

Texto integral da Sentença

Vistos. Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face da Telefônica – Telecomunicações de São Paulo S/A - Telesp, partes devidamente qualificadas no processo correspondente aos autos em epígrafe. Constou, em síntese, da inaugural que apurou-se que a ré (após ser submetida a inquérito civil, cujas folhas foram apresentadas em conjunto com a inicial) presta seus serviços de forma deficitária, tanto no que tange aos serviços essenciais de telefonia e quanto no que concerne aos serviços de banda larga e TV a cabo. Afirmou o autor, ainda, que a ré presta atendimento deficiente às reclamações dos assinantes, de modo a descumprir as obrigações afetas à cortesia, continuidade dos serviços e eficiência. Asseverou, também, o autor que a investigação teve por base a reclamação de particulares que relataram “descaso e indiferença” no tratamento que lhes havia sido dispensado pela ré, e bem assim fazendo seus clientes de “verdadeiros palhaços”. Outrossim, que a ré é empresa concessionária do serviço público, caracterizando-se o maior conglomerado empresarial privado em atuação, mas que não trata o consumidor com o devido respeito, sendo a recordista de reclamações, no ano de 2008, perante a ANATEL; havendo, ainda, um registro de 18.033 ações judiciais que tramitam em face da ré. Sustentou, também, o autor, que no PROCON a ré registra grande número de reclamações e sendo responsável por 50% do total das reclamações abertas contra concessionárias do serviço público. Argumentou com a essencialidade dos serviços prestados pela ré, com a repercussão dos danos em face dessa natureza, e com a falta de concorrência, além da deficiência da fiscalização da ANATEL, e do fornecimento em escala massificada (com de 50 milhões de clientes). Enfim, afirmou, o Ministério Público, ora autor, que a ré, como fornecedora de serviço público, deve garantir o direito à reparação aos usuários dos seus serviços, existindo, inclusive, danos morais a serem indenizados e de modo que a tutela coletiva gere um caráter inibidor. Pediu, portanto, a condenação da ré na indenização em prol de todos os assinantes consumidores, pelos danos materiais e morais, ocorridos nos últimos cinco anos (a ação foi distribuída em 03/02/09), em decorrência do mau atendimento e da falha nos serviços, inclusive com cobranças indevidas, num valor de R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais), com fundamento no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, além de condenação no ônus da sucumbência. Formulou o requerimento de citação e de publicação de edital no órgão oficial, e de sua intimação pessoal. Recebida a inicial, foi proferida a decisão de fls.164/167 e onde, em epítome, determinou-se a citação da ré e bem assim a publicação de editais (artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor). O edital foi publicado na imprensa oficial e como se vê às fls.270 destes autos. Deferida, ainda, a atuação do Instituto “Barão de Mauá” de Defesa de Vítimas e Consumidores contra Entes Poluidores e Maus Fornecedores, entidade que se declarou sem fins lucrativos, pela decisão de fls.701/702 (4º volume), como assistente do polo ativo. Citada, a ré, de forma ampla e abrangente, contestou (fls.274/377 – 2º volume dos autos) a demanda e alegou, em resumo, o seguinte: ilegitimidade ativa do Ministério Público; inadequação da via processual eleita; impossibilidade de condenação em danos hipotéticos; impossibilidade jurídica do pedido por ausência de homogeneidade que justificasse a atuação do Ministério Público; ilegitimidade passiva da TELEFONICA para responder aos pedidos relacionados aos serviços de TV por assinatura. E, no mérito, sustentou, de modo geral, que os serviços prestados aos consumidores da TELEFONICA são

adequados e o serviço de atendimento ao consumidor disponibilizado pela TELEFONICA não padece dos vícios descritos na inicial; além de ter sustentado a existência de decadência (com fundamento no artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor) e bem assim que as pendências dos milhões de consumidores são previsíveis (vez que se cuida de contrato de trato sucessivo dentro de uma sociedade de consumo em massa) e resolvidas de forma satisfatória pelo seu SAC, ou através de atendimento das reclamações veiculadas pelo PROCON/SP (com atendimento de mais de 90% dos casos – como destacado às fls.345). No que tange às ações judiciais, em curso em São Paulo, a ré destacou que se tratam de pessoas que preferiram não buscar o PROCON, ou o seu SAC, e de modo que precisa contestar as demandas e até mesmo efetivar conciliação, e sempre atentando a cada caso concreto, destacando que “um grande volume de processos judiciais é mais uma das características da atual sociedade de consumo”, dentre outras matérias. Enfim, negou a existência de danos morais, e do dever de indenizar, citando jurisprudências. Impugnou, ainda, o valor bilionário pugnado pelo autor por entender que “o pedido de condenação ao pagamento de indenização por fluid recovery a ser revertido ao Fundo Especial de Defesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados somente poderia ser formulado após o decurso do prazo sem habilitação das vítimas.” (fls.372). E, por consequência, após 104 laudas de contestação, insistiu na improcedência da demanda. A ré, também, juntou farta prova documental. Seguiu-se, após, a réplica do Ministério Público (fls.479/522 – 3º volume) e junto da qual foram carreados novos documentos aos autos e de sorte que determinou-se a manifestação da ré nos termos do artigo 398 do Código de Processo Civil (decisão de fls.570). Determinada a especificação de provas, o autor insistiu no julgamento no estado e na aplicação da teoria da carga dinâmica das provas. A TELEFONICA, ora ré, por sua vez, além de insistir nas preliminares suscitadas na resposta, requereu a realização de prova pericial a fim de demonstrar, em síntese, como se vê às fls.589 (4º volume), que possui “índice de qualidade e atendimento ao consumidor semelhante a outras empresas do mesmo segmento em cada um dos ramos de sua atividade; b) comparação com os índices de outras indústrias de prestação de serviços de caráter essencial; c) demonstração da adequação dos equipamentos técnicos da TELEFONICA aos serviços que presta”. Foram, outrossim, juntadas, pelo juízo, aos autos, matérias jornalísticas (fatos públicos) relativas aos fatos destes autos e sendo que sobre todas as matérias foram intimadas as partes e de sorte a se observar o contraditório e a ampla defesa (inclusive recebendo-se documentos novos, apresentados por ambas as partes, durante toda a fase instrutória do feito). Destarte, sobre a possibilidade de produção de provas pelo juízo, em face da impugnação da ré, foi proferida a decisão de fls.655/658 (4º volume) e a qual, pelo que há nos autos, restou irrecorrida. As partes, também, chegaram a pedir a suspensão do feito (o que foi deferido juízo na decisão de fls.709), ficando suspenso o processo por praticamente seis (6) meses, entretanto não houve transação. Paralelamente pela decisão de fls.747 (4º volume) foi convocada audiência de conciliação nos moldes do inciso IV do artigo 125 do Código de Processo Civil e, porém, mais uma vez, as partes não chegaram a um acordo (como se vê no termo de fls.752/753). Não constam registros nem de agravo retido e nem sob a forma de instrumento. Conclusos os autos para decisão em 29/03/10. É o novo relatório do necessário. Fundamento e DECIDO. 1. De início, nesta decisão, o juízo pretendia evitar o destaque de teses jurídicas intrincadas e o uso de termos excessivamente técnicos, de sorte a atender às funções social e política da presente ação coletiva, mas estamos diante de causa de significativa complexidade e de modo que far-se-ão necessárias as transcrições de alguns estudos doutrinários e jurisprudências sobre os vários temas abordados, por ambas as partes, a fim de se evitar uma decisão “citra petita”. 2. Em segundo

