

Circunscrição : 1 - BRASÍLIA
Processo : 2015.01.1.117295-0
Vara : 206 - SEXTA VARA CÍVEL DE BRASÍLIA

SENTENÇA

Vistos.

Trata-se de AÇÃO CIVIL PÚBLICA, com pedido de tutela antecipada meritória, sob a égide do procedimento ordinário comum, ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL em desfavor da CLARO S.A., partes devidamente qualificadas nos autos em epígrafe.

Em suas considerações iniciais aduz que a requerida ofende o direito dos consumidores uma vez que oferece serviços com descontos consideráveis em favor de novos assinantes, sem, contudo, permitir que os assinantes do serviço possam usufruir. Relata uma discriminação entre novos e antigos clientes, o que gera um desequilíbrio contratual.

Aponta a prática comercial abusiva, inclusive com ofensa a resolução expressa editada pela ANATEL. Notícia a quebra da igualdade.

Tece arrazoado jurídico e postula o deferimento de tutela antecipada a fim de que seja possibilitada a adesão de todos os consumidores, antigos ou novos, a todos os tipos de promoção, desconto, dentre outros serviços ofertados, sob pena de multa diária no valor de R\$ 100.000,00.

No mérito requerer a declaração da ilegalidade da conduta e a condenação da requerida na disponibilização do serviço em favor de todos os consumidores, assinantes ou novos assinantes; condenar a requerida a fazer a publicidade acerca da oferta a todos os assinantes, e por fim, a condenação no pagamento de danos morais coletivo no importe de R\$ 10.000.000,00 [dez milhões de reais].

Com a inicial vieram documentos [fls. 18/40]. Pedido de tutela antecipada indeferido [fl. 43].

Citada a requerida apresentou contestação. Em sede de preliminar requerer a suspensão do feito em razão de preliminar de prejudicialidade externa ante a existência de ação movida na Justiça Federal em que se discute, dentre outras questões, a legalidade ou não do artigo 46 da Resolução 632/2014 da ANATEL.

No mérito sustenta a irregularidade na formação da resolução da ANATEL; que a referida resolução trouxe insegurança jurídica; que a prática da requerida não viola o Código de Defesa do Consumidor; que as promoções visam angariar novos assinantes, hoje em torno de 100 milhões que ainda que possuem TV por assinatura; que o controle por via judicial afronta a livre iniciativa, livre concorrência e livre fixação de preços; que não há embasamento para a concessão de indenização por danos morais coletivos. Por fim, pede a improcedência do pedido.

A parte autora apresentou réplica, combatendo os argumentos levantados em sede de contestação, bem como ratificando os suscitados na peça inaugural. Houve decisão saneadora rejeitando a suspensão do feito, bem como indeferindo a produção de prova oral. Converteu, todavia, o julgamento em diligencia para que as partes manifestem sobre o tema da livre iniciativa, em especial, sobre o art. 3º, III, da Lei Geral das Telecomunicações e art. 170, IV e V, da CF [fls. 538/540-v].

A parte requerida pediu a reconsideração da decisão que indeferiu a prova e a suspensão. Também manifestou-se sobre a tese levantada na decisão saneadora.

O Ministério Público do Distrito Federal ratificou a tese inicial. Recebi os autos conclusos para sentença.

Esse é o relato do que reputo ser necessário.

Passo a decidir.

Procedo ao julgamento antecipado, porquanto a questão é prevalentemente de direito, o que atrai a normatividade do art. 355, I, do Código de Processo Civil. No mais, o Juiz, como destinatário final da prova, consoante disposição do art. 370 do CPC, fica incumbido de indeferir as provas inúteis ou protelatórias. A sua efetiva realização não configura cerceamento de defesa, não sendo faculdade do Magistrado, e sim dever [STJ - REsp 2.832-RJ rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira]. Trata-se de um comando normativo cogente que se coaduna com o princípio da celeridade e prestigia a efetividade da prestação jurisdicional.

Sobre o pedido de reconsideração, é importante consignar que tal pedido não encontra respaldo no ordenamento jurídico vigente, devendo a parte se irresignar em sede de preliminar de recurso de apelação, caso o julgamento lhe seja desfavorável [art. 1.009, § 1º, do Código de Processo Civil].

