua condenação em dano moral ou material e que, da mesma forma, não merece prosperar a inversão do ônus da prova, pelo fato de as alegações autorais se mostrarem inverossímeis. Aduz que não há imperativo legal que sustente a condenação da ré em publicar a sentença em jornal de grande circulação. Réplica ofertada às fls. 360/392. Decisão saneadora à fl. 422, indeferindo prova pericial e deferindo prova documental superveniente, com posterior apresentação de memoriais em 15 dias. Alegações finais apresentadas pelo autor, às fl.434/446, e pela ré, às fl.449/461. II - FUNDAMENTAÇÃO Trata-se de Ação Civil Pública proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO em face de TELEFÔNICA BRASIL S.A.,(VIVO) cuja ré é empresa detentora da marca 'VIVO', sendo operadora de diversos serviços e produtos de telefonia. A demanda versa sobre relação de consumo, atuando o Ministério Público com legitimidade ativa na propositura de ações em defesa dos direitos coletivos 'latu sensu' entendidos como gênero, dos quais são espécies, os direitos difusos, os direitos coletivos 'stricto sensu' e os direitos individuais homogêneos, na forma do artigo 81, parágrafo único, incisos I,II e III c/c artigo 82, I, da Lei N. 8078/90. O pedido funda-se em três alegações: (I) a existência de cobrança indevida por serviços adicionais não requeridos por consumidores, (ii) a dificuldade de cancelamento desses serviços e (iii) respectivo estorno da quantia indevidamente cobrada ao consumidor, sendo que a demanda foi proposta em função do grande número de reclamações de consumidores ao longo dos anos de 2016 a 2018, conforme se verifica às fls. 30/214 dos autos do Inquérito Civil n. 292/2018, além de diversas plataformas ('Reclame Aqui' 'consumidor.gov.br', Ouvidoria do MP, Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor) em que há relatos de consumidores acerca da cobrança de serviço não compactuado, dificuldade em cancelar os serviços adicionais e restituição dos valores dos serviços. Corroborando com os relatos dos consumidores foi aberto Relatório de Fiscalização pela Anatel nos anos 2016/2017, n. 1631/2016/GR01, 0631/2016/GR03, 0177/2017/GR01 e 0007/2017/GR01, com o objetivo precípuo de verificar como ocorre a oferta pelo prestador ao consumidor do serviço de valor adicionado(SVA), verificando se a prestadora consegue comprovar a efetiva contratação pelo consumidor de SVA, conforme se observa nos documentos juntados às fls. 109/139. No relatório de fiscalização ficou demonstrado que o SVA foi 'habilitado e cobrado do assinante sem a comprovação de sua solicitação' (fl. 136), o que inclusive ensejou abertura de Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigação pela Anatel, em decorrência da cobrança indevida de serviços não autorizados previamente pelo consumidor, além de não operar o cancelamento de serviços por meio do Centro de Atendimento Telefônico. Portanto, os documentos colacionados pelo Autor demonstram, por si sós, que as alegações são verdadeiras, atestando que a Ré viola a boa-fé contratual, diversos dispositivos do CDC, bem como a Resolução n. 632/2014 da Anatel versando sobre Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações: 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; 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; Resolução 632/2014, Art. 85. O Consumidor que efetuar pagamento de quantia cobrada indevidamente tem direito à devolução do valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros de 1% (um por cento) ao mês pro rata die. Resolução 632/2014, Art. 64. A cobrança de qualquer valor devido que não

decorra da prestação de serviços de telecomunicações depende de prévia e expressa autorização do Consumidor. Parágrafo único. Cabe à Prestadora responsável pela emissão do documento de cobrança ou pelo abatimento dos créditos o ônus da prova da autorização emitida pelo Consumidor. Por sua vez, a Ré não conseguiu comprovar, através dos documentos juntados, conduta que possa afastar sua responsabilidade e o adequado zelo pela boa-fé e moralidade que deve imperar no trato consumerista. As provas supramencionadas derrubam as duas principais teses da ré, que o serviço de valor adicionado (SVA) possui o sistema de 'duplo aceite' e que o cancelamento de serviços pode ser realizado