lugar, não se pode perder de vista que o legislador atual visou ampliar o acesso à justiça e garantir maior efetividade aos anseios coletivos de forma mais célere e menos burocrática e bem assim que o processo civil moderno dá ênfase ao conteúdo, tornando a forma mais relativa, menos férrea, mas, ao mesmo tempo, a serviço da aplicação da justiça aos casos concretos. 3. Nesse diapasão é que se mostra salutar transcrever parte dos recentes estudos realizados pelo Colega e Professor Doutor SWARAI CERVONE DE OLIVEIRA, vez que visivelmente comprometido com a efetividade da justiça nas ações coletivas, e estudos estes, retirados de sua obra “Poderes do Juiz Nas Ações Coletivas”, Editora Atlas, com coordenação de Carlos Alberto Carmona para a Coleção Atlas de Processo Civil, 2009 e donde destaco o seguinte: “Bem organizada, a sociedade tem condições de balancear o exercício do poder econômico de entes privados e de exigir a prevenção da ocorrência de danos ou a sua pronta reparação. Se, individualmente, o cidadão se via impotente diante de eventuais abusos cometidos por tais entes, uma vez organizados, coesos, encontram condições de defender seus interesses. E fazem-no por meio de representantes adequados, legitimados por lei ao exercício da ação coletiva.” (página 35 “in verbis”). 4. Prossegue, ainda, o colega e doutrinador Dr. Swarai, na mesma linha de atualidade, destacando o quanto segue: “A respeito da legitimação ativa, o legislador pátrio optou, nos arts. 5º da Lei n.7.347/85 e 82 da Lei n.8.078/90, por uma legitimação concorrente e disjuntiva: a legitimidade de um ente não exclui a do outro, podendo qualquer colegitimado ajuizar sua ação independentemente de anuência ou intervenção do outro. O sistema brasileiro adotou solução pluralista, dotando não apenas o órgão estatal – Ministério Público – mas também os corpos sociais de legitimidade para a propositura das ações coletivas.” (páginas 62/63 - “in verbis”). E, mais: “É de se frisar, também, que, por coletivas, entendem-se todas as ações que buscam a defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. O traço característico de tais interesses é sua relevância social. É ela, inclusive, que legitima o Ministério Público a agir para a defesa dos interesses individuais homogêneos. 66”. Prosseguindo, ainda, no aludido rodapé 66, o doutrinador em destaque cita o que segue: “Cf.MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública, em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores, cit., p.49, enfatizando a Súmula n.7 do Ministério Público de São Paulo: “O Ministério Público está legitimado à defesa dos interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: a) os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico.” (página 66 – “in verbis”) 5. Basta, então, agora, a interpretação literal da norma especial (artigo 5º, incisos I e V, e § 2º, todos da Lei n. 7.347/85) para ficar reconhecida a legitimidade do Ministério Público (como autor) e bem assim do Instituto “Barão de Mauá” de Defesa de Vítimas e Consumidores contra Entes Poluidores e Maus Fornecedores (como litisconsorte ativo) no polo ativo desta demanda. 6. Destarte, para que não se parem dúvidas, é até intuitivo que a matéria objeto da ação se cuida de direito do consumidor (de serviços essenciais) e bem assim de caráter coletivo ou homogêneo nos moldes do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor. Com efeito, em que pese a ré tenha se esforçado em tentar demonstrar a falta de legitimidade se tem que é inafastável o interesse público no caso em tela, sem prejuízos das milhares de ações individuais que continuam em andamento. E a correlação entre as normas do Código de Defesa do Consumidor e da chamada Lei de Ação Civil Pública é expressa no artigo 21 do mesma Lei n.7.347/85 (ou artigo 117 da Lei 8.078/90). Oportuno, outrossim, transcrever jurisprudência carreada aos autos na réplica, fls.484, a seguir: “Ministério Público: legitimidade para propor ação civil pública quando se trata

de direitos individuais homogêneos em que seus titulares se encontram na situação ou na condição de consumidores, ou quando houver uma relação de consumo. É indiferente a espécie de contrato firmado, bastando que seja uma relação de consumo: precedentes (RE 424048 AgR, Relator Min.Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 25/10/2005).” (“in verbis”). 7. Afastada, desta forma, a alegada inconstitucionalidade da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor e tanto mais à luz da nova ordem constitucional instaurada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, vez que o direito dos consumidores, em última instância, há ser intuído como forma de resguardar o princípio da dignidade humana. Sobre matéria correlata, aliás, já nos manifestamos nos estudos efetuados na Especialização em Direito Civil, perante a Escola Paulista da Magistratura, quando abordamos o tema referente ao VALOR SOCIAL DOS CONTRATOS, e donde destaco o seguinte: "(...) O contrato não visa apenas a aquisição de bens ou serviços, e nem também a obtenção de lucros, e, sim, na verdade, tem por objetivo atender os desejos e as necessidades daqueles que vivem em sociedade, desde os primórdios. (...) Não há como vislumbrar o contrato, ou negócio jurídico, apenas como uma forma de acréscimo do patrimônio e muito embora o seja num primeiro momento (para um olhar menos atento). (...) Todavia, cabe ao cultor do direito uma visão macro das situações sociais e econômicas, e até mesmo da natureza humana, que levam à celebração dos negócios jurídicos. (...) O contrato individualista não encontra mais guarida à luz do dirigismo contratual, as vontades dos particulares não estão mais limitadas apenas aos seus interesses egoístas e, sim, devem atender ao todo e evitando-se o domínio de uma determinada classe social sobre as demais. (...) Uma sociedade solidária e mais justa só será alcançada à partir do instante em que todas as relações contratuais, e demais negócios jurídicos, puderem atentar para todas as consequências dos seus efeitos. Por exemplo, há que se ter em mente que quando um indivíduo faz um financiamento para comprar uma casa própria, não está apenas tendo em mente o dinheiro para pagar pelo bem, e nem também pensando em ser um homem de posses, mas vislumbrando que irá ter abrigo, para si e para sua família, que irá criar condições de saúde, com uma habitação estável, mais higiênica e até mesmo possibilitando uma maior proteção à integridade física dos familiares e, por consequência, preservando a raça humana. O Estado, por sua vez, tem interesse que o cidadão tenha boas condições de moradia, com endereço certo, pagando impostos, empregando e sendo empregado, honrando dívidas, fazendo as riquezas circularem. Neste diapasão, não é aceitável que as instituições financeiras visem apenas o lucro, os juros dos financiamentos, e sim devem atentar para a sua função em face desta nova sociedade distributiva, porque se não é aceitável que o particular enriqueça injustamente, deixando de pagar o financiamento, outrossim não é louvável que a taxa dos juros e cláusulas contratuais abusivas coloquem o sujeito honesto em situação não menos injusta, ficando à merce de modificações contratuais unilaterais e onerosamente excessivas. (...) LORENZETTI□ chega a destacar que o "Estado requer um Direito Privado, não um direito dos particulares. Trata-se de evitar que a autonomia privada imponha suas valorações particulares à sociedade; impedir-lhe que invada territórios socialmente sensíveis. Particularmente, trata-se de evitar a imposição a um grupo, de valores individuais que lhe são alheios. Aqui faz seu ingresso a ordem pública de coordenação, e de direção." E, ainda, que há "uma grande massa de excluídos do consumo; trata-se de instrumentalizar normas de ordem pública que flexibilizem esse acesso em condições de qualidade e segurança aceitáveis. Para que isto seja possível, há que reforçar o acesso ao consentimento pleno, despejando as dúvidas individuais (intervenção como garantia subjetiva ao consentimento pleno) e colocando as partes em igualdade material de expressão (ordem pública de proteção). Estas últimas normas se formam como garantias mínimas em um direito civil