Feita a observação, passo ao mérito da presente demanda.

O pedido é procedente em parte. Justifico. É importante consignar que o Código de Defesa do Consumidor, modelo de diploma protetivo no mundo todo, tem a finalidade precípua de proteger a parte mais fraca da relação consumerista, evitando, desta feita, que ela seja devorada pela parte mais forte, restando obrigada a atender as suas imposições. É por isso que a Constituição Federal denomina o consumidor de parte vulnerável.

De um lado a requerente, Órgão da Administração Pública encarregado de defender a sociedade das mazelas, inclusive a defesa do consumidor, seja em juízo ou fora dele. De outro, a requerida enquadra-se na definição legal de fornecedor [artigo 3º, "caput"], uma vez que se organiza empresarialmente para oferta de bens e serviços no mercado de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor foi publicado para proteção do consumidor contra armadilhas do comércio e para equilíbrio das relações, tendo em vista a desvantagem natural. É dever do fornecedor nas relações de consumo manter o consumidor informado permanentemente e de forma adequada sobre todos os aspectos da relação contratual. O direito à informação visa assegurar ao consumidor uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou serviço sejam de fato atingidas, manifestando o que vem sendo

denominado de consentimento informado ou vontade qualificada. Além do princípio da informação, é necessário que prestadores de serviços em geral se atentem para o princípio da transparência nas relações empresariais. O CDC exige transparência dos atores do consumo, impondo às partes o dever de lealdade recíproca a ser concretizada antes, durante e depois da relação contratual. Frisa a lei que as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser regidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Nesse cenário, abandona-se a premissa do *caveat emptor*, consistente na obrigação imposta ao consumidor de buscar se informar adequadamente acerca do produto ou do serviço, para se adotar o *caveat venditor*, em que se inverte a obrigação, competindo ao fornecedor o dever de informar todos os aspectos relevantes do produto ou do serviço.

O art. 6º, IV da Lei 8.078/199 garante como direito básico do consumidor a proteção contra a publicidade enganosa. Dispõe o Código de Defesa do Consumidor, no art. 30 que "Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado".

Não há no dispositivo legal brecha para a requerida limitar a oferta apenas as pessoas não assinantes.

Ora, a requerida, quando publica promoção com nítido intuito de angariar mais clientes, sem, contudo, garantir aos assinantes em vigor, a possibilidade de usufruir do serviço promocional. E mais, fecha, na visão contratual, o assinante em vigor de tal forma que se solicitar o cancelamento para aderir ao novo plano depara-se com a imposição de multa saliente, e se pede para modificar o plano, permanecendo fiel a operadora, tem seu pedido negado.

É evidente a ofensa ao direito do consumidor. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados a defesa do consumidor [art. 170, VI, CF].

Quanto a resolução 632 da ANATEL, passo a tecer alguns comentários acerca do imbróglio judicial que a envolveu.

No final de julho, a TelComp, associação que reúne empresas de telecomunicações atuantes no Brasil, obteve uma liminar que suspendia os efeitos da Resolução em questão. Entanto, a i. Juíza Federal Célia Regina Ody Bernardes revogou a liminar anteriormente deferida, mantendo-se os efeitos da Resolução.

Nos termos do art. 46 da Resolução 632 da ANATEL "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".

É inegável que as regras contempladas na Resolução representam um avanço nos direitos dos consumidores de telecomunicações, já que não precisa ser um consumista dessa modalidade de serviço para saber que o Poder Judiciário está repleto de ações judiciais que discutem abusividade,

desrespeito e enormes dificuldades nessa modalidade de contrato.

Ademais, o Estado de São Paulo, por meio da Lei Estadual 15.845/15, em seu art. 1º, explica que "Ficam os fornecedores de serviços prestados de forma contínua obrigados a conceder a seus clientes preexistentes os mesmos benefícios de promoções posteriormente realizadas". E o parágrafo único complementa dizendo que os efeitos desta lei, enquadram-se na classificação de prestadores de serviços contínuos, dentre outros: [...] 2. operadoras de TV por assinatura". Portanto, a prática abusiva é de suma relevância que virou Lei Estadual, não demorando muito para se tornar lei de âmbito nacional.

