

5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ARAGUAÍNA/TO
- DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA, DO CONSUMIDOR E DA CIDADANIA-
Av. Neif Murad, Chácara 47-A, Setor Noroeste - CEP 77804-180 - Tel.: (63) 3414-8509

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR(A) JUIZ(A) DE DIREITO DA ____ VARA CÍVEL DA
COMARCA DE ARAGUAÍNA - TO**

Autos de Origem: ICP nº 003/2011 – 5PJ/ARN

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS**, por sua Promotora de Justiça subscritora, com base nos artigos 5º, inciso XXXII, 127, *caput*, e 129, inciso III, 170, inciso V, da Constituição Federal; nos artigos 1º, inciso II, 3º, 5º *caput*, da Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e no artigos 81, parágrafo único, inciso III e art. 82, inciso I, da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, ajuizar

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA em DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS
HOMOGÊNEOS**

de tutela inibitória positiva de abatimento proporcional do preço dos serviços com pedido de antecipação dos efeitos da tutela cumulada com pedido de indenização por danos materiais e morais coletivos, em desfavor de:

TIM CELULAR S.A., pessoa jurídica de direito privado, CNPJ

Araína Cesárea Ferreira dos Santos D'Alessandro
Promotora de Justiça

5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ARAGUAÍNA/TO

- DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA, DO CONSUMIDOR E DA CIDADANIA -

Av. Neif Murad, Chácara 47-A, Setor Noroeste - CEP 77804-180 - Tel.: (63) 3414-8509

04.206.050/0001-80 – NIRE: 35.300.182.910, com na Avenida Giovani Gronchi, nº 7143, São Paulo/SP, pelos fundamentos de fato e de direito que se passa a expor:

1. DOS FATOS

Na cidade de Araguaína é público e notório que o serviço de telefonia celular prestado pela operadora **TIM CELULAR S.A.**, ora requerida, é de péssima qualidade, posto que com grande frequência os telefones celulares encontram-se indisponíveis para receber e efetuar ligações (fora de área) e, em outras oportunidades, quando estão disponíveis para realizar e receber ligações a transmissão da voz é truncada, sendo, pois, ininteligível para os interlocutores, e com mais frequência ainda há queda de sinal no meio das ligações.

Em razão disso, o Ministério Público do Estado do Tocantins recebeu representação no dia 10 de março de 2011, do Sr. Octahydes Ballan Junior, o qual informou que as ligações da empresa TIM padeciam de sérios problemas de interrupção, acarretando prejuízo indevido, vez que a ligação tem um custo fixo de 25 (vinte e cinco) centavos, independente do tempo, mas para que uma conversa seja completada é necessária nova ligação (fls. 12), o qual culminou na abertura do Inquérito Civil Público nº 03/2011.

O PROCON do Tocantins, através de sua superintendência informou que após levantamento junto ao SINDEC no período de 01/01/2005 a 15/06/2011 consta registradas 424 reclamações individuais contra a empresa de telefonia TIM Celular S/A, por isso fora recomendada ao núcleo regional de Araguaína – TO abertura de reclamação coletiva contra a empresa (fls.49/50).

Araína Cesárea Ferreira dos Santos D'Alessandro
Promotora de Justiça

5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ARAGUAÍNA/TO

- DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA, DO CONSUMIDOR E DA CIDADANIA -

Av. Neif Murad, Chácara 47-A, Setor Noroeste - CEP 77804-180 - Tel.: (63) 3414-8509

A ANATEL respondeu as solicitações do Ministério Público informando que havia instaurado Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações – PADO nº. 53504.026837/2010, que se encontrava em fase de instrução e análise, sendo que caso comprovadas as irregularidades constatadas pela fiscalização, serão aplicadas as penalidades previstas na Lei nº 9472/97.

Em resposta a solicitações da ANATEL a empresa TIM S.A informou que a Meta de Qualidade para o Serviço Móvel Pessoal – PGMQ-SMP estava sendo cumprida, obedecendo a tolerância de deficiências de serviço (fls. 287/288).

O Representante, Sr. Octayhdes Ballan Junior, apresentou novos documentos visando instruir o procedimento, com informações veiculadas pela imprensa onde a agência reguladora ANATEL acusou a empresa TIM de derrubar o sinal propositalmente (fls.298/300).

Em 31 de julho de 2012, a ANATEL, por meio do ofício nº 431/2012, informou que com base nas investigações realizadas que retornaram com a verificação da má-prestação dos serviços pelas operadoras de telefonia móvel, fora necessária adotar providências mais rigorosas, sendo **“expedidas Medidas Cautelares, com o objetivo de garantir a prestação adequada dos serviços, especificamente quanto ao completamento e interrupção de chamadas e conseqüentemente, reduzir o número de reclamações contra as empresas”** (fls. 301).

Nesse sentido, cumpre frisar que segundo a ANATEL a medida

5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ARAGUAÍNA/TO
- DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA, DO CONSUMIDOR E DA CIDADANIA -
Av. Neif Murad, Chácara 47-A, Setor Noroeste - CEP 77804-180 - Tel.: (63) 3414-8509

tomada no **Estado do Tocantins foi a suspensão de comercialização de novos acessos da empresa TIM** (fls. 302).

Por meio do ofício 405/2013, a ANATEL informou que a suspensão de venda de novos pontos de acessos tinha sido revogada após o plano de investimento ter sido apresentado pelas operadoras de telefonia, entre as quais a TIM S.A.

A ANATEL enviou nota técnica para esta Promotoria de Justiça, informando que está tomando as providências necessárias para resguardar a qualidade dos serviços prestados pelas cessionárias de telefonia, oportunidade na qual prestou dados sobre as características da cobertura de telefonia móvel na cidade de Araguaína (fls.353/356V),

Nesse sentido, é imperioso ressaltar que o anexo 6.2 traz dados sobre a interrupção dos serviços da operadora TIM na cidade de Araguaína, no período entre fevereiro e novembro de 2013, tendo sido verificadas enormes falhas de sistemas que chegaram a interromper o serviço por um dia inteiro, como ocorrido em 21/06/2013 (fls.360).

Assim sendo, são inúmeras as oportunidades em que o serviço pago pelos consumidores pode não ser satisfatoriamente usufruído ou, mais que isso, não são usufruídos.

Conclui-se, pois que há evidente **vício de qualidade** na prestação de serviços de telefonia celular aos consumidores que se encontram nas cidades de Araguaína.