constitucionalizado." (...) A dignidade da pessoa humana, preceito fixado na nossa Constituição Federal, não endossa mais o dogma da autonomia da vontade e a relativização dos conceitos jurídicos passa a assumir um importante papel não só na interpretação dos contratos senão também na própria execução da chamada justiça distributiva. (...) Destarte, sobre a mesma questão, manifestou-se o ilustre PERLINGIERI□, sendo, pois, conveniente ressaltar, ainda, o quanto segue: (...) "Em um ordenamento que se caracteriza pela socialidade e que legitima a superação individualista do indiferente jurídico (cfr.retro, cap.5, p.62), o próprio regime jurídico - ainda que representado por princípios e não por normas regulamentares - deve concernir às utilidades individuais e sociais. Isso permite considerar juridicamente relevantes não somente os bens patrimoniais, mas também aqueles não-patrimoniais; isto é, aqueles que são protegidos prescindindo da própria relevância econômica. A relevância pode-se configurar também no regime de circulação do bem, das modalidades de acesso, ou seja no regime das vicissitudes que lhe interessam." E, ainda, o seguinte: "(...) Os princípios fundamentais fixados na nossa Constituição Federal de 1988, especialmente nos cinco primeiros artigos, servem não apenas de linha mestra para os legisladores infraconstitucionais, mas também para todos os tipos de aplicadores do direito. (...) Não há como se negar vigência à texto expresso da norma constitucional e sob penalidade de estar ocorrendo de forma dúplice a chamada inconstitucionalidade por omissão. Ou seja, não é aceitável que o legislador ordinário deixe de pormenorizar os preceitos constitucionais e de modo a torná-lo aplicável aos casos concretos, e menos aceitável ainda será a omissão dos interpretes, no caso de "esquecimento" dos chamados princípios fundamentais. Vale dizer, que a legitimidade das normas jurídicas está diretamente ligada à aplicação, por exemplo, dos princípios da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, além da prevalência dos direitos humanos e do esforço para a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária. (...) Fixadas tais linhas mestras, cumpre ressaltar que a efetividade dos princípios em voga está mais ligada à execução dos negócios jurídicos do que propriamente à elaboração das leis, atendendo-se aos parâmetros fixados pela ordem social. (...) A promoção do bem de todos, o respeito à cidadania, a erradicação da pobreza, diminuição das desigualdades sociais, além da preservação do valor humano, dentre outros, não serão alcançados sem a atuação efetiva da comunidade jurídica, porque mais esclarecida, conscientizada e menos comprometida com os afazeres do capital. Aqui, pois, é que entra a necessidade da aplicabilidade prática do chamado "valor social dos contratos". Nesta mesma linha de raciocínio está o entendimento do jurista NUNES□, senão vejamos: (...) "Como já se demonstrou, o indivíduo irradia suas virtudes e seus defeitos para os papéis que exerce, ao mesmo tempo que se amolda na forma e função estabelecida pelos papéis, nas instituições... Assim, podemos definir o bom julgador: é aquele que cumpre as normas, agindo com técnica exímia, mas que ao mesmo tempo e simultaneamente aplica a Justiça. O juiz é o sinônimo do justo... Com um maior entrosamento do juiz com a sociedade, a Justiça será mais fácil!".(...) No que tange aos princípios e preceitos constitucionais, também nesta oportunidade, é relevante destacar a luz outorgada pelo Professor TEPEDINO□, senão vejamos: (...) "Com efeito, a Constituição define a tábua axiológica que condiciona a interpretação de cada um dos setores do direito civil... São dotados de verdadeira vocação expansionista... Todos esses princípios ingressaram em nosso ordenamento após a promulgação da Constituição de 1988, a qual, consagrando os resultados de um longo processo histórico, altera radicalmente a ordem jurídica, abandonando o modelo liberal em favor de um Estado social... Com o estado intervencionista delineado pela Constituição de 1988 teremos, então, a presença do Poder Público interferindo nas relações contratuais, definindo limites,

diminuindo os riscos do insucesso e protegendo camadas da população que, mercê daquela igualdade aparente e formal, ficavam à margem de todo o processo de desenvolvimento econômico, em situação de ostensiva desvantagem... A Constituição Federal não pode ser considerada como mero limite ao legislador ordinário. E nem mesmo como mero limite ao intérprete, reprimindo os atos ilícitos... É preciso pois superar os velhos limites das doutrinas de direito constitucional tendentes a restringir a atuação das chamadas normas programáticas, não auto-aplicáveis. Toda regra constitucional é norma jurídica com efeitos imediatos sobre o ordenamento infraconstitucional... A Constituição é toda ela norma jurídica, seja qual for a classificação que se pretenda adotar, hierarquicamente superior a todas as demais leis da República, e, portanto, deve condicionar, permear, vincular diretamente todas as relações jurídicas, públicas e privadas... Tais normas constitucionais, em particular aquelas dispostas nos arts.1o a 4o., são os preceitos fundamentais da ordem jurídica e, portanto, as mais importante do ponto de vista interpretativo, a menos que se quisesse atribuir ao constituinte o papel de dispor palavras inúteis, ou ociosas - o que seria tecnicamente um absurdo." (...) Surge, assim, o Direito Constitucional como um instrumento de conformação social, e através do qual o intérprete deve seguir, impondo a verdadeira democracia econômica e social, através do plano jurídico. E, até mesmo os juristas tidos como clássicos se rendem à necessidade da atuação efetiva do Judiciário, veja-se, pois o que diz o jurista Carlos MAXIMILIANO□ e o Colega Dr. SOLIMENE□, sobre a matéria: (...) “ O jurista Carlos Maximiliano legou-nos o escólio que "existe entre o legislador e o juiz a mesma relação que entre o dramaturgo e o ator. Deve este atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém, se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal à representação, empresta às cenas um certo colorido... Assim, o magistrado não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos; porém, como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra morta dos Códigos e a vida real, apto a plasmar, com a matéria-prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade" (verbis). (...) Não se trata de cultuar Kantorowicz e a Escola de direito livre. De jeito nenhum! Os antigos juristas romanos, longe de se aterem à letra dos textos, de há muito porfiavam em lhes adaptar o sentido às necessidades da vida e às exigências da época (ob. cit. pág.157 e L’Esprit du Droit Romain, de Von Ihering, trad. Meulenaere, vol. III, pp. 157-159). Cumpre ao magistrado ter em mira um ideal superior de justiça, condicionado por todos os elementos que informam a vida do homem em comunidade (vide Science et Technique en Droit Privé Positif, de François Geny, 1914, vol. I, pág. 30). (...) Homem de seu tempo, o aplicador, inspirado no artigo 5º da lei de introdução ao Código Civil, elegeu seus elementos finalísticos: atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Nesse diapasão, o evento em discussão resume, em si, efeito de incomensurável magnitude, testemunhado pela Nação no alvorecer deste último ano do milênio, a quebra de promessas veiculadas ao longo de cinco anos pelo representante máximo da Administração, o Presidente da República, a estabilidade da moeda.” (...) Destarte, a questão também trouxe controvérsias em outros países e, à título de comparação, é razoável também a transcrição da abordagem sobre a função social efetivada por PERLINGIERI□, a saber: (...) "A função social é também critério de interpretação da disciplina proprietária para o juiz e para os operadores jurídicos. O intérprete deve não somente suscitar formalmente as questões de duvidosa legitimidade das normas, mas também propor uma interpretação conforme os princípios constitucionais. A função social é operante também à falta de uma expressa disposição que a ela faça referência; ela representa um critério de alcance geral, um princípio que legitima a extensão em via analógica daquelas