Nesse caso, a intervenção Estatal na liberdade econômica é salutar e visa resguardar direitos das pessoas vulneráveis, que se submetem ao poder do economicamente mais astuto, impondo suas vontades contratuais sem se importar com os direitos e garantias assegurados aos consumidores. Há quem pense que a intervenção Estatal nesse caso é prejudicial e abusiva, já que indiretamente fará com que as operadoras de telefonia e de TV por assinatura suspendam as promoções. Essa visão cética somente confirma o lado individualista de quem visa angariar a própria vantagem. Esquece que a extensão da promoção aos demais assinantes incentivam que eles permaneçam na operadora, estando feliz com seus filmes, séries, futebol e desenhos aos filhos. A lei da oferta e da procura ainda é forte e vigente, facilitando a migração com a simples portabilidade. Portanto, não há como deixar de reconhecer a conduta egoísta e ilegal da requerida ao deixar no esquecimento clientes fiéis e em dia com suas obrigações pecuniárias.

Nessa senda, deverá estender a todos os assinantes as promoções que ofertar, nos termos do art. 30 do Código de Defesa do Consumidor, bem como publicar no seu site que a todos os assinantes NET estão disponíveis as ofertas veiculadas.

DO DANO MORAL COLETIVO.

Com relação ao dano moral coletivo é preciso tecer algumas considerações.

O dano moral, inicialmente previsto no art. 5º, V e X, da Constituição Federal de 1988, se expandiu devido ao bom uso que dele se fez e hoje está capitulado no art. 186, do CC, bem como no art. 6º, VI, da Lei 8078/90 [que, inclusive, introduziu os danos morais coletivos e difusos]. Houve uma corrida desenfreada em busca de indenizações, o que é facilmente explicável pela incompreensão jurídica de uma temática reprimida pelo sistema jurídico e pela falsa ilusão do enriquecimento [pedidos milionários], movimentação que não cabe censurar pela utilidade resultante dos cortes das demandas frívolas que alimentam a indústria do dano moral. O filtro judiciário permitiu decotar a matéria e cunhar o princípio de que mero dissabor não se indeniza, base jurídica da certeza de que justifica compensar com dinheiro somente a lesão que provoca séria e grave perturbação [mesmo que anímica] do indivíduo e da pessoa jurídica [Súmula 227, do STJ].

O dano moral, para que se faça indenizável, deve infundir na vítima uma grande violência à sua imagem e honra ou profunda dor em sua esfera íntima e psíquica, hábil a deixar sequelas que se reflitam de forma nociva em

seu dia-a-dia, como, por exemplo, ocorre quando se verifica uma grave humilhação pública, a perda de um ente querido ou a ocorrência de lesões corporais debilitantes.

"O dano moral coletivo caracteriza-se pelo fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade, idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico; quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial" [TJDFT - Acórdão 641689 - Des. Rel. FLAVIO ROSTIROLA].

A sociedade evolui e cada vez mais abandona o formalismo. Oferecer e consumir serviços no mercado de trabalho é assumir o risco de enfrentar pronunciamentos desastrosos que fogem à normalidade de uma pessoa [física ou jurídica] cortês. Daí, transformar esses percalços em ofensa ao direito da personalidade [individual ou coletivo] é se aborrecer com pouca monta, levando qualquer conduta desagradável ao crivo do Poder Judiciário, o que não se coaduna.

Portanto, não há que se falar em indenização por danos morais coletivos no caso em questão.

EXTENSÃO TERRITORIAL DA SENTENÇA.

Premissa básica para se estudar os interesses metaindividuais é saber que existe uma conjugação harmônica entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública. Ambos compõem o chamado microssistema processual coletivo.

Dessa forma, ainda que se tenha alterado o referido dispositivo da Lei de Ação Civil Pública para positivar essa restrição, não houve qualquer alteração nos artigos 93 e 103 do Código de Defesa do Consumidor. Nessa senda, com fundamento na harmonia das legislações, a alteração do artigo 16 foi ineficaz, permitindo a extensão da decisão a todos com fundamento no CDC. Ademais, a competência do Juiz prolator relaciona-se com a divisão da jurisdição, não se confundindo com a abrangência da coisa julgada, que decorre da relação jurídica de direito material advinda dos interesses metaindividuais.