Mesmo diante do vício da qualidade no serviço, porém, os

5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ARAGUAÍNA/TO

- DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA, DO CONSUMIDOR E DA CIDADANIA -

Av. Neif Murad, Chácara 47-A, Setor Noroeste - CEP 77804-180 - Tel.: (63) 3414-8509

consumidores vêm pagando pelo serviço como se ele estivesse sendo adequadamente prestado, o que caracteriza patente violação às normas de defesa do consumidor (situação de ilicitude).

Diante desse fato é que o Ministério Público ajuíza a presente Ação Civil Pública para obter o respeito às normas de proteção ao consumidor, visando o abatimento proporcional do preço dos serviços cobrados, bem como da indenização dos danos materiais sofridos pelo consumidor em decorrência do vício de qualidade no serviço prestado pela requerida, além do dano moral coletivo causado à sociedade.

2. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2.1. Da caracterização da relação de consumo e dos interesses homogêneos com interesse social

Todas as pessoas, físicas ou jurídicas, que possuem aparelhos celulares cuja prestadora de serviços é a empresa **TIM CELULAR S.A.**, ora requerida, enquadram-se visivelmente no conceito de consumidor, trazido pelo art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, posto que são pessoas que utilizam os serviços de telefonia celular como destinatários finais, sendo que a requerida é fornecedora, por ser pessoa jurídica de direito privado que desenvolve atividade de prestação de serviços de telefonia celular (CDC, art. 3º).

5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ARAGUAÍNA/TO

- DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA, DO CONSUMIDOR E DA CIDADANIA -

Av. Neif Murad, Chácara 47-A, Setor Noroeste - CEP 77804-180 - Tel.: (63) 3414-8509

Ressalte-se que os interesses que o Ministério Público - com legitimação extraordinária (ou autônoma, como preferem alguns doutrinadores) - ora vem buscar a tutela são os chamados **interesses individuais homogêneos** (CDC, art. 81, III), posto que eles decorrem de origem comum (relação de consumo com a requerida), são individuais (pode-se identificar cada consumidor) e são divisíveis (pode-se identificar o dano a cada consumidor).

Além disso, verifica-se que - muito embora a discussão trate de direito individual homogêneo - resta evidente o **interesse social** na presente demanda (CF, art. 127, *caput*), diante do grande reflexo negativo no tecido social das cidades da Lapa e de Contenda que a omissão da requerida vem causando, além da relevância e importância que o serviço de telefonia móvel tem nas sociedades contemporâneas.

2.2. Da tutela inibitória positiva

2.2.1. Da natureza e função da tutela inibitória positiva (CPC, art. 461 e CDC, art. 84).

A chamada tutela inibitória é um dos mais modernos instrumentos de **efetivação da tutela jurisdicional**, tendo sido consagrada pelo art. 461 do Código de Processo Civil (também é trazida pelo art. 84 do CDC), que tem a seguinte redação, *verbis*:

“Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará

5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ARAGUAÍNA/TO

- DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA, DO CONSUMIDOR E DA CIDADANIA -

Av. Neif Murad, Chácara 47-A, Setor Noroeste - CEP 77804-180 - Tel.: (63) 3414-8509

providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.”
(grifou-se)

5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ARAGUAÍNA/TO

- DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA, DO CONSUMIDOR E DA CIDADANIA -

Av. Neif Murad, Chácara 47-A, Setor Noroeste - CEP 77804-180 - Tel.: (63) 3414-8509

A tutela inibitória traz um novo paradigma para o direito processual civil, abandonando-se o excessivo apego à vetusta reparação do dano, para concentrar-se na **prevenção e cessação do ilícito**.

Ninguém melhor do que Luis Guilherme Marinoni e o co-autor Sérgio Cruz Arenhart¹, para explicar o tema, *verbis*:

“é necessário isolar uma tutela contra o ilícito (compreendido como ato contrário ao direito), requer-se a reconstrução do conceito de ilícito, que não pode mais ser compreendido como sinônimo de fato danoso.

A tutela inibitória é essencialmente preventiva, pois é sempre voltada para o futuro, destinando-se a impedir a prática de um ilícito, sua repetição ou continuação.

(...)

A tutela inibitória não tem o dano entre seus pressupostos. O seu alvo, como já foi dito, é o ilícito.

É preciso deixar claro que o dano é uma consequência meramente eventual do ato contrário ao direito. O dano é requisito indispensável para a configuração da obrigação ressarcitória, mas não para a constituição do ilícito.

Se o ilícito independe do dano, deve haver uma tutela contra o ilícito em si, e assim uma tutela preventiva que tenha como

¹MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do Processo do Conhecimento. 3ª ed., 2004, p. 485

5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ARAGUAÍNA/TO

- DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA, DO CONSUMIDOR E DA CIDADANIA -

Av. Neif Murad, Chácara 47-A, Setor Noroeste - CEP 77804-180 - Tel.: (63) 3414-8509

pressuposto a probabilidade do ilícito, compreendido como o ato contrário ao direito.” (grifou-se)

Uma vez compreendido o conceito de tutela inibitória, cumpre salientar uma de suas principais funções, a prevenção do dano e a **remoção do ilícito**, como garantia do respeito às normas jurídicas.

Para melhor compreensão do tema, trazemos à colação, novamente, os ensinamentos dos autores acima citados, *verbis*:

“(…) as normas que, visando garantir determinados bens, vedam certos atos, têm função preventiva. Portanto, se essas normas objetivam garantir bens imprescindíveis à vida social, é claro que sua violação, por si só, implica em transgressão que deve ser imediatamente corrigida. Nas situações em que uma dessas normas é violada, não importa o ressarcimento do dano (não só porque dano pode ainda não ter ocorrido, como também porque a pretensão à correção do ato contrário ao direito é independente da pretensão do ressarcimento do dano) e a punição do violador da norma. O que realmente interessa é dar efetividade à norma não observada.” (grifou-se)

2MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do Processo do Conhecimento. 3ª ed., 2004, p. 495 e 496

5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ARAGUAÍNA/TO

- DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA, DO CONSUMIDOR E DA CIDADANIA -

Av. Neif Murad, Chácara 47-A, Setor Noroeste - CEP 77804-180 - Tel.: (63) 3414-8509

Ora, a tutela inibitória, como visto, é o meio processual que se amolda perfeitamente ao caso em exame, pois o que pretende o Ministério Público é coibir a continuação da cobrança **ilegal** (cessação do ilícito) do preço integral por um serviço que não está sendo prestado integralmente.