normas, excepcionais no ordenamento pré-constitucional, que têm um conteúdo que, em via interpretativa, resulta atuativo do princípio... Mais marcada deve ser, também no intérprete, a consciência de que o crescimento econômico e o consequente bem-estar (benessere) quando não preservam a qualidade de vida, ou seja, a "liberdade" e a "dignidade humana", não são progresso e desenvolvimento social e constitucionalmente valoráveis, mas se traduzem, antes ou depois, em um mal-estar para todos. Com esta sensibilidade devem ser enquadradas as problemáticas do ilícito e da responsabilidade, do abuso do direito e do excesso de poder e as análises das numerosas proibições e dos limites à atividade do proprietário, que não podem assumir aprioristicamente a qualificação de excepcionais e de número fechado, exaltando a elasticidade e, portanto, a absoluta liberdade dominical que acaba de emancipar-se da escravidão das limitações... E a esfera da influência da função social é destinada a alargar-se, já que a garantia contida no art.42 Const. não pode ser circunscrita à propriedade, mas deve interessar toda e qualquer forma de pertinência (appartenenza) da riqueza, como em mais de uma ocasião a própria Corte Constitucional colocou em evidência. Este é ainda um campo a ser arado e que poderia dar algum desprazer a praxes, comportamentais ou negociais, atuadas nas relações patrimoniais com pouca sensibilidade para com os valores constitucionais." (...) A função social dos contratos, com o apoio constitucional, passa a ser entendida como o direito que os contratantes possuem à um tratamento igualitário quer seja em face dos seus direitos sociais ou em virtude das relações de ordem privada. E, NORONHA ao comentar o então projeto do NOVO CÓDIGO CIVIL (hoje Lei Federal n. 10.406/02) anotou o seguinte: (...) "O Projeto de Código Civil ainda não é lei, mas a função social do contrato não vai ser certamente instituída por ele; se chegar a ser convertido em lei, ninguém certamente sustentará que os contratos anteriores à data da sua entrada em vigor não tinham função social. Nem a função social do contrato é descoberta do Projeto, nem é privativa dos contratos; todo direito tem uma função social, que dispensa referência expressa. Aliás, neste século XX, são as próprias Constituições que fazem questão de referir a função social dos direitos, em especial do direito de propriedade - e, como diz o Prof. Miguel Reale, "o reconhecimento da função social do contrato é mero corolário dos imperativos constitucionais relativos à função social da propriedade e à justiça que deve presidir à ordem econômica" (2). Mesmo os direitos subjetivos de finalidade egoística (3), como são todos os direitos de crédito (entre os quais se inserem os resultantes de contratos (4)), são reconhecidos, como qualquer outro direito, tendo em vista não só a realização dos interesses do respectivo titular, como também a realização de finalidades sociais: toda norma jurídica, afinal, visa "fins sociais" e atende "exigências do bem comum", como ficou expresso no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. (...) Repare-se que, em rigor, mesmo ao tempo do individualismo liberal não se negava ao contrato uma função social: o que acontecia era apenas acreditar-se que a livre atuação das partes resultava necessariamente no bem de todos. Nesta concepção, a apreciação do interesse do credor em termos exclusivamente subjetivistas era o caminho para realizar a função social dos contratos. Hoje, perdida a ilusão de que o livre jogo dos egoísmos individuais resulta no "bem de todos e felicidade geral", perdida a ilusão dos benefícios da invisible hand de Adam Smith, a função social tinha necessariamente de ser repensada. (...) É dentro dessa preocupação com a finalidade social dos direitos de crédito que, num posicionamento característico da atual sociedade de massas, se procura proteger, em nome da justiça social, os chamados "mais fracos", como são os trabalhadores (a quem é dedicado todo um capítulo, o 2º do Título II da Constituição de 1988) e os consumidores (a quem pela primeira vez se faz, entre nós, e por duas vezes, referência expressa na Constituição), e, por outro lado, se exige que a autonomia privada (a "livre

iniciativa” do texto do art. 170) atenda os “ditames da justiça social”. Nos próximos capítulos, ao analisarmos o princípio da justiça contratual, a propósito do qual faremos breve referência aos contratos de consumo (9), veremos melhor como se põe esta questão do equilíbrio entre direitos e obrigações de “fornecedores” de produtos e serviços e de “consumidores”. (...) É ainda em nome da necessidade de se fazer uma apreciação dos contratos em termos da sua função social que se advoga a intervenção naqueles contratos comutativos em que haja desequilíbrio entre as prestações, em consequência do aproveitamento da situação de premente necessidade, da inexperiência de uma das partes, ou de perigo de grave dano que ela corra: para estes casos, fala-se em “lesão” e em iníquos. A eles faremos referência quando examinarmos o princípio da justiça contratual (10). (...) Por último, é também com fundamento na função social do contrato que se invoca a justiça para promover revisões judiciais de contratos, fundadas na alteração de circunstâncias, com teorias como a da imprevisão e a da base negocial.” (...) Notas de rodapé: “(2) Miguel Reale, O Projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais, São Paulo, Saraiva, 1986, p. 32. (3) Os mais típicos direitos de finalidade egoística são os direitos subjetivos típicos, ou propriamente ditos, ou seja, aqueles que consistem em prerrogativas que conferem a uma pessoa o poder de exigir de outra, ou outras, uma ação, ou uma omissão, que atende a um interesse daquela (titular). Uns são direitos absolutos, válidos erga omnes (ex.: direito de propriedade), outros são relativos, dirigidos contra pessoas certas e determinadas (ex.: direito de crédito). Aqueles direitos subjetivos designados de potestativos, por serem realizáveis sem necessidade de cooperação do sujeito passivo (que está em “estado de sujeição”), nem sempre são de finalidade egoística - mas normalmente também o serão. (4) Tempos para nós que a divisão fundamental dos direitos de crédito, ou obrigações negociais, de responsabilidade civil e de enriquecimento sem causa. As primeiras (negociais) nascem de contratos ou de negócios jurídicos unilaterais e nelas tutela-se o interesse do credor na realização da sua expectativa de alteração patrimonial, fundada no compromisso assumido no âmbito da autonomia privada. As segundas (responsabilidade civil em sentido estrito) nascem da prática de atos danosos, com violação do dever geral de *neminem laedere*, e nelas tutela-se o interesse do credor na reparação dos danos sofridos, repondo-se o seu patrimônio (quando o dano seja patrimonial) no status quo ante. As terceiras (enriquecimento sem causa) nascem da apropriação ou do mero aproveitamento por outrem, ainda não doloso nem culposo, de bens que o ordenamento jurídico destina-se (isto é, o titular) na reversão para o seu patrimônio dos bens, ou do valor do aproveitamento obtido “à sua custa”, mesmo quando ele nenhum dano (isto é, redução patrimonial) haja sofrido. As obrigações negociais nascem de compromissos assumidos no âmbito da autonomia privada; a responsabilidade civil (em sentido estrito) tem por causa a danificação de bens alheios; o enriquecimento sem causa nasce de benefícios auferidos com a intervenção não justificada na esfera jurídica alheia. (9) V., *Infra*, Cap. 9, em especial n. 9.4.4. (10) V. *Infra*, Cap. 9, n. 9.4.2.” (...) A igualdade, por sua vez, está ligada à liberdade e ambas devem desaguar na dignidade humana e como forma de respeito social e solidário. A isonomia que se busca aqui é a real, a efetiva, e não aquela de ordem formal, que (como visto) escraviza os menos afortunados. (...) O valor social dos contratos, então, merece atuação efetiva em prol da parte hipossuficiente e que pede maior proteção da norma ou do aplicador do direito e de sorte a garantir a real igualdade jurídica nos casos concretos. E, chegou-se, inclusive, a afirmar que a função social do contrato está ancorada no equilíbrio entre a autonomia da vontade e a solidariedade social.” 8. Enfim, negar legitimidade ao Ministério Público no caso em tela seria negar vigência não apenas às Leis Federais mencionadas, mas também ao próprio texto constitucional e vedar o acesso a uma ordem jurídica justa. 9. Como visto no relatório, nestes