pelo aplicativo 'Meu Vivo', pelo site da Vivo, por SMS, por telefone ou presencialmente nas lojas Vivo, não tendo produzida provas mínimas que corroborem as alegações de que o MPRJ apenas juntou trechos de decisões em ações individuais, e que parte dessa amostragem foi julgada improcedente. Na primeira tese, a ré junta aos autos, às fls.333/335, documento que, na teoria, demonstra o uso da tecnologia de duplo aceite, afirmando que, desse modo, não haveria a possibilidade de cobrança indevida sem o consentimento do consumidor. No entanto, por mais que o uso da tecnologia seja viável, na prática, demonstra-se pelos documentos juntados que a realidade é diversa, haja vista os relatos de consumidores e a fiscalização realizada pela Anatel; no sentido de que seu uso não tem atendido à finalidade e que, de fato, há cobrança indevida do serviço adicionado aos consumidores, sem a devida anuência, inclusive com dificuldade no procedimento de cancelamento de tais serviços não solicitados. Ressalta-se que é louvável a demonstração da Ré, em constante evolução e renovação quanto ao uso da tecnologia, informando que vem utilizando recentemente o sistema de 'tríplo opt in', bem como a criação do 'projeto compra consciente', aperfeiçoando, assim, o seu sistema em prol do melhor atendimento ao consumidor e contratação dos serviços, entretanto, também demonstra que o sistema antes utilizado apresentava falhas. Melhor sorte não apresenta a segunda tese da Ré, haja vista que os documentos, consistente em relatos de consumidores e fiscalização da ANATEL são provas suficientes para demonstrar que as alegações da parte autora são verdadeiras. A prestadora dos serviços de telefonia ao desenvolver sua atividade empresarial auferiu lucro, mas, por outro lado, a partir da análise da teoria do risco do empreendimento, é cediço que todo aquele que atua no mercado de consumo responde objetivamente pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos. Importante ter em mente que a responsabilidade decorre do simples fato de realizar atividade de produção, distribuição e comercialização ou, ainda, a execução de determinados serviços. O princípio da boa-fé objetiva tem aplicação em todo ordenamento jurídico, sendo pressuposto da ordem jurídica, revelador da lealdade das partes, modelo de conduta ética que os contratantes devem possuir. Em relação ao dano moral coletivo, a melhor doutrina denomina de dano extrapatrimonial, para se evitar a tendência equivocada de se vincular essa espécie de dano a um suposto sentimento coletivo - tem expressa previsão no ordenamento jurídico, a teor do art. 1º, da Lei n. 7347/85 e art. 6º, VI e VII, da Lei n. 8078/90. O reconhecimento do dano moral coletivo decorre de avanço do entendimento pretoriano e doutrinário, lembrando-se que, outrora, o dano extrapatrimonial sequer era reconhecido como indenizável. O mesmo ocorria em relação à possibilidade da pessoa jurídica sofrer dano moral. O avanço em questão se direciona à reparabilidade do dano moral em face de uma coletividade que, apesar de ser ente despersonalizado, possui valores morais que merecem ser protegidos. A injusta lesão à esfera moral de uma dada comunidade, ou a ofensa ilegal de um determinado círculo de valores, à própria cultura daquela coletividade de pessoas, pode ser objeto de reparação. Há de ser observado que o dano extrapatrimonial se constitui de valores que afetam negativamente toda a coletividade, na medida em que viola direito fundamental de certa comunidade idealmente considerada, atingindo de forma ampla, valores compartilhados pela sociedade. Não se pode falar em dor, mágoa, aborrecimentos, mas sim na violação de um bem de interesse comum, que pertence a todos de forma generalizada, patrimônio em comum, e este bem, ora violado, se traduz no direito à saúde, a integridade física, à incolumidade, ao bem estar, ao dever de solidariedade, de informação, de transparência, da boa-fé de respeito aos deveres anexos de conduta. Assim, o dano moral coletivo pode ser entendido como violação de valores coletivos, atingidos injustificadamente do ponto de vista jurídico, podendo estar relacionado ao dano ambiental (lesão ao equilíbrio ecológico, à qualidade de vida e à saúde da coletividade), desrespeito aos direitos do consumidor (por