Registre-se, ainda, que existem duas modalidades de tutela inibitória: **a) a tutela inibitória positiva e b) a tutela inibitória negativa**. A **primeira**, presta-se para inibir o ilícito, demanda uma **atitude positiva** do requerido, uma obrigação de fazer para cessar ou evitar o ilícito. Já a **segunda**, exige uma abstenção, negação, na prática de determinada atividade para cessar ou evitar a prática do ilícito.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, ao comentar o art. 461 do Código de Processo Civil³, que trata da tutela inibitória, asseveram que, *verbis*:

“Destinada a impedir, de forma imediata e definitiva a violação de um direito, ação inibitória positiva (obrigação de fazer) ou negativa (obrigação de não fazer), ou, ainda, para a tutela de obrigações de entrega de coisa (CPC, art. 461-A), é preventiva e tem eficácia mandamental. A sentença inibitória prescinde de posterior e seqüencial processo de execução para ser efetivada no mundo fático, pois seus efeitos são de execução *latu sensu* (Nery, Prefácio ao livro de Spadoni. Ação Inibitória, p. 9). É forma de tutela preventiva (tutela cautelar, tutela antecipada e tutela

³(JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 7ª ed., 2003, pág. 781)

5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ARAGUAÍNA/TO

- DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA, DO CONSUMIDOR E DA CIDADANIA -

Av. Neif Murad, Chácara 47-A, Setor Noroeste - CEP 77804-180 - Tel.: (63) 3414-8509

inibitória), com ela não se confundindo. Seu objetivo é impedir, de forma direta e principal, a violação ao direito material da parte. É providência judicial que veda, de forma definitiva, a prática de ato contrário aos deveres estabelecidos pela ordem jurídica, ou ainda sua continuação ou repetição. (Spadoni, Ação Inibitória, n. 1.2.3, pp 29/30)” (grifou-se)

Estando, agora, bem clara a natureza e a função da **tutela inibitória positiva**, verifica-se que esse é o instrumento processual idôneo para fazer **cessar** a prática de **cobrança integral** por serviço com **vício de qualidade**, devendo-se impor à **TIM CELULAR S.A.** a **obrigação de abater proporcionalmente o preço** cobrado pelo serviço.

2.2.2.DA IMPOSIÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE ABATIMENTO PROPORCIONAL DOS PREÇOS.

Conforme narrado na exposição fática, há **vício de qualidade nos serviços** de telefonia celular prestados pela requerida **TIM S.A.**, posto que a utilização de telefone celular, vinculadas à operadora requerida, **raramente é satisfatória.**

Sobre o vício na qualidade dos serviços essa é a lição de Zelmo Denari⁴, *verbis*:

“Os serviços padecem de vício de qualidade quando são impróprios ao consumo, ou seja, quando se mostram

⁴GRINOVER, Ada Pelegrini, et alli. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto. 8a ed., 2004, pág. 211

5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ARAGUAÍNA/TO
- DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA, DO CONSUMIDOR E DA CIDADANIA-
Av. Neif Murad, Chácara 47-A, Setor Noroeste - CEP 77804-180 - Tel.: (63) 3414-8509

inadequados para os fins que deles se esperam ou não atendam às normas regulamentares de prestabilidade (cf. § 2º).” (grifou-se)

Na espécie, a requerida, ao não disponibilizar equipamentos suficientes para possibilitar uma boa comunicação telefônica, via celular, oferece **serviço** que se mostra **inadequado ao fim** que dele se espera.

Ademais, ao prestar um serviço de precária qualidade **viola as normas legais e regulamentares** sobre a prestação dos serviços de telefonia celular (caracterização da ilicitude da conduta), conforme se verifica da leitura do art. 6º da Lei n. 8.987/95, *in fine*:

“Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:
I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das

5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ARAGUAÍNA/TO

- DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA, DO CONSUMIDOR E DA CIDADANIA -

Av. Neif Murad, Chácara 47-A, Setor Noroeste - CEP 77804-180 - Tel.: (63) 3414-8509

instalações; e,

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade;” (grifou-se)

Além da violação legal, há violação, também, das normas regulamentares, como se verifica do item 5.3.3. da Norma Geral de Telecomunicações - NGT, n. 20/96 (Serviço Móvel Celular - SMC), *verbis*:

“5.3.3. Prestação Adequada do Serviço

5.3.3.1. A Concessionária de SMC é obrigada a prestá-lo de forma adequada, segundo critérios, indicadores, índices e parâmetros fixados pelo Ministério das Comunicações, observado o art. 6 da Lei 8987, de 13 de fevereiro de 1995, e seus parágrafos. (sublinhamos)

Além disso, assim dispõe a Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472/97), em seu art. 3º, *verbis*:

“Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:

I - de acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza, em qualquer ponto do território nacional;” (sublinhamos)

Caracterizada está a ilicitude na cobrança integral do preço pela prestação de um serviço cuja qualidade é viciada.

5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ARAGUAÍNA/TO
- DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA, DO CONSUMIDOR E DA CIDADANIA-
Av. Neif Murad, Chácara 47-A, Setor Noroeste - CEP 77804-180 - Tel.: (63) 3414-8509

Tal vício de qualidade constitui, como acima transcrito, um ilícito, que deve ser debelado com a finalidade de se restabelecer o equilíbrio entre prestação e contraprestação.

Em casos que tais o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 20, inciso III, prevê a possibilidade do abatimento proporcional do preço, *verbis*:

“Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - (...);

II - (...);

III - o abatimento proporcional do preço.” (grifamos)

Como visto, está perfeitamente configurado o substrato fático idôneo a autorizar que se proceda o abatimento proporcional do preço cobrado pela prestação dos serviços de telefonia celular da requerida, evitando-se, assim, a continuidade do ilícito.

Destarte, em eventual sentença de procedência do pedido formulado, deve ser imposto à requerente a obrigação de abater proporcionalmente o preço cobrado pela prestação de serviço, na proporção da qualidade do serviço.

5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ARAGUAÍNA/TO

- DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA, DO CONSUMIDOR E DA CIDADANIA -

Av. Neif Murad, Chácara 47-A, Setor Noroeste - CEP 77804-180 - Tel.: (63) 3414-8509

A telefonia celular, como é sabido, trabalha com duas espécies de 'planos de pagamento': a) pagamento pós-pago; e b) pagamento pré-pago.

O abatimento do preço, segundo sugestão do Ministério Público, deve ser feito da seguinte maneira.

a) **Pagamento pós-pago:** Deve ser imposta à requerida a obrigação de abater proporcionalmente o valor que seria cobrado do consumidor que se utilize dos serviços de telefonia celular na cidade de Araguaína – TO.

b) **Pagamento pré-pago:** Deve ser imposta à requerida a obrigação de conceder proporcionalmente crédito superior que ao lhe seria concedido ao consumidor que se utilize dos serviços de telefonia celular na cidade de Araguaína – TO.

Ressalte-se que tecnicamente é perfeitamente possível a identificação de quais os consumidores estão na cidade de Araguaína.