A doutrina é nesse sentido: "em segundo, lugar pecou pela incompetência. Desconhecendo a interação entre a lei de ação civil pública e o Código de Defesa do Consumidor, assim como muitos dos dispositivos deste, acreditou que seria suficiente modificar o art. 16 da lei nº 7.347/85 para resolver o problema. No que se enganou redondamente. Na verdade, o acréscimo introduzido ao art. 16 LACP é ineficaz. Senão vejamos. Já foi exposta a sociedade a necessidade de se lerem de maneira integrada os dispositivos processuais do Código de Defesa do Consumidor e as normas da Lei de Ação Civil Pública, por força do dispositivo no art. 90 daquele e no art. 21 desta. Desse modo, o art. 16 da LACP, na redação que lhe foi dada pela Medida Provisória, não pode ser interpretado sem levar-se em consideração os art. 93 e 103 do CDC". [Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentado pelos autores do Anteprojeto].

Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte de Justiça. Confira:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSUMIDOR. CADASTRO NEGATIVO. COMPARTILHAMENTO DE DADOS POR

ESPELHAMENTO. INFORMAÇÃO AO CONSUMIDOR. PROIBIÇÃO DE
DIVULGAR DADOS POR QUEM NÃO PODE RETIFICÁ-LOS. EFEITOS
TERRITORIAIS DA SENTENÇA.

1. Não se exige o domínio sobre o registro da informação para caracterizar o compartilhamento (ato de compartilhar); basta passá-la adiante. O fato de que os registros constantes na base de dados da SERASA são informados aos que consultam o SPC por um método chamado "espelhamento", ou qualquer outro nome que se lhe dê, não descaracteriza a existência de um compartilhamento de informações, ainda que em um grau mais superficial do que aquele que seria visto caso uma instituição pudesse promover alterações no banco de dados da outra.
2. O e. Superior Tribunal de Justiça, sem debater a existência de eventual lacuna no Código de Defesa do Consumidor a exigir complementação por analogia, mais do que reconhecer a possibilidade, proclamou que a Lei do Cadastro Positivo "deve ter aplicação conjunta com o CDC, sempre na postura hermenêutica do diálogo das fontes e de uma análise sistemática do ordenamento jurídico, principalmente no tocante às normas mais vantajosas e protetivas ao consumidor" (REsp 1297044/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe 29/09/2015 - grifei).
3. Não se pode olvidar que a divulgação das informações contidas no banco de dados da requerida em outras entidades de mesmo viés, implica em maior publicidade de dados negativos relativos ao consumidor. Por esta razão, deve este ter ciência ampla e irrestrita do alcance que as informações inseridas no sistema da requerida podem atingir.
4. A divulgação do registro da inscrição em cadastro de inadimplentes é ato que gera constrangimento ao consumidor, razão pela qual só pode ser realizada por quem dispõe dos meios necessários para alterar as informações constantes do banco de dados.
5. Quem cria e administra banco de dados de inadimplemento responde pelos danos que podem ser causados por eventual equívoco dos registros. Não se pode admitir que determinada instituição atue apenas na "ponta da cadeia", comodamente divulgando informações de bancos de dados que não administra, e, quando confrontada com violação ao direito do consumidor, decorrente de propagação de informação inverídica, busque isentar-se de qualquer responsabilidade afirmando que apenas "espelhou" dados provenientes de outra instituição.
6. Mais do que impedir uma interpretação restritiva do alcance dos instrumentos de tutela coletiva, e acima de se conceder, em causas envolvendo relações de consumo, primazia ao art. 103, inciso III, do CDC, sobre o art. 16 da LACP, o e. STJ já esclareceu que não há que se falar em sentença que não produza efeitos em determinada parte do território nacional. Neste sentido, "pode-se afirmar, com propriedade, que determinada sentença atinge ou não esses ou aqueles sujeitos (alcance subjetivo), ou que atinge ou não essa ou aquela questão fático-jurídica (alcance objetivo), mas é errôneo cogitar-se de sentença cujos efeitos não são verificados, a depender do território analisado" (REsp 1243887/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE

ESPECIAL, julgado em 19/10/2011, DJe 12/12/2011 - grifei).
7. Negou-se provimento ao apelo da ré. Deu-se provimento ao recurso do autor.