exemplo, por publicidade abusiva), danos ao patrimônio histórico e artístico, violação à honra de determinada comunidade (negra, judaica, japonesa, indígena etc.) e outros. A ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Nancy Andrighi vê no Código de Defesa do Consumidor um divisor de águas no enfrentamento do tema. No julgamento do Recurso Especial (REsp) 636.021, em 2008, a Ministra afirmou que o artigo 81 do CDC rompeu com a tradição jurídica clássica, de que só indivíduos seriam titulares de um interesse juridicamente tutelado ou de uma vontade protegida pelo ordenamento. Com o CDC, 'criam-se direitos cujo sujeito é uma coletividade difusa, indeterminada, que não goza de personalidade jurídica e cuja pretensão só pode ser satisfeita quando deduzida em juízo por representantes adequados', explicou Andrighi, em seu voto. (...) Uma das consequências dessa evolução legislativa seria o reconhecimento de que a lesão a um bem difuso ou coletivo corresponde a um dano não patrimonial. Dano que, para a ministra, deve encontrar uma compensação. 'Nosso ordenamento jurídico não exclui a possibilidade de que um grupo de pessoas venha a ter um interesse difuso ou coletivo de natureza não patrimonial lesado, nascendo aí a pretensão de ver tal dano reparado. Nosso sistema jurídico admite, em poucas palavras, a existência de danos extrapatrimoniais coletivos, ou, na denominação mais corriqueira, de danos morais coletivos', concluiu Andrighi. (original sem grifo. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Dano Moral Coletivo avança e inova na jurisprudência do STJ. Brasília. Disponível em http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106083. Acesso em 28/06/2015). Em decisão mais recente a Ministra pode confirmar seu posicionamento, no REsp N° 1.586.515 - RS, de 22/05/2018: 'RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. INOCORRÊNCIA. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DIREITOS DO CONSUMIDOR. SARDINHAS EM CONSERVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. FORNECEDORES OU PRODUTORES. LITISCONSÓRCIO. FACULTATIVIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. JULGAMENTO ANTECIPADO. DANOS MATERIAIS. COMPROVAÇÃO. MOMENTO. VÍCIO DE QUANTIDADE. DANOS MORAIS COLETIVOS. OCORRÊNCIA. VALOR. REVISÃO. PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA. JORNAIS DE AMPLA CIRCULAÇÃO. LIMITES DA EFICÁCIA DA SENTENÇA COLETIVA. (...) 5. O interesse individual homogêneo é um direito individual que acidentalmente se torna coletivo e, pois, indisponível, quando transcender a esfera de interesses puramente particulares, envolvendo bens, institutos ou valores jurídicos superiores, cuja preservação importa à comunidade como um todo. 6. O Ministério Público está legitimado a promover ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos, quando constatada a relevância social objetiva do bem jurídico tutelado. Precedentes.(...) A ação coletiva de tutela de interesses individuais homogêneos se desdobra em duas fases, sendo que, na primeira, são tratados os aspectos padronizados das relações jurídicas e, na segunda, os individualizados, entre os quais a definição do quantum debeatur. Assim, por se encontrar a presente ação na primeira fase, carece de interesse recursal o recorrente para discutir a prova do efetivo dano material causado aos consumidores. 10. O dano moral coletivo é categoria autônoma de dano que não se identifica com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico), mas com a violação injusta e intolerável de valores fundamentais titularizados pela coletividade (grupos, classes ou categorias de pessoas). Tem a função de: a) proporcionar uma reparação indireta à lesão de um direito extrapatrimonial da coletividade; b) sancionar o ofensor; e c) inibir condutas ofensivas a esses direitos