Isto porque, operando a central comutadora MSC em conjunto com a central controladora (BSC) é possível definir áreas específicas de tarifação diferenciada, ou seja, é possível identificar qual a área em que o usuário está realizando e recebendo suas chamadas, seja no plano pré-pago seja no plano pós-pago e, assim, fazer o abatimento proporcional do preço.

Frise-se que, durante a instrução processual, deverá ser provado (pela requerida, conforme item sobre a inversão do ônus da prova a seguir) qual o grau de

5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ARAGUAÍNA/TO
- DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA, DO CONSUMIDOR E DA CIDADANIA-
Av. Neif Murad, Chácara 47-A, Setor Noroeste - CEP 77804-180 - Tel.: (63) 3414-8509

performance das ligações realizadas na cidade de Araguaína - TO, identificando-se, assim, o volume de quebra de chamada e a qualidade do serviço prestado.

É de rigor, pois, a imposição de obrigação de abater o preço dos serviços prestados, sob pena de cominação de multa diária, por descumprimento e a cada descumprimento.

2.3. Das indenizações por dano material e por dano moral coletivo.

2.3.1. Da indenização pelas perdas e danos sofridos pelo consumidor (do dano material)

A má prestação dos serviços de telefonia realizados pela requerida TIM CELULAR S.A gera, também, danos materiais aos consumidores, inclusive pelo pagamento por serviços não prestados adequadamente.

No caso, também, é possível aplicar o inciso II, do art. 20 do Código de Defesa do Consumidor, que tem a seguinte redação, *verbis*:

"Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ARAGUAÍNA/TO

- DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA, DO CONSUMIDOR E DA CIDADANIA -

Av. Neif Murad, Chácara 47-A, Setor Noroeste - CEP 77804-180 - Tel.: (63) 3414-8509

I - (...)

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - (...);"

Além disso, a Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472/97), prevê em seu art. 3º, *in fine*:

“Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:

(...)

XII – à reparação dos danos causados pela violação de seus direitos.”

Nesse sentido, também é a alínea ‘e’, do item 3 a Resolução 39/284, de 10.04.195, da Organização das Nações Unidas (ONU), *verbis*:

“3. As normas servirão para atingir as seguintes necessidades:

(...)

e) criar a possibilidade de real ressarcimento do consumidor.”

Ressalte-se que para que se julgue procedente o presente pedido de indenização ter-se-á que provar tão-somente o vício na prestação do serviço (omissão na prestação de serviço de qualidade).

Isto porque, é prescindível a prova da culpa (elemento subjetivo),

5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ARAGUAÍNA/TO

- DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA, DO CONSUMIDOR E DA CIDADANIA -

Av. Neif Murad, Chácara 47-A, Setor Noroeste - CEP 77804-180 - Tel.: (63) 3414-8509

posto que a responsabilidade da requerida é objetiva (CDC, art. 14).

Frise-se, ainda, que não se deverá provar o dano e o nexo causal no processo de conhecimento, pois este deve ser provado em eventual liquidação da sentença a ser feito individualmente pelos consumidores, eventualmente, prejudicados.

Desse modo, os consumidores individualmente lesados poderão, em fase de execução de eventual sentença condenatória, liquidar e identificar os danos causados a eles, conforme dispõem os artigos 95 e 97 do Código de Defesa do Consumidor, *in fine*:

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

(...)

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.”

Em caso de liquidação de eventual sentença julgando procedente pedido de reparação de dano material em direito individual homogêneo, ocorre o seguinte, conforme leciona Hugo Nigro Mazzilli⁵, *in fine*:

“No processo de liquidação de sentença que tenha reconhecido danos a interesses individuais homogêneos, deverá ser provado que

⁵MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos Interesses Difusos em Juízo – Meio Ambiente, Consumidor, Patrimônio Cultural, Patrimônio Público e outros interesses. Saraiva, 17ª ed., 2004, pág. 460

5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ARAGUAÍNA/TO

- DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA, DO CONSUMIDOR E DA CIDADANIA -

Av. Neif Murad, Chácara 47-A, Setor Noroeste - CEP 77804-180 - Tel.: (63) 3414-8509

as vítimas ou sucessores sofreram efetivamente danos por cuja responsabilidade foi a ré condenada no processo de conhecimento. Como, para isso, haverá necessidade de alegar e provar fato novo (p. ex., a ocorrência dos danos emergentes e lucros cessantes), aqui a liquidação será necessariamente feita por artigos.” (grifou-se)

É de se advertir que a reparação do dano material não se confunde com o abatimento proporcional do preço pedido no item anterior. Isto porque, o abatimento proporcional refere-se ao futuro (tutela inibitória positiva com o fim de fazer cessar o ilícito), já a reparação dos danos materiais diz respeito aos danos ocorridos no passado.

2.3.2. DO DANO MORAL COLETIVO

A conduta da requerida TIM CELULAR S.A. acarretou, ainda, dano moral coletivo.

Sobre o tema, magistral a lição de André de Carvalho Ramos, citado em petição inicial de Ação Civil Pública em defesa dos consumidores proposta pelo ilustre Procurador da República, João Bosco Araújo Fontes Júnior, do Ministério Público Federal de Aracajú, *ipsis litteris* :

“O Direito Brasileiro encontra-se em fase de aceitação e ampliação da responsabilidade pelo dano moral. De fato, vislumbra-se cada vez mais a pacificação do tema do cabimento de indenização por dano

5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ARAGUAÍNA/TO

- DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA, DO CONSUMIDOR E DA CIDADANIA -

Av. Neif Murad, Chácara 47-A, Setor Noroeste - CEP 77804-180 - Tel.: (63) 3414-8509

moral na doutrina e na jurisprudência. (...) Para tanto, deve-se abordar o papel da tutela coletiva dos direitos e a dimensão indivisível de uma série de ofensas, as quais, se não fosse pela necessidade de reparação coletiva, ficariam sem a resposta do ordenamento jurídico. (...) Aceitar a reparabilidade de dano moral difuso ou coletivo é aceitar o conceito de um patrimônio moral transindividual (...)

Com a aceitação da reparabilidade do dano moral, verifica-se a possibilidade de sua extensão ao campo dos chamados interesses difusos e coletivos. Como decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, fiel à concepção de honra e dano moral, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11. 08.1990), quando coloca, em seu art. 6º, VI, entre os direitos básicos do consumidor (toda pessoa física ou jurídica), a efetiva reparação de danos patrimoniais e morais individuais, coletivos e difusos.