(Acórdão n.957106, 20140110891490APC, Relator: J.J. COSTA CARVALHO 2ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 29/06/2016, Publicado no DJE: 01/08/2016. Pág.: 146/177)

CÓDIGO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NA VIGÊNCIA DO NOVO DE PROCESSO CIVIL.

É certo que a norma processual entra em vigor imediatamente [tempus regit actum], nos termos do que dispõe o art. 1.046 do novo Código de Processo Civil. No entanto, sua aplicação imediata, no que se refere aos honorários advocatícios de sucumbência, encontra barreira em outro princípio, qual seja, a segurança jurídica. Ora, quando se ingressa com uma demanda judicial a parte é informada [assim espera-se esse comportamento de seu causídico] dos riscos da demanda, seja no caso de êxito ou não.

Assim, a parte foi informada a respeito das regras de honorários de sucumbência que vigiam no antigo Código de Processo Civil, hoje totalmente reformulada.

Para evitar surpresas indesejadas, para as ações ajuizadas antes da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, aplica-se a regra antiga, no que tange aos honorários sucumbenciais.

Nesse sentido o STJ editou o enunciado administrativo nº 7 que diz: "Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC".

Nesse sentido o TJDF já se manifestou. Confira:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PUBLICAÇÃO DE VÍDEO NA INTERNET DURANTE CAMPANHA ELEITORAL PARA O PROVIMENTO DE CARGOS DE DIREÇÃO NA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL. ANIMUS INJURIANDI DO RÉU. CONSTATAÇÃO. AUSÊNCIA. DECLARAÇÕES PROFERIDAS NO ÂMBITO DA CONTENDA ELEITORAL, DESPROVIDAS DE CUNHO DIFAMATÓRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. INEXISTÊNCIA. MEROS DISSABORES E CONTRATEMPOS. FATOS INERENTES À VIDA EM SOCIEDADE. AUSÊNCIA DE PROVA DA PERTURBAÇÃO DA ESFERA ANÍMICA DO SUPOSTO LESADO. RECURSO DO AUTOR DESPROVIDO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INEXISTÊNCIA. MERO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. REDIMENSIONAMENTO À LUZ DO CPC/2015. IMPOSSIBILIDADE. ARBITRAMENTO EM CONFORMIDADE COM A COMPLEXIDADE DA CAUSA. RECURSO ADESIVO DESPROVIDO.

[...]

Em respeito ao ato jurídico perfeito e à segurança jurídica, ao perdedor da demanda devem ser cominadas as consequências sucumbenciais esperadas na ocasião do seu ingresso em juízo

*[destaque inexistente no original].
Tendo sido os honorários fixados em conformidade com a complexidade da causa apresentada, não há que se cogitar a alteração de aludida verba, posto que estipulada em consonância com o grau de zelo do profissional, o local da prestação dos serviços, a natureza e importância da causa, considerando, ainda, o trabalho realizado pelo causídico e o tempo exigido para desempenhá-lo.*

*Recurso adesivo desprovido.
(Acórdão n.961824, 20150111284715APC, Relator: CARMELITA BRASIL 2ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 24/08/2016, Publicado no DJE: 26/08/2016. Pág.: 232/248)*

Forte nessas razões julgo PROCEDENTE EM PARTE O PEDIDO formulado pela parte autora, e assim o faço com resolução do mérito nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil para:

1. OBRIGAR a requerida a estender suas promoções a todos os assinantes de seus serviços;

2. CONDENAR a requerida a divulgar em seu sítio eletrônico que todas as promoções destinam-se a assinantes e novos clientes;

E por fim, confiro a essa decisão força vinculante em todo o território nacional. Em face da sucumbência recíproca e não equivalente, condeno a parte requerida no pagamento de 70% das custas processuais. Sem honorários pelo fato do Ministério Público do Distrito Federal ocupar o polo ativo da demanda. Publique-se. Intimem-se. Sentença registrada eletronicamente. Dê ciência pessoal ao Ministério Público do Distrito Federal da sentença prolatada.

Sentença proferida em atuação no Núcleo Permanente de Gestão de Metas do Primeiro Grau - NUPMETAS-1. Brasília-DF, quinta-feira, 6 de outubro de 2016 - 16:13

MATHEUS STAMILLO SANTARELLI ZULIANI
Juiz de Direito Substituto.