transindividuais. 11. A grave lesão de interesses individuais homogêneos acarreta o comprometimento de bens, institutos ou valores jurídicos superiores, cuja preservação é cara a uma comunidade maior de pessoas, razão pela qual é capaz de reclamar a compensação de danos morais coletivos. Por todas as razões acima expostas, tem-se como imperativa a condenação da ré no dano moral coletivo, tendo em vista que as circunstâncias específicas do caso se adequam às hipóteses de incidência, consideradas por nossos Tribunais, abusividade na cobrança por serviço adicionado não solicitado e a dificuldade em cancelar os serviços, na forma da lei, configurando rompimento com a boa-fé contratual, a moralidade na relação de consumo e deturpando a confiança do consumidor. O dano moral coletivo aqui reconhecido refere-se a um desvio de conduta reiterado por um lapso temporal significativo, demonstrando a ausência de compromisso da Ré com a coletividade. No tocante ao 'quantum' arbitrado a título de dano moral coletivo, não há valores fixos nem tabelas preestabelecidas, cabendo ao julgador, no exame de cada caso concreto, observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, utilizando-se de bom senso prático. Nesse passo, o valor pleiteado à inicial encontra-se em conformidade com tais princípios, pelo que reputo adequado fixar a verba reparatória em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Já os danos materiais, considerados individualmente, não podem ser presumidos, devendo os consumidores, eventualmente lesados pela conduta faltosa da ré, promoverem a respectiva execução, comprovando documentalmente a hipótese, com vistas ao ressarcimento. Quanto aos honorários advocatícios, não faz jus o Ministério Público ao seu recebimento, em face do princípio da isonomia positivado no artigo 5º da Constituição Federal e do tratamento igualitário a ser dado às partes, previsto no artigo 125, I, da CF, já que, sendo incabível a condenação do Ministério Público ao pagamento de honorários advocatícios no caso de vencido na demanda, por certo não faz jus ao recebimento de tal verba quando vencedor. (Resp 1034012). Com relação ao questionamento sobre a publicação em jornal de grande circulação, o artigo 103, III do CDC determinou que a sentença na Ação Civil Pública tem eficácia erga omnes, ou seja, o pedido nas ações coletivas se constitui em uma tese jurídica genérica que beneficia a todos os substituídos. Assim, as particularidades, se existentes, são atendidas somente em liquidação de sentença a ser procedida individualmente. Portanto, ao contrário da alegação da Ré, a publicação em jornal de grande circulação dará ampla divulgação facilitando a ciência e a possibilidade de os consumidores serem ressarcidos pela lesão constatada, atendendo a norma consumerista do art. 78, inciso II, na forma quantitativa quanto qualitativa. III - DISPOSITIVO Diante de todo o exposto, JULGO PROCEDENTE EM PARTE o pedido para o fim de condenar a sociedade TELEFÔNICA BRASIL S.A. (VIVO): a) Seja compelida a Ré se abster de fornecer ou cobrar por serviços não solicitados pelos usuários, devendo informar com clareza a natureza, conteúdo e custo dos serviços, previamente às contratações e cobranças, inclusive mantendo e desenvolvendo mecanismos efetivos, gratuitos, fáceis e acessíveis aos consumidores para o cancelamento de serviços adicionais por ela fornecidos ou cobrados, sob pena de multa no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) por inadimplemento superveniente; b) Condenar à Ré a publicar, no prazo de 15 dias, às suas custas, em três jornais de grande circulação no Estado do Rio de Janeiro, a parte dispositiva desta sentença, a fim de que seus consumidores tomem ciência, para exercício de seus direitos, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00, na forma do art. 94 da Lei n. 8078/90; c) Condenar ainda a Ré a reparar os danos morais causados aos consumidores, considerados em sentido coletivo, no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), com incidência de juros e correção monetária a partir da publicação da presente, a serem revertidos para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos./RJ, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados, conforme disciplina o art. 13 da Lei n. 7347/85; d) Condenar a empresa Ré a indenizar os danos materiais e morais causados aos consumidores individualmente considerados, em consequência da responsabilidade da empresa ré reconhecida nesta sentença, na forma dos art. 95 e 97 do CDC; e) Por fim, deixo de fixar honorários sucumbenciais em favor do Centro de Estudos Jurídicos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em razão do princípio da simetria. P. I. Dê-se ciência pessoal ao Ministério Público.