Tal entendimento dos Tribunais com relação às pessoas jurídicas é o primeiro passo para que se aceite a reparabilidade do dano moral em face de uma coletividade, que, apesar de ente despersonalizado, possui valores morais e um patrimônio ideal que merece proteção. Destarte, com a aceitação da reparabilidade do dano moral em face de entes diversos das pessoas físicas, verifica-se a possibilidade de sua extensão ao campo dos chamados interesses difusos e coletivos.

As lesões aos interesses difusos e coletivos não somente geram danos materiais, mas também podem gerar danos morais. O ponto-chave para a aceitação do chamado dano moral coletivo está na ampliação de seu conceito, deixando de ser o dano moral um equivalente da dor psíquica, que seria exclusividade de pessoas físicas.

5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ARAGUAÍNA/TO

- DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA, DO CONSUMIDOR E DA CIDADANIA -

Av. Neif Murad, Chácara 47-A, Setor Noroeste - CEP 77804-180 - Tel.: (63) 3414-8509

Não somente a dor psíquica que pode gerar danos morais. Qualquer abalo no patrimônio moral de uma coletividade também merece reparação. Devemos ainda considerar que o tratamento transindividual aos chamados interesses difusos e coletivos origina-se justamente da importância destes interesses e da necessidade de uma efetiva tutela jurídica. Ora, tal importância somente reforça a necessidade de aceitação do dano moral coletivo, já que a dor psíquica que alicerçou a teoria do dano moral individual acaba cedendo lugar, no caso do dano moral coletivo, a um sentimento de despreço e de perda de valores essenciais que afetam negativamente toda uma coletividade.

Imagine-se o dano moral gerado por propaganda enganosa ou abusiva. O consumidor em potencial sente-se lesionado e vê aumentar seu sentimento de desconfiança na proteção legal do consumidor, bem como no seu sentimento de cidadania.

Assim, é preciso sempre enfatizar o imenso dano moral coletivo causado pelas agressões aos interesses transindividuais. Afeta-se a boa-imagem da proteção legal a estes direitos e afeta-se a tranquilidade do cidadão que se vê em verdadeira selva, onde a lei do mais forte impera.

Tal intranquilidade e sentimento de despreço gerado pelos danos morais coletivos, justamente por serem indivisíveis, acarreta lesão moral que também deve ser reparada coletivamente.

A reparação moral deve se utilizar dos mesmos instrumentos da reparação material, já que os pressupostos (dano e nexos causal) são os mesmos. A destinação

5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ARAGUAÍNA/TO

- DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA, DO CONSUMIDOR E DA CIDADANIA -

Av. Neif Murad, Chácara 47-A, Setor Noroeste - CEP 77804-180 - Tel.: (63) 3414-8509

de eventual indenização deve ser o Fundo Federal de Interesses Difusos, que será responsável pela utilização do montante para a efetiva reparação deste patrimônio moral lesado.

Com isso, vê-se que a coletividade é passível de ser indenizada pelo abalo moral, o qual, por sua vez, não necessita ser a dor subjetiva ou estado anímico negativo, que caracterizariam o dano moral na pessoa física, podendo ser o desprestígio do serviço público, do nome social, a boa-imagem de nossas leis, ou mesmo o desconforto da moral pública, que existe no meio social. Há que se lembrar que não podemos opor a essa situação a dificuldade de apuração do justo ressarcimento.

O dano moral é incomensurável, mas tal dificuldade não pode ser óbice à aplicação do direito e sua justa reparação. Deve servir, pois, de desafio ao juiz, o qual poderá utilizar as armas do art. 5º da LICC e do art.125 do diploma processual civil. O ‘non liquet’ neste caso urge ser afastado.

A ação civil pública, tal como presentemente concebida e desde que bem interpretada, destina-se a ser um dos mais importantes – e talvez o mais eficiente – instrumentos de defesa de interesses difusos ou coletivos, pela abrangência de opções que oferece. A segurança e a tranquilidade de todos os indivíduos – assim como o sentimento de cidadania – são bruscamente atingidos quando o patrimônio moral de uma coletividade é lesado, sem que haja qualquer direito à reparação desta lesão.

Desta forma, impende lembrar que há expressa previsão de dano moral nas leis de tutela coletiva do Brasil. De fato, o prejuízo moral – que segue paralelo ao dano material – há de ser ressarcido, na modalidade de dano moral, conforme previsto no inc.

5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ARAGUAÍNA/TO

- DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA, DO CONSUMIDOR E DA CIDADANIA -

Av. Neif Murad, Chácara 47-A, Setor Noroeste - CEP 77804-180 - Tel.: (63) 3414-8509

V do art. 1º da Lei n. 7.347/85.

O Código de Defesa do Consumidor, por seu turno, também contempla a indenização por dano moral, nos incs. VI e VII do art. 6º, escudado pela previsão de nossa Carta de 1988, na dicção do inc. V do art. 5º.

Segundo o citado artigo do Código de Defesa do Consumidor, são direitos básicos do Consumidor, dentre outros, a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais, morais, individuais, coletivos e difusos, e o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados.

Em primeiro lugar, podemos ver que o dano moral é reparável como resposta civil pela agressão ao patrimônio moral, sendo que a cumulação de indenizações por fato único, com repercussões materiais e morais deve ser vista como justa e absolutamente constitucional.

Quanto à prova, verifico que o dano moral já é considerado como verdadeira presunção absoluta. O ataque a valores de uma comunidade, além dos danos materiais que gera, acarreta indiscutível necessidade de reparação moral na ação coletiva. Isso porque, tal qual o dano coletivo material, o dano moral coletivo só é tutelado se inserido nas lides coletivas. Configurando-se o dano moral coletivo indivisível (quando gerado por ofensas aos interesses difusos e coletivos de uma comunidade) ou divisível (quando gerado por ofensa aos interesses individuais homogêneos), em todos os casos somente a tutela

5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ARAGUAÍNA/TO
- DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA, DO CONSUMIDOR E DA CIDADANIA -
Av. Neif Murad, Chácara 47-A, Setor Noroeste - CEP 77804-180 - Tel.: (63) 3414-8509

macro-individual garantirá uma efetiva reparação do bem jurídico tutelado.

Do exposto, observamos que, também como o dano coletivo material, o dano moral coletivo implica em uma necessidade de reparação por instrumentos processuais novos. Se estes instrumentos não forem aplicados, o dano moral coletivo não será reparado e a violação dos valores ideais da comunidade diminuirá o sentimento de autoestima de cada um dos indivíduos dela componentes, com conseqüências funestas para o desenvolvimento da nação.

As dificuldades advindas da subjetividade dos parâmetros a serem fixados não devem constituir motivo para a inexistência do direito, em face desse fundamento. Por outro lado, a finalidade da reparação dos danos extra-patrimoniais não se assenta em fatores de reposição, senão de compensação.