autos já se destacou, às fls. 655/658 (4º volume), em face da impugnação da ré, a possibilidade efetiva do juízo agir na busca da verdade e da aplicação da justiça ao caso concreto. E sobre a matéria, também, é considerável outra anotação feita pelo Mestre Swarai Cervone de Oliveira, na mesma obra citada, desta vez nas páginas 58/59, nos moldes a saber: “O campo dos processos coletivos é ainda bastante aberto, e os conflitos trazidos a juízo são relativamente novos, fugindo do esquema tradicional de conhecimento e julgamento de controvérsias individuais. A abrangência de tais conflitos demanda ampla cognição pelo juiz e interpretação conforme os escopos sociais do processo. Exige-se do juiz maior dose de comprometimento com a realidade que o cerca e com as consequências de suas decisões.³⁵” Prosseguindo, ainda, no aludido rodapé 35, o doutrinador em destaque cita o que segue: “35 Ao tratar da crise do Judiciário e da formação do magistrado, ressaltando a função social do processo, José Eduardo Faria fala na “transformação do juiz num legislador ativo e criativo, consciente de que a justiça não pode ser reduzida a uma dimensão exclusivamente técnica, devendo ser concebida como instrumento para a construção de uma sociedade verdadeiramente justa” (FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. Direito e justiça: a função social do judiciário. São Paulo: Ática, 1989.p.96).” (“in verbis”) 10. É, por conseguinte, com este espírito que a presente decisão é proferida, visando uma resposta (ainda que limitada) a cada um dos que são, ou já foram, consumidores da ré e os quais, espera-se, sintam a efetividade da justiça, em virtude da visão social dos contratos em discussão, e quiçá com uma conscientização (quanto à importância dos consumidores) por parte de todos os fornecedores de serviços públicos. 11. Não há, portanto, que se falar em falta de homogeneidade e sendo de se aceitar a tese do autor no sentido de que: “São todas elas vítimas, diretas ou indiretas, de prejuízos decorrentes de falhas da Telefônica na prestação de um serviço público essencial. Os danos que sofreram, maiores ou menores, materiais ou morais, são todos eles indenizáveis.” (fls.486 – “in verbis”). 12. As condutas típicas, ademais, sem qualquer demérito ao trabalho dos esforçados causídicos da ré, foram descritas na inaugural e se resumem no seguinte: “Falha na prestação de serviços de telefonia, banda larga e TV a cabo, aliada a atendimento deficiente às reclamações.” (Fls.03 - inicial – “in verbis”). 13. Exigir que o Ministério Público declinasse na inaugural todos os problemas, de forma individualizada, um a um, importaria no absurdo de uma inicial de mais de milhares de laudas (e ainda assim passível de omissão), e mesmo porque tendo sido preenchido o pressuposto da homogeneidade, os detalhes peculiares de cada caso ou ficarão para análise nas ações individuais que continuam em andamento ou para a fase de liquidação da presente (considerando-se que até mesmo a ré, na sua contestação, reconheceu a possibilidade de habilitação das vítimas) e sem prejuízo do chamado “fluid recovery”. 14. A inicial, assim, é apta e possui pressuposto de existência e de desenvolvimento válido e regular do processo, uma vez que contém os requisitos que a lei considera indispensáveis para que a peça produza seus regulares efeitos, quais sejam: o pedido e a causa de pedir; logicidade mínima; pedido possível e compatíveis entre si. Cabe, aqui, por conseguinte, a lição de CALMON DOS PASSOS, a saber: “A petição inicial contém um silogismo. É lição velha. Nela está uma premissa maior (fundamentos de direito), uma premissa menor (fundamentos de fato) e uma conclusão (o pedido). Conseqüentemente entre os três membros desse silogismo deve haver, para que se apresente como tal, um nexu lógico. Portanto, se o fato não autoriza as conseqüências jurídicas, a conclusão é falha; se as conseqüências jurídicas não guardam coerência com os fatos, igualmente e, por último, se a conclusão está em desarmonia com as premissas, ela é inconseqüente. É assim que se diz inepta para a petição ou contestação a que falem requisitos essenciais ou que não tenha sido formulada segundo regra ou estilo.” □ 15. Desta feita, segundo a norma, deve-se indicar o

porquê do pedido, as causas de pedir próximas (fundamentos do fato) e a causa de pedir remota (fundamentos do direito). Os fundamentos do fato referem-se à ameaça ou violação do direito que caracterizam o interesse processual imediato, aquele que autoriza o autor a deduzir pedido em juízo. Daí porque a causa de pedir próxima, imediata, é a violação do direito que se pretende proteger em juízo. Os fundamentos do direito ou jurídicos são o que, medianamente, autorizam o pedido. O direito e o título não podem ser a causa de pedir próxima porque, enquanto não ameaçados ou violados, não ensejam ao seu titular o ingresso em juízo, ou seja, não caracterizam “per se” o interesse processual primário e imediato, aquele que motiva o pedido. □ Tem-se a causa de pedir remota. E, na oportuna lição de NELSON NERY JÚNIOR: “Para que o juiz possa aferir a quem cabe a razão no processo, deve examinar questões preliminares que antecedem lógica e cronologicamente a questão principal: o mérito, isto é, o pedido. Este é a última questão que, de ordinário, deve o juiz examinar no processo. Estas questões preliminares dizem respeito ao próprio exercício de direito da ação (condições da ação) e à existência e regularidade da relação jurídica processual (pressupostos processuais). As condições da ação possibilitam ou impedem o exame da questão seguinte (mérito). Presentes todas, o juiz pode analisar o mérito, não sem antes verificar se também se encontram presentes os pressupostos processuais. Ausentes uma delas ou mais de uma, ocorre o fenômeno de carência da ação (CPC 301 X), ficando o juiz impedido de examinar o mérito. A carência da ação tem como consequência a extinção do processo sem julgamento do mérito (CPC 267 VI). As condições da ação são três: legitimidade das partes, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido.” □ 16. O direito de agir é distinto do direito material a que se visa tutelar. A ação se propõe a obter uma providência jurisdicional quanto a uma pretensão, havendo um interesse de direito substancial consistente no bem jurídico, material ou incorpóreo, pretendido pelo autor, chamado de interesse primário. Há um interesse outro que move a ação: o interesse secundário que visa obter uma providência jurisdicional quanto àquele interesse primeiro. Tal interesse é instrumental, de natureza processual e consistente na necessidade de obter uma providência jurisdicional quanto a uma pretensão. Nestes moldes, para ser legítimo, pressupõe um conflito de interesses cuja composição se solicita do Estado. Sem que ocorra a lide, o que importa em uma pretensão resistida, não há lugar para a invocação da atividade jurisdicional, já que o que move a ação é o interesse na composição da lide e não o interesse em lide. Com efeito, sabe-se que o interesse de agir tem duas modalidades: o interesse-necessidade, pelo qual se verifica se é necessária a intervenção do Poder Judiciário para a solução da lide, e o interesse-adequação, pelo qual se verifica se o procedimento adotado pelo autor foi correto (e o foi no caso concreto). Dessa forma, inegável que, na presente ação civil pública, proposta pelo Ministério Público, tendo em vista as falhas na prestação dos serviços da ré, estão presentes de forma concomitante as condições da ação e os pressupostos de constituição válida e regular do processo a fim de permitir a análise do mérito. O interesse processual consubstancia-se na necessidade de o autor da ação vir a Juízo (manifesto na existência de inúmeros consumidores que não vieram a juízo reclamar dos problemas que tiveram para com os serviços prestados pela ré) e na utilidade que o provimento jurisdicional poderá lhe proporcionar. □ Naturalmente, este entendimento é subjetivo por parte daqueles que pretendem obter satisfação judicial e refere-se ao interesse de agir que, conforme leciona FREDERICO MARQUES, significa existência de pretensão objetivamente razoável. □ Assim, em querendo, qualquer pessoa pode acionar o Judiciário, desde que sua pretensão seja inicialmente aceitável. E nas ações coletivas, como é a natureza da presente, não há de ser formalista a ponto de se inviabilizar o direito material de toda uma coletividade. 17. O autor, por conseguinte, evidenciou o seu interesse processual,

