

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

OI – veiculação de promoções apenas para novos clientes – tratamento desigual entre os consumidores – utilização de critério subjetivo para aplicação da promoção (NOVOS CLIENTES) – prática abusiva, vez que discriminatória – violação a normas específicas (artigo 107 da Lei Geral das Telecomunicações) e ao Código de Defesa do Consumidor (artigos 6º, IV e VI, 37, § 2º e 39, XI) – violação ao artigo 5º, caput da CRFB/1988.

○ **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: **TELEMAR NORTE LESTE S/A** inscrita no CNPJ/MF n.º 33.000.118/0001-79, com Gerência Jurídica na Rua Beneditinos, n.º 23, 2º andar, Centro, Rio de Janeiro - RJ, CEP 20081-050, pelas razões que passa a expor:

Legitimidade do Ministério Público

O Ministério Público possui legitimidade para propositura da presente ação civil pública, uma vez que os fatos narrados violam direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos

dos consumidores e, nos termos do artigo 81, parágrafo único, I II e III c/c artigo 82, I, da Lei nº. 8.078/90, assim como do artigo 127, caput e artigo 129, III da CRFB/1988, este autor possui expressamente legitimidade para atuar.

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

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

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

RELATÓRIO

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

Os fatos narrados na representação puderam ser confirmados através de consulta sobre as ofertas veiculadas na página da Oi

<http://www.oi.com.br/oi/oi-para-voce/oi-fixo/planos/oi-fixo-ilimitado-com-ddd> conforme documentos que seguem em anexo, e fls. 06/07 e 22/23 do PJDC 812/2012.

A ANATEL, em relatório de fls. 21/23 do inquérito civil, emite parecer desfavorável à conduta da empresa ré.

Sendo assim, foi proposto Termo de Ajustamento de Conduta, contudo, a OI não manifestou interesse na sua assinatura.

DA FUNDAMENTAÇÃO

a) O tratamento desigual imposto pela OI baseia-se em critérios subjetivos - violação ao princípio constitucional da isonomia e ao artigo 107 da Lei Geral das Telecomunicações e ao Código de Defesa do Consumidor (artigos 6º, IV e VI, 37, § 2º e 39, XI)

Conforme já exposto, a prestadora de serviços OI impede que seus clientes usufruam de promoções, por fazerem parte de oferta disponibilizada apenas para 'novos clientes'.

Tal conduta foi analisada pela ANATEL a qual, no relatório de fls. 21/23 do inquérito civil, considerou que '**à luz do artigo 107 da Lei 9.472/1997 e do artigo 37 da Resolução 426/2005, os**

descontos previstos nas ofertas promocionais no OI Fixo Ilimitado não atenderiam à regra da isonomia. A limitação do benefício aos novos clientes cria uma situação de desigualdade entre esses assinantes e aqueles que já se encontravam vinculados ao Plano' .

Dispõem tais dispositivos que:

Art. 107. Os descontos de tarifas somente serão admitidos quando extensíveis a todos os usuários que se enquadrem nas condições precisas e isonômicas, para sua fruição.

Art. 37. A prestadora pode oferecer descontos nas tarifas e preços ou outras vantagens ao usuário, de forma isonômica, vedada a redução de tarifas ou preços por critério subjetivo e observado o princípio da justa competição.

Parágrafo único: Descontos e promoções ofertadas por prestadoras com PMS devem respeitar os critérios adotados para a estrutura tarifária ou de preços do plano de serviço.

Ademais, segundo a ANATEL, a conduta da ré também viola a Cláusula 11.3 do Contrato de Concessão, a qual dispõe que 'a Concessionária poderá praticar descontos nas tarifas (...) desde que de forma equânime e não discriminatória, vedada a redução subjetiva de valores e observado o princípio da justa competição' .

Nesse diapasão, a Agência Reguladora constatou que 'o critério utilizado pela OI é a data da adesão e constitui critério subjetivo, violando a impessoalidade e a anterioridade, vez que impõe

distinção fundada nas características pessoais dos consumidores, criando uma situação discriminatória e infundada'.

E não é só. Além de violar as regras específicas supracitadas, a conduta da ré também ofende preceito constitucional, que determina o tratamento igual entre os iguais, e normas do Código de Defesa do Consumidor que proíbem a publicidade discriminatória de qualquer natureza e a recusa injustificada da venda de bens ou prestação de serviços a quem prontamente se disponha a adquiri-los mediante o pronto pagamento (artigos 37, § 2º e 39, IX, respectivamente), de forma que merece ser reprimida.

A diferenciação imposta pela ré cria uma situação de desvantagem exagerada dos clientes que já possuem assinatura em relação aos demais consumidores apenas pelo fato de já serem clientes da OI.

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

b) A prática comercial abusiva e desleal

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

Esses assinantes adquirem os produtos e serviços da concessionária ré com valor bem inferior (R\$ 38,90) por três meses (ver <http://www.oi.com.br/oi/oi-para-voce/oi-fixo/planos/oi-fixo-ilimitado-com-ddd>) e depois passam a pagar o valor maior (R\$ 59,90) por doze meses pelo plano contratado enquanto que a ré continua a divulgar o desconto apenas para 'novos clientes' no mesmo plano.

As ofertas da OI 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 OI, ao invés de abrangerem todos os consumidores, abarcam apenas aqueles que com ela não possuem assinatura, sendo certo que, com isso, pode a operadora trabalhar com uma margem maior de desconto e ludibriar os consumidores, fazendo com que permaneçam por doze meses sem que possam ser

beneficiados com as ofertas contínuas promovidas pela operadora, conforme itens 2.1 e 3.1 do Regulamento OI Fixo Ilimitado com DDD.