Em face das tradicionais críticas quanto à valoração do prejuízo moral, cabe ao magistrado estimar o valor da reparação de ordem moral, adotando os critérios de razoabilidade, proporcionalidade e, principalmente, o fator de desestímulo que a indenização por dano moral acarreta.

As indenizações por dano moral coletivo serão fundamentais para demonstrar ao brasileiro o verdadeiro valor do seu patrimônio moral, que merece proteção judicial.

Ora, os cidadãos de Araguaína sentem-se desprestigiados, tendo a sensação de que vivemos numa sociedade em que as leis de defesa ao consumidor são

5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ARAGUAÍNA/TO

- DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA, DO CONSUMIDOR E DA CIDADANIA -

Av. Neif Murad, Chácara 47-A, Setor Noroeste - CEP 77804-180 - Tel.: (63) 3414-8509

meramente formais, não alcançando qualquer resultado prático. Sentem-se os cidadãos desamparados e, o mais grave, sem esperança nas instituições democráticas e no poder constituído. É frustrante ver que, na prática, o poder econômico revoga leis e a própria Constituição Federal. O dano à moral coletiva fica evidente com afrontas como essas à dignidade do consumidor e ao sentimento de justiça e de credibilidade das instituições democráticas constituídas.

É de salientar que a requerida é um braço da Telecom Itália Móvel, que é uma das maiores empresas de telefonia móvel do mundo. No Brasil, a TIM está presente desde 1998, está em mais de 3000 (três) mil cidades brasileiras e é a única operadora de telefonia móvel com pontos em todos os estados da Federação (informações retiradas do sítio da requerida: <www.tim.com.br/to/sobre-a-tim/institucional> acessado em 13/02/2014).

Tal poder econômico, todavia, não pode subjugar impunemente toda uma sociedade, gerando dano moral coletivo, que deve ser integralmente reparado.

Desse modo, resta perfeitamente caracterizado o dano moral coletivo, diante do que o Ministério Público requer a condenação da requerida ao pagamento de indenização a ser fixada de acordo com o prudente arbítrio do ilustre magistrado.

2.3.3. Da inversão do Ônus da prova

Sobre o tema da inversão do ônus da prova no Direito Consumerista

5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ARAGUAÍNA/TO

- DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA, DO CONSUMIDOR E DA CIDADANIA -

Av. Neif Murad, Chácara 47-A, Setor Noroeste - CEP 77804-180 - Tel.: (63) 3414-8509

veja-se a seguinte passagem da monografia de Cecília Matos, *verbis*:

"A prova destina-se a formar a convicção do julgador, que pode estabelecer com o objeto do conhecimento uma relação de certeza e dúvida. Diante das dificuldades próprias da reconstrução histórica, contenta-se o magistrado em alcançar não a verdade absoluta, mas a probabilidade máxima; a dúvida conduziria o julgador ao estado de *non liquet*, caso não fosse elaborada uma teoria de distribuição do ônus da prova. (...) Nesse enfoque, a Lei n. 8.078/90 prevê a facilitação da defesa do consumidor através da inversão do ônus da prova, adequando-se o processo à universalidade da jurisdição, na medida em que o modelo tradicional mostrou-se inadequado às sociedades de massa, obstando o acesso à ordem jurídica efetiva e justa. Fortaleceu sua posição através da associação de grupos, possibilitando a defesa da coletiva de seus interesses, além de sistematizar a responsabilidade objetiva e reformular os conceitos de legitimação para agir e conferir efeitos à coisa julgada *secundum eventm litis*. A inversão da prova é direito de facilitação da defesa e não pode ser determinada senão após o oferecimento e valoração da prova, se e quando o julgador estiver em dúvida. É dispensável caso forme sua convicção, nada impedindo que o juiz alerte, na decisão saneadora que, uma vez em dúvida, se utilizará das regras de experiência a favor do consumidor. Cada parte deverá nortear sua atividade probatória de acordo como interesse em oferecer as provas que embasam seu direito. Se não agir assim, assumirá o risco de

5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ARAGUAÍNA/TO
- DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA, DO CONSUMIDOR E DA CIDADANIA -
Av. Neif Murad, Chácara 47-A, Setor Noroeste - CEP 77804-180 - Tel.: (63) 3414-8509

sofrer desvantagem de sua própria inércia, com a incidência das regras de experiência a favor do consumidor."⁶

A inversão do ônus da prova vem prevista no inciso VIII, do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, *in fine*:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;”

Como se pode verificar há duas hipóteses alternativas (o que fica evidenciado pela conjunção alternativa ou) de inversão do ônus da prova: a) em caso de hipossuficiência; e b) em caso de verossimilhança da alegação;

No sentido de serem alternativas as hipóteses, veja-se a lição de Sérgio Cruz Arenhart⁷, *ipsis litteris*:

⁶ MATOS, Cecília. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, in Revista Direito do Consumidor, RT, jul./set., 1994

⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da Prova e Relações de Consumo. In Repensando o Direito do Consumidor. Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2005, pág. 103

5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ARAGUAÍNA/TO
- DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA, DO CONSUMIDOR E DA CIDADANIA-
Av. Neif Murad, Chácara 47-A, Setor Noroeste - CEP 77804-180 - Tel.: (63) 3414-8509

“Note-se que o preceito legal prevê situações distintas, não se podendo aceitar a orientação que vê a necessidade da conjugação de ambos os requisitos para a modificação em questão. De fato, há quem sustente que será sempre necessário que surja a verossimilhança da alegação do consumidor e a sua hipossuficiência (aliada àquela). A tese não pode ser admitida, já que o texto legal é claro em exigir apenas uma das situações descritas – sendo inviável, até mesmo para atender ao espírito do preceito, a conjugação de ambos os requisitos. Por outro lado, como se verá a seguir, apenas uma das hipóteses descritas corresponde, efetivamente, a situação em que haverá modificação do critério do ônus da prova.”

Na espécie, verifica-se estar perfeitamente caracterizado o requisito alternativo da **verossimilhança da alegação**, conforme se verifica da análise dos documentos juntados no inquérito civil, que instruem a presente petição inicial.

Ademais, a verossimilhança da alegação evidencia-se pelo fato de o **vício de qualidade no serviço** prestado pela requerida ser **público e notório**, o que dispensa a prova de tal alegação, conforme se verifica da leitura do inciso I, do art. 334, do Código de Processo Civil.