inclusive. 18. Destarte, a aplicação ou não do artigo 927 do Código Civil, é matéria afeta ao próprio mérito da demanda e não aos pressupostos processuais e condições da ação. 19. No que concerne, especificamente, ao pedido de fluid recovery, insta notar que, mais uma vez, a defesa atua de forma a tentar sufocar a atuação ministerial. Ora, não poderia ser diverso o pedido, sob penalidade de na fase posterior se alegar que não houve pedido nesse sentido na inaugural, salvo com a superveniência de fatos novos. Com efeito, adequados os pedidos e causa de pedir no caso em voga, de modo a expressar até mesmo a boa-fé do autor, e tanto mais à luz da complementar lição do doutrinador Dr. Swarai Cervone de Oliveira, na sua obra retro mencionada, a saber: “Por isso, revela-se de maior importância, em sede de ações coletivas, o exame do bem jurídico a ser protegido, interpretando-se pedido e causa de pedir de forma extensiva, de modo a facilitar a reunião de processos, conforme o item que segue. Isso decorre do fato de que a lide é trazida a juízo por representantes adequados e, em virtude de sua generalidade, nem sempre todos os elementos de fato podem ser narrados já na petição inicial. Muitas vezes, após instaurado o contraditório, surgem novas circunstâncias não conhecidas pelo ente legitimado, acarretando a alteração da causa de pedir ou a inclusão de elemento novo.” (página 67 – “in verbis”) 20. Nesse passo, melhor que o pedido seja abrangente (do que diminuto) e a fim de que o contraditório seja exercido à saciedade, desde o início, como no caso dos autos, atentando-se para as consequências da coisa julgada no caso de procedência. E, também, sobre este tema escreveu o Doutor Swarai, e sendo que da sua obra “Poderes do Juiz nas Ações Coletivas”, há que ser destacado o quanto segue: “Nas ações coletivas para defesa de interesse individual homogêneo, a coisa julgada terá alcance “erga omnes”, apenas no caso de procedência do pedido e para beneficiar as vítimas e seus sucessores (art.103, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor), que poderão, então, habilitar-se á liquidação da sentença, desde que comprovem a existência de seu dano pessoal. Uma vez que o objetivo da tutela de grupo em sede de direito individual homogêneo é a defesa coletiva dos próprios interesses individuais decorrentes de origem comum, o legislador nacional entendeu por bem incentivar a participação do indivíduo no processo coletivo. Nesses termos, o art.94 do Código de Defesa do Consumidor dispõe sobre a publicação de edital e de outros meios de comunicação, a fim de que os interessados intervenham na demanda coletiva como litisconsortes. A hipótese assemelha-se à alínea b(3), da regra 23, das “class actions” norte americanas, justificando o apelido conferido pela doutrina às ações coletivas por interesses individuais homogêneos de “class actions brasileiras”. Explica-se: nas “class actions” norte-americanas, não há previsão de coisa julgada “secundum eventum litis”. Por tanto, verificando o juiz a “adequacy of representation”, todos aqueles que, no prazo fixado pelo tribunal, não exercerem o “right to opt out”, sofrerão os efeitos da coisa julgada “pro et contra”. No direito brasileiro, por seu turno, o particular que intervier no processo coletivo (numa espécie de “right to opt in”) assumirá a qualidade de parte e será atingido pela coisa julgada, seja a decisão favorável ou não.”(página 91 – “in verbis”). 21. Pertinente, portanto, o pedido de “fluid recovery”, uma vez que efetivado, expressamente, de forma subsidiária (caso as vítimas não façam uso do artigo 97 do Código de Defesa do Consumidor). 22. Insiste, ainda, a ré na sua ilegitimidade passiva “para responder aos pedidos relacionados aos serviços de TV por assinatura”. Falta a ré, neste tópico, com a necessária boa-fé objetiva e haja vista que a constituição jurídica (ou ficta) não pode afetar o consumidor dos serviços ela negociado. Ocorre que a contestação fala que o serviço de TV por assinatura é prestado por pessoa jurídica distinta da TELEFONICA, porém a TELEFONICA vende um COMBO (chamados de DUO ou de TRIO) com Internet, TV e Telefonia. Assim, a TV por assinatura somente se torna possível, pelo simples fato de usar o serviço de

internet banda-larga da TELEFONICA (Speedy) como “meio de transporte” para o serviço de TV por assinatura. E mais, todos os 3 serviços do aludido “combo” são pagos em uma conta/fatura única (inclusive nota-fiscal) emitida pela TELEFONICA. Com efeito, não é preciso muito esforço jurídico para responsabilizar a ré por aquilo que vende, prevalecendo a lei da oferta (art.30, CDC) e bem assim a conhecida teoria da aparência, uma vez que os assinantes de quaisquer serviços têm sim interesses comuns e não distintos como quer dizer a contestação. 23. Lembre-se que a ação civil pública, nas relações de consumo, deve ter uma aplicação finalística, e nesse sentido a lição do também colega juiz, professor e doutrinador Dr. Ronaldo Alves de Andrade, na sua obra Curso de Direito do Consumidor, Editora Manole, 2006, e sendo que da página 452 há que se destacar o seguinte: “O direito processual é instrumento para aplicação do direito material, por isso, em se tratando de relação de consumo, as regras processuais tradicionais, de natureza privada e, portanto, para atender esse tipo de demanda, são inadequadas para instrumentalizar o direito material das relações de consumo, realizadas, em sua maior parte, de forma massificada e não-individualizada. Daí a essencialidade de se verificar quais as modificações e como as regras de processo devem ser aplicadas nas relações de consumo.” (“in verbis”). 24. É de se destacar até mesmo que a denúncia a lide é vedada e sendo que a ré, por ação regressiva própria, se desejar, deverá buscar eventual ressarcimento em processo autônomo, à luz do artigo 88 do Código de Defesa do Consumidor. 25. Nestes moldes, perante os consumidores finais, e perante os autores (Ministério Público e Associação) dados por legitimados, na forma retro, a ré TELEFONICA continua responsável pela prestação dos três serviços (telefonia fixa, banda larga, e TV a cabo por assinatura) e que tem vendido (isolada ou em conjunto), uma vez que a sua logomarca tem sido utilizada nas propagandas (oferta) e de forma que prática comercial adotada, pela ré, enseja a aplicação da teoria da aparência. 26. Destarte, a composição societária exposta na defesa não afastada a aplicabilidade de quaisquer dos parágrafos, e nem do “caput”, do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor. 27. Superadas as preliminares de condições da ação e pressupostos processuais, cumpre apreciar a questão da decadência (preliminar de mérito) destacada na contestação. 28. Inexiste a decadência preconizada pela detalhada defesa. Senão vejamos. De início cumpre evidenciar que nenhum dos dois autores podem ser tidos como consumidores diretos, e, sim, são entidades legitimadas, como visto, pela legislação consumerista e de sorte que não tiveram contato direto e imediato com os fatos. Outrossim, ainda que se admita que aplicável ao caso o artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor se tem que excepcionalmente o mesmo Código editou norma que possibilita a interrupção da decadência. Sobre o tema leia-se o comentário do desembargador e professor Luiz Antonio Rizzatto Nunes, na sua obra “O Código de Defesa do Consumidor e Sua Interpretação Jurisprudencial”, Editora Saraiva, 1997, página 298, nos moldes a saber: “O CDC inovou na questão da decadência ao permitir a sua obstaculização. O prazo decadencial, que tradicionalmente não se suspendia ou se interrompia, com a entrada em vigor do CDC, para as relações nele reguladas, passou a poder ser “obstado”. (“in verbis”). 29. Por conseguinte, importa ressaltar o estatuído no inciso II do parágrafo 2º do mesmo artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor e onde se lê que a decadência fica obstada pela instauração do inquérito civil, até seu encerramento, e sendo de se anotar que o Ministério Público, ora autor, cuidou de juntar aos autos os respectivos inquéritos civis relacionados com os fatos imputados à ré. Note-se que por obstar se tem entendido interromper, fazendo, portanto, cessar o prazo antes computado (ou invalidar o prazo já transcorrido), tendo-se em mente a finalidade protetiva do código consumerista. E, outra questão relevante, se refere ao fato de saber qual será o chamado “dies a quo”, ou contagem inicial, do prazo de decadência sustentado pela ré; e neste aspecto,