Sendo assim, não só os consumidores assinantes da ré são afetados, como também aqueles que ainda irão contratar, pois são atraídos por uma publicidade abusiva que lhes gera uma falsa expectativa.

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

c) Os danos materiais e morais individuais

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

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

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

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

d) A necessidade de condenação aos danos morais coletivos

No mesmo giro, deve a ré ser responsabilizada por eventuais danos morais coletivos decorrentes de sua conduta lamentável, uma vez que os lucros obtidos pela OI com a captação indevida visando atrair consumidores inconscientes da situação real é inegável.

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

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

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

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

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro também vem se mostrando a favor da aplicação do dano moral coletivo, conforme provimento da apelação interposta pelo Ministério Público contra sentença de improcedência do pedido de dano moral coletivo:

0059087-40.2004.8.19.0001 - APELACAO DES. JOSE GERALDO ANTONIO - Julgamento: 16/02/2011 - SETIMA CAMARA CIVEL AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADAS - ADULTERAÇÃO DE COMBUSTÍVEL PARTICIPAÇÃO DA SEGUNDA APELANTE NÃO COMPROVADA DANO MATERIAL A SER APURADO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA - **DANO MORAL COLETIVO - POSSIBILIDADE FIXAÇÃO - RAZOABILIDADE/PROPORCIONALIDADE -PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS**. O Juiz é o destinatário da prova, incumbindo-lhe avaliar e decidir sobre a necessidade ou não da sua produção, nos termos dos Art. 130 e 131 do CPC.Os estabelecimentos que comercializam combustíveis adulterados possuem legitimidade para figurar no pólo passivo da ação civil pública. É dever dos fornecedores do produto disponibilizar no mercado produtos que observem as normas estabelecidas pelo órgão regulador. A Lei nº 7347/85 prevê a possibilidade de ação civil pública de responsabilidade por danos morais e materiais, sendo admissível seu ressarcimento coletivo. Desprovimento do primeiro e terceiro recursos e **provimento do segundo.** (grifou-se).

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

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, intranquilidade 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).

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

e) Os pressupostos para o deferimento da antecipação da tutela

Presente, por fim, os requisitos autorizadores da concessão da tutela antecipada, em caráter liminar, exigidos pelo artigo 273 do Código de Processo Civil.

A verossimilhança está configurada na divulgação explícita das ofertas apenas para 'novos clientes' no *site* da OI, conforme documentos em anexo e constatação da ANATEL.

O *fumus boni iuris*, por sua vez, está, sobretudo, na flagrante violação ao artigo 5º da Constituição Federal, bem como, aos artigos 37, § 2º e 39, IX da Lei 8.078/90, respectivamente e do

artigo 107 da Lei 9.472/1997 e do artigo 37 da Resolução 426/2005 da ANATEL.

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

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* à ré que, possibilite a adesão de todos os consumidores, inclusive os antigos ou que já possuam assinatura, por quaisquer canais de atendimento, a todos os seus planos, promoções, descontos e afins,

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

DOS PEDIDOS PRINCIPAIS

Requer ainda o Ministério Público:

- a) A citação da ré para que, querendo, apresente contestação, sob pena de revelia sendo presumidos como verdadeiros os fatos ora deduzidos;
- b) Que, após apreciado liminarmente e deferido, seja confirmado em definitivo o pedido formulado em caráter liminar;
- c) Que seja a ré condenada a possibilitar a adesão de todos os consumidores, inclusive os antigos ou que já possuam assinatura, por quaisquer canais de atendimento, a todos os seus planos, promoções, descontos e afins, sob pena de multa diária no valor de R\$30.000,00 (trinta mil reais);
- d) Que seja a ré condenada a indenizar, da forma mais ampla e completa possível, os danos materiais e morais causados aos consumidores individualmente considerados, como estabelece os artigos 6º, VI e 95, ambos do CDC;

- e) Que seja a ré condenada à repetição em dobro dos valores que auferiu indevidamente em razão da conduta impugnada na presente ação;
- f) A condenação da ré à obrigação de fazer consistente em publicar, às suas custas, em dois jornais de grande circulação desta Capital, além de comunicar por correspondência todos os consumidores individualmente contemplados, a parte dispositiva de eventual sentença condenatória, a fim de que os consumidores tomem ciência da sentença, sob pena de multa diária de R\$5.000,00 (cinco mil reais) corrigidos monetariamente.
- g) A condenação da ré a reparar os danos materiais e morais causados aos consumidores, considerados em sentido coletivo, no valor mínimo de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais), corrigidos e acrescidos de juros, cujo valor reverterá ao Fundo de Reconstituição de Bens Lesados, mencionado no art. 13 da Lei nº 7.347/85;
- h) A publicação dos editais aos quais se refere o art. 94 do CDC;
- i) Que seja a ré condenada a, sob suas expensas, publicar, em dois jornais de grande

circulação, de todas as capitais do país, o dispositivo da sentença de procedência;

j) Que seja condenada a ré ao pagamento de todos os ônus da sucumbência, incluindo os *honorários advocatícios*.

Protesta, ainda, o Ministério Público, nos termos do art. 332 do Código de Processo Civil, pela produção de todas as provas em direito admissíveis, notadamente 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\$1.000.000,00 (um milhão de reais).

Rio de Janeiro, 11 de março de 2013.

Julio Machado Teixeira Costa

Promotor de Justiça

Mat. 2099