Sobre o tema – **inversão do ônus da prova** - veja-se os seguintes julgados do egrégio Tribunal de Justiça do Paraná e do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ARAGUAÍNA/TO

- DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA, DO CONSUMIDOR E DA CIDADANIA -

Av. Neif Murad, Chácara 47-A, Setor Noroeste - CEP 77804-180 - Tel.: (63) 3414-8509

“A regra contida no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que cogita da inversão do ônus da prova, tem a motivação de igualar as partes que ocupam posições não-isonômicas, sendo nitidamente posta a favor do consumidor, cujo acionamento fica a critério do juiz sempre que houver verossimilhança na alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência, por isso mesmo que exige do magistrado, quando de sua aplicação, uma aguçada sensibilidade quanto à realidade mais ampla onde está contido o objeto da prova cuja inversão vai operar-se” (RESP 140097/SP, julgado em 04.05.2000).”

(TJPR – Ag Instr 0118944-4 – (20498) – Curitiba – 4ª C.Cív. – Rel. Des. Dilmar Kessler – DJPR 03.06.2002)

“De acordo com a Lei (art. 6º, inc. VIII do CDC) a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, inclusive com a inversão do ônus da prova, tem em conta tanto a hipossuficiência, que pode ser técnica, quanto a verossimilhança da alegação. Requisitos in casu presentes. Provimento do agravo.”

(TJPR – Ag Instr 0121459-5 – (298) – Curitiba – 8ª C.Cív. – Rel. Juiz Conv. Antônio Renato Strapasson – DJPR 10.06.2002)

“PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR –

5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ARAGUAÍNA/TO

- DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA, DO CONSUMIDOR E DA CIDADANIA -

Av. Neif Murad, Chácara 47-A, Setor Noroeste - CEP 77804-180 - Tel.: (63) 3414-8509

**DEFESA DOS INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS
HOMOGENÊOS –(...) INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA –
IMPOSSIBILIDADE DA AÇÃO COLETIVA SUPERADA – (...)**

A regra contida no art. 6º/VII do Código de Defesa do Consumidor, que cogita da inversão do ônus da prova, tem a motivação de igualar as partes que ocupam posições não-isonômicas, sendo nitidamente posta a favor do consumidor, cujo acionamento fica a critério do juiz sempre que houver verossimilhança na alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência, por isso mesmo que exige do magistrado, quando de sua aplicação, uma aguçada sensibilidade quanto à realidade mais ampla onde está contido o objeto da prova cuja inversão vai operar-se. Hipótese em que a ré/recorrente está muito mais apta a provar que a nicotina não causa dependência que a autora/recorrida provar que ela causa. (...) Ação proposta contra companhias fabricantes de cigarros. **Recurso não conhecido.**”(STJ – RESP 140097 – SP – 4ª T. – Rel. Min. Cesar Asfor Rocha – DJU 11.09.2000 – p. 00252)

No presente caso, vislumbra-se que a requerida está muito mais apta a provar qual a **proporção da qualidade** (ou melhor, do vício) em que está sendo **prestado o serviço**, posto que é detentora de aparato tecnológico para tanto, bem como da inexistência de **dano material aos consumidores** e de **dano moral coletivo**.

5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ARAGUAÍNA/TO
- DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA, DO CONSUMIDOR E DA CIDADANIA -
Av. Neif Murad, Chácara 47-A, Setor Noroeste - CEP 77804-180 - Tel.: (63) 3414-8509

Assim, requer-se a **inversão do ônus da prova** relativamente: **a) à proporção da qualidade** do serviço prestado; **b) ao dano material aos consumidores**; e **c) ao dano moral coletivo**.

2.4. Do pedido de concessão de medida liminar

Cumprе trazer, no presente tópico, as razões que, a nosso aviso, justificam a concessão de medida liminar relativamente à **tutela inibitória positiva**.

O § 3º, do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor (redação esta também do § 3º do art. 461 do CPC) prevê a possibilidade de concessão de medida liminar e tem a seguinte redação, na parte em que interessa, *verbis*:

“§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.”

A **relevância do pedido** está demonstrada à saciedade, com as alegações trazidas na presente petição inicial, amparadas pelas declarações prestadas nesta Promotoria de Justiça, inclusive com a notoriedade – o que dispensa a produção de provas – da falta de qualidade do serviço.

5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ARAGUAÍNA/TO
- DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA, DO CONSUMIDOR E DA CIDADANIA-
Av. Neif Murad, Chácara 47-A, Setor Noroeste - CEP 77804-180 - Tel.: (63) 3414-8509

Ademais, cumpre trazer a seguinte lição de Marinoni e Arenhart sobre a prova na ação inibitória⁸, *verbis*:

“Para o cabimento da ação inibitória, tenha o direito ameaçado natureza não-patrimonial ou patrimonial, é desnecessária a alusão ao dano eventualmente temido, bastando a demonstração da probabilidade de ocorrência do ato contrário ao direito.

(...)

Considerando-se que a ação inibitória dirige-se ao futuro, e tendo-se em conta que é impossível a valoração de aspectos subjetivos futuros, seria mesmo impensável submeter-se a viabilidade da pretensão inibitória ao reconhecimento (futuro) da culpa.”

Por sua vez, o justificado receio de ineficácia do provimento final, está patente, vez que, em não se concedendo a medida liminar, se estará permitindo a continuação do ilícito, frustrando, pois, a pretensão do Ministério Público, que é justamente debelar a cobrança integral (e ilícita) de um serviço de qualidade viciada.

Em caso de indeferimento do pedido de concessão de medida liminar, o provimento será evidentemente ineficaz, pois o reconhecimento, só ao final, da ocorrência do ilícito, já será atrasado, serôdio, pois permitirá sua continuidade durante toda a tramitação processual.

⁸MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do Processo do Conhecimento. 3ª ed., 2004, p. 495 e 496

5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ARAGUAÍNA/TO
- DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA, DO CONSUMIDOR E DA CIDADANIA -
Av. Neif Murad, Chácara 47-A, Setor Noroeste - CEP 77804-180 - Tel.: (63) 3414-8509

Vê-se, pois, que, caso seja negado o pedido de concessão de medida liminar, a ilicitude continuará ocorrendo.

Nunca é demais trazer à colação a genial frase de Carnelutti⁹ “o tempo é um inimigo do direito, contra o qual o juiz deve travar uma guerra sem tréguas.”

Desse modo, é de rigor o deferimento do pedido de concessão de medida liminar formulado pelo Ministério Público do Estado do Tocantins, que, a nosso aviso, deve ser operada no importe de 50% (cinquenta por cento), posto que tal percentagem nos parece, em princípio, bastante razoável e compatível com a qualidade dos serviços prestados pela requerida (muito embora provavelmente, na prática, a efetivação e recebimento de ligações bem sucedidas ocorra em percentagem bem menor).