também, a defesa não se sustenta e haja vista que os serviços não se findaram, se prolongaram no tempo, devendo ser considerado como contrato do trato sucessivo e, por conseguinte, inaplicável o exíguo prazo decadencial já que a ré continua no mercado prestando os mesmos serviços ora impugnados. 30. Paralelamente, além do anotado no item anterior e das várias ocorrências perante o PROCON, e em face do próprio SAC da ré (inciso I do parágrafo 2º do art.26 do CDC), de se anotar que aplicável ao caso em tela não os prazos restritos do artigo e, sim, os prazo do artigo 27 do mesmo Código de Defesa do Consumidor. Sobre o tema é importante destacar a lição do doutrinador Leonardo Roscoe Bessa, contida na obra “Manual de Direito do Consumidor”, em co-autoria com a professora Claudia Lima Marques e o Ministro Antônio Herman V. Benjamin, Editora Revista dos Tribunais, 2007, página 159, e sendo de lá destacável o quanto segue: “De qualquer modo, apenas a título ilustrativo, registre-se julgado do Superior Tribunal de Justiça: “Código de Defesa do Consumidor – Responsabilidade pelo fato do produto – Prescrição. A ação de indenização por fato do produto prescreve em cinco anos (arts. 12 e 27 do CDC), não se aplicando à hipótese as disposições sobre vício do produto (arts.18, 20 e 26 do CDC). Recurso conhecido e provido”(STJ, REsp 100.710, rel.Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 25.11.1996, DJ 03.02.1997).”(“in verbis”). 31. Com efeito, na dúvida entre os artigos 26 e 27 do Código de Defesa do Consumidor, é evidente que deve prevalecer o artigo 27, à luz da interpretação teleológica da norma protetiva em apreço e bem assim em virtude do estatuído no artigo 47 também do Código de Defesa do Consumidor (inclusive como ressaltou o autor em sua réplica). A interpretação teleológica aponta para o afastamento do sofisma empregado pela defesa, uma vez que o consumo em massa, e os contratos da mesma natureza, não podem servir de escudo para a irresponsabilidade civil. A ré, uma gigante no mercado das telecomunicações, não tem o direito de agir como se fora uma parte hipossuficiente ou inconseqüente. O contrato pode ser de adesão, de massa, mas o consumidor tem o direito de ser atendido de forma única e haja vista que as contraprestações estão asseguradas, e é da soma dos pagamentos (não da massa, mas de cada um dos consumidores) que a ré sobrevive no mercado, e ineficiência em questão não há que ser relevada nem pelo manto da prescrição e nem pelo da decadência. 32. Desnecessária, ainda, a produção de novas provas, quer seja à vista da farta prova documental juntada aos autos, e bem assim fatos públicos já existentes, e porque incabível a perícia para que se comprove que a ré possui nível de qualidade superior ao das outras empresas do mesmo segmento. Inaceitável que a ré pretenda, praticamente, no dizer popular: “nivelar por baixo”. Aqui neste feito não se discute a concorrência entre as empresas de telefonia e, sim, a necessária qualidade dos serviços prestados em virtude dos significativos pagamentos que são feitos pelos consumidores brasileiros. 33. Ademais, outras empresas, outrossim, vem sendo penalizadas pelas respectivas ineficiências, considerando-se até mesmo a prova documental, produzida pela ré, e como se vê no documento acostado às fls.683. Não fosse só naquela matéria, também recentemente, a NET Serviços de Comunicação S/A (empresa prestadora de serviços de internet por banda larga e televisão por assinatura e telefone fixo) foi condenada em ação, da mesma natureza da presente, por sentença proferida nos autos do processo n.08/131.816-0, da lavra do eminente colega e professor Dr. Carlos Dias Motta, e o qual por ser feito público, e constante do sistema informatizado Prodesp, é aceitável ao caso concreto, por analogia, e donde destaco, o seguinte: “Assiste razão ao autor ao afirmar que a ré e suas controladas devem prestar os serviços de forma contínua. É evidente que os consumidores contratam para que os serviços estejam à sua disposição de maneira permanente. Caso contrário, haveria cláusula potestativa em favor do fornecedor, que poderia prestar os serviços de acordo com a sua conveniência. E cabe às prestadoras de serviço promoverem o que for

necessário para que não ocorram interrupções, ou que estas sejam reduzidas. Em consequência os descontos são devidos. (...) Devem a ré e suas controladas fazer a comunicação das interrupções e dos descontos aos consumidores, automaticamente, independentemente de expressa solicitação. Trata-se de dever anexo, que decorre do princípio da boa-fé objetiva, a fim de conferir efetividade aos direitos dos consumidores. (...) Não há necessidade de realização de prova técnica, pois, diferentemente do alegado pela ré, não se está exigindo que ela e suas controladas mantenham um controle individual de cada residência, mesmo porque um controle dessa dimensão seria, de fato, muito oneroso e certamente os custos seriam repassados aos consumidores. Entretanto, o mínimo que se espera de uma empresa que se dedica a este tipo de prestação de serviços é um controle, ao menos por região. A ré e suas controladas não podem prestar seus serviços sem nenhuma forma de controle, mesmo porque suas atividades são controladas pela ANATEL. Nesse sentido, o art.10 da Resolução no. 488/2007 determina que as prestadoras devem manter registro, por um período mínimo de 24 meses, com histórico que demonstre os períodos de interrupção dos serviços. Além disso, a Resolução no. 4111/2005 traz um indicador que serve de parâmetro para avaliação das metas estabelecidas para as prestadoras dos serviços, e esse índice (IITS – Índice de Interrupções Solucionadas) relaciona o número de interrupções solucionadas em um determinado período (fls.298).” (...) Sustenta a ré que cabe ao consumidor o direito de escolha, entre as hipóteses encontradas no art.18, parágrafo 1º, do Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, tendo em vista as peculiaridades do caso, a forma de assegurar o direito dos consumidores é mesmo mediante o desconto, aliás previsto nas Resoluções da ANATEL. Ressalva-se, contudo, a possibilidade de compensação com eventual débito do consumidor, tudo de forma clara e discriminada. E, se não houver próximo documento de cobrança ou débito a compensar, a compensação deverá ocorrer mediante ressarcimento.” (“in verbis” - em 31/08/09). 34. Com efeito, ainda que as falhas sejam inevitáveis, o que não se admite é a falta de controle por parte da ré e pelas outras empresas do mesmo segmento do mercado, sendo irrelevante os tipos de equipamentos empreendidos na operacionalização do sistema, uma vez que não se está conseguindo um aproveitamento do que a tecnologia atual permite. Pacificado, portanto, que a ré viola, inclusive, as obrigações decorrentes da Lei Federal no. 9.472/97, especificamente o contido no inciso XII do artigo 3º da mesma norma (como quer o autor na sua inaugural). Eventual perícia (que não é necessária no caso) deveria averiguar até mesmo se a ré investe no Brasil da mesma forma que já investiu, ou investe, na Europa, onde o consumo consta (pelas máximas da experiência) ser ainda mais exigente do que o mercado nacional e considerando-se que os preços pelos serviços em questão estão entre os mais altos do mundo. 35. Não se nega a melhoria, e até mesmo algum barateio nos preços, dos serviços essenciais em discussão, desde que a ré passou a atuar no Brasil, mas, por outra banda, não pode a ré negar que possui uma das empresas mais rentáveis no mercado de consumo de massa e o lucro por ela obtido está diretamente relacionado com o risco do seu negócio. 36. Por assim ser, e com supedâneo no artigo 130 do Código de Processo Civil, dispense a produção da prova técnica e bem assim dispensável prova oral no caso em discussão, considerando-se o já asseverado no item 32 retro. 37. Destarte, competiria à ré provar, através de documentos hábeis, que efetivamente atendeu à contento mais de 99% do pedidos que foram efetivados perante o seu SAC (por telefone ou internet), lojas da TELEFONICA, cartas, ou “ombudsman”, e não juntar documentos em língua estrangeira como o fez e sem as respectivas traduções (e já objeto de decisão anterior por este juízo). Neste sentido está a melhor doutrina e donde destaco a lição do doutrinador e juiz de direito, já aposentado, Dr. ANTONIO JEOVÁ SANTOS, ao apreciar a chamada TEORIA DA CARGA