Assim, o Ministério Público requer a concessão de medida liminar nos seguintes termos:

a) **Pagamento pós-pago:** Deve ser imposta à requerida a obrigação de abater metade do valor que seria cobrado do consumidor que se utilize dos serviços de telefonia celular na cidade de Araguaína – TO.

b) **Pagamento pré-pago:** Deve ser imposta à requerida a obrigação de conceder em dobro o crédito que seria concedido ao consumidor que se utilize dos serviços de telefonia celular na cidade de Araguaína – TO.

⁹citado por DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma do Código de Processo Civil, 2a ed., pág. 138

5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ARAGUAÍNA/TO

- DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA, DO CONSUMIDOR E DA CIDADANIA -

Av. Neif Murad, Chácara 47-A, Setor Noroeste - CEP 77804-180 - Tel.: (63) 3414-8509

Perceba-se que não se está a requerer a imposição da obrigação de pagar metade nos planos ‘pré-pagos’, pois, em assim procedendo, estar-se-ia a impor o ônus financeiros às revendedores dos créditos do celular.

Ressalte-se que tecnicamente é perfeitamente possível a identificação de quais os consumidores estão na cidade de Araguaína (conforme já explicado em item anterior).

2.5. Da imposição de multa diária pelo descumprimento da liminar e a da sentença final

Dispõe o §4º do art. 461 do Código de Processo Civil, *verbis*:

“§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-se-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.”
(grifou-se)

A Lei de Ação Civil Pública, em seu art. 11, também, dispõe sobre o tema, *verbis*:

“Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da

5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ARAGUAÍNA/TO
- DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA, DO CONSUMIDOR E DA CIDADANIA -
Av. Neif Murad, Chácara 47-A, Setor Noroeste - CEP 77804-180 - Tel.: (63) 3414-8509

atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.” (grifou-se)

Ora, a imposição de obrigação de fazer sem a cominação de multa diária é o mesmo que não ter obrigação alguma, posto que o descumprimento seria desprovido de qualquer sanção.

Por isso, é imprescindível para a efetividade da tutela ora pleiteada que o ilustre magistrado atribua multa diária pelo descumprimento da medida liminar e da sentença, caso, a toda evidência, a medida liminar seja deferida e a sentença seja procedente.

Diante do exposto, parece razoável a fixação de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia de descumprimento e a cada descumprimento (v.g. a requerida cobre o valor normal de dois consumidores que residem na Lapa, deve incidir a multa a cada descumprimento), pois só assim a multa diária será suficiente para evitar a prática do ilícito.

3. DOS PEDIDOS

Diante de tudo que foi exposto, o **Ministério Público do Estado do Tocantins**, requer:

a) a autuação da presente petição inicial e dos documentos que a instruem, bem como o seu recebimento e processamento segundo o rito estabelecido na Lei n. 7.347/85;

5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ARAGUAÍNA/TO
- DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA, DO CONSUMIDOR E DA CIDADANIA -
Av. Neif Murad, Chácara 47-A, Setor Noroeste - CEP 77804-180 - Tel.: (63) 3414-8509

b) a concessão de medida liminar, *inaudita altera pars*, para:

b.1.) Relativamente aos consumidores com pagamento pós-pago: impor à requerida a obrigação de abater o preço nos seguintes termos: deve cobrar metade do valor que seria cobrado do consumidor que se utilize dos serviços de telefonia celular na cidade de Araguaína - TO.

b.2.) Relativamente aos consumidores com pagamento pré-pago: impor à requerida a obrigação de abater o preço nos seguintes termos: deve conceder o dobro do valor pago pelo crédito ao consumidor que se utilize dos serviços de telefonia celular na cidade de Araguaína - TO.

c) seja invertido o ônus da prova, com base no art. 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor, nos termos da presente petição inicial, dado que verossímeis as alegações ora expendidas pelo Ministério Público;

d) seja a requerida citada para integrar o pólo passivo da relação jurídico-processual, dando-lhe oportunidade para, se quiser, apresentar resposta, no prazo legal, sob pena de revelia, devendo constar do mandado a advertência do artigo 285, segunda parte, do Código de Processo Civil;

e) a produção de todas as provas necessárias à demonstração do alegado, especialmente a documental a pericial e testemunhal;

5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ARAGUAÍNA/TO
- DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA, DO CONSUMIDOR E DA CIDADANIA -
Av. Neif Murad, Chácara 47-A, Setor Noroeste - CEP 77804-180 - Tel.: (63) 3414-8509

f) seja julgada procedente a presente Ação Civil Pública para:

f.1.) impor à requerida a obrigação de abater proporcionalmente o preço cobrado pela prestação dos serviços de telefonia, nos seguintes termos:

f.1.1.) relativamente aos consumidores com pagamento pós-pago: Deve ser imposta à requerida a obrigação de abater proporcionalmente o valor que seria cobrado do consumidor que se utilize dos serviços de telefonia celular na cidade de Araguaína – TO;

f.1.2.) relativamente aos consumidores com pagamento pré-pago: Deve ser imposta à requerida a obrigação de conceder proporcionalmente crédito superior ao que seria concedido ao consumidor que se utilize dos serviços de telefonia celular na cidade de Araguaína – TO;

f.2.) condenar a requerida ao pagamento pelos danos materiais sofridos pelo consumidor, a serem apurados em, eventual, liquidação de sentença;

f.3.) condenar a requerida ao pagamento do dano moral coletivo, a ser arbitrado conforme o prudente arbítrio do juiz;

g) seja determinada a publicação de edital no órgão oficial, para que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, além de se remeter ofício ao Município de Araguaína - TO para que providenciem a publicidade do referido edital, bem como ao PROCON para o mesmo fim, tudo isso com base no art. 94 do Código de Defesa do

5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ARAGUAÍNA/TO
- DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA, DO CONSUMIDOR E DA CIDADANIA -
Av. Neif Murad, Chácara 47-A, Setor Noroeste - CEP 77804-180 - Tel.: (63) 3414-8509

Consumidor;

h) observância do art. 18 da Lei 7.347/85 e do art. 27 do Código de Processo Civil quanto aos atos processuais requeridos pelo Ministério Público;

i) a intimação pessoal do Ministério Público para acompanhar todos os atos praticados no processo civil ora instaurado.

Em virtude de expressa previsão legal de dispensa de custas, tanto para o demandante quanto para o demandado, e, da vedação constitucional ao recebimento de honorários advocatícios por parte do Ministério Público, deixa-se de postular nesse sentido.

Dá-se à causa o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), por ser inestimável.

Nestes termos,
Pede deferimento

Araguaína – TO, 13 de fevereiro de 2014.

Araína Cesárea Ferreira dos Santos D'Alessandro
Promotora de Justiça