DINÂMICA DAS PROVAS, na sua obra "Dano Moral Indenizável", 2a. Edição, Editora Lejus, páginas 530/534, nos moldes a saber: " Segundo o art.333, I, do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito. Essa regra deve receber certos temperamentos, sobretudo, quando, para a vítima, a colheita da prova se entremostra difícil.... Pela carga probatória dinâmica, prova quem está em melhores condições de fazê-la... As máximas romanas "onus probandi incumbit actore, reus in excipiendo fit actor e ei incumbit probatio que dicit, no qui negat", acolhida, a primeira no art.333, I, do Código de Processo Civil, há de sofrer abrandamentos. Lembra Devis Echandia (Teoria General de la Prueba Judicial, v.1, p.485) que ditas máximas devem se adaptar aos conceitos modernos de colheita de provas. " A intervenção literal exagerada destas máximas, tem conduzido a conclusões absurdas, que delas tem pretendido deduzir. A primeira máxima não é incorreta, mas incompleta; em princípio, é certo que o ônus de provar corresponde ao autor, entendendo-se por tal, também o demandado quando excepciona, mas faz falta precisar e aclarar sobre quais os fatos recai, porque não se trata de uma regra absoluta que compreenda a totalidade dos fatos alegados na demanda ou exceções, nem implica porque se lhe impõe esse ônus... A segunda máxima ("ei incumbit probatio qui dicit, no qui negat") contempla a situação da parte que se limita a negar o fato alegado por seu adversário demandante ou demandado (este, quando propõe exceções), hipótese em que não lhe corresponde o ônus de provar; porém não tem valor absoluto, porque existem exceções para os fatos presumidos, notórios ou de caráter indefinido, pois quem os nega deve provar o fato contrário e, por outro aspecto, não serve para determinar o alcance do ônus da prova da parte oposta." ... Estas figuras exigem que o processo deixe de se aferrar a certos dogmas para que haja melhor e maior proteção ao demandante (vítima). Assim, no direito de danos, o Poder Judiciário há de mirar o processo pela perspectiva do ofendido. Nesta orientação, surge a carga dinâmica das provas, que afasta o rigor do "onus probandi" clássico visto no art.333, I, do Código de Processo Civil... Segundo este entendimento, é bom repetir, é considerada a distribuição do ônus da prova. Coloca-se sob a responsabilidade da parte que se encontra em melhores condições de provar, a carga de levar a prova para o ventre dos autos. Porque essa regra não está presa, nem cativa a preceitos de rígida divisão sobre quem incumbe o ônus de provar, mas esse ônus sempre depende das circunstâncias do caso concreto e da qualidade do demandante é que, ditas regras, assumindo caráter dinâmico, contrastando com aquelas rígidas, surge o nome de carga dinâmica das provas."("in verbis"). 38. Outrossim, pelos fatos públicos noticiados nos autos se vê até mesmo que já houve alguma melhora nos serviços prestados pela ré, e muito embora não se possa entender que estejam a contento e equivalente às tarifas pagas pelos consumidores nacionais (uma das mais altas do mundo e como se vê na matéria de fls.527). Leia-se, assim, às fls.750, que o PROCON registrou uma diminuição quanto às reclamações contra a ré (uma vez que em abril de 2009 equivaliam a 2800 e sendo que em dezembro de 2009 passou a ser um total de 600). Todavia, também se lê às fls.610 destes autos que a ré teve a venda dos serviços de "speedy", em 23/06/09, pela ANATEL, suspensas em virtude dos problemas, e até "apagões", vivenciados pelos usuários, e a ré declarou, ainda, que iria investir 70 milhões de reais para melhorar a oferta. No mesmo artigo, também, que prossegue às fls.614, se vê que a pane mais séria nos serviços de banda larga, ofertados pela ré, foi vivenciada em julho de 2008 (ocasião em que o serviço ficou desativado por 36 horas) e, portanto, dentro do pedido formulado pelo autor e antes da distribuição da ação (que se deu, repise-se em 03/02/09) e onde, outrossim, se vê notícias com "apagões" na rede de telefonia fixa por 14 horas. 39. É incontestável, ademais, o elevado número de ações individuais em andamento, em face da ré, em várias Comarcas do Estado, e especialmente nesta Capital (com

ênfase nos Juizados Especiais Cíveis). A boa-fé objetiva pede que a ré cumpra as ordens judiciais já proferidas, sem maiores delongas, e de sorte a, paralelamente, com a execução da presente sentença, demonstrar à sociedade que mantém seu compromisso de qualidade, veiculados nas suas últimas propagandas e de sorte a evitar novas demandas e até mesmo novas reclamações perante os órgãos administrativos. 40. A existência de fato notório, com relação à má prestação de serviços por parte da ré, nos termos sustentados pelo autor, é questão pacífica (e até mesmo consenso entre os cidadãos que são consumidores das empresas prestadoras de serviço público) e sendo que o contrário haveria que ser demonstrado por prova documental cabal. O número legal de testemunhas (até 3 por fatos) não seria suficiente para derrogar o elevado número de ações judiciais e nem mesmo das reclamações perante o PROCON e da ANATEL, e também por esta razão a prova testemunhal não se mostra apta no caso em voga. O mesmo se diga com relação ao depoimento pessoal e haja vista que a pena de confesso, inclusive, atualmente, possui caráter relativo. 41. E sobre a possibilidade de condenação em caráter genérico, sem a prova de danos individuais específicos, em ações coletivas (como a presente) já houve pronunciamento do E.Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão da lavra do respeitável relator desembargador Dr. Antonio Carlos Malheiros, na apelação com revisão n. 703.879-5/4-00, e sendo que o v.acórdão há ser transcrito o quanto se vê abaixo: “Dessa forma, a condenação em danos morais difusos é de rigor e não exige a prova de danos individuais específicos, bastando a comprovação da violação da lei, com danos disseminados por toda a sociedade. O dano não é apenas patrimonial, mas moral, porque, porque a gasolina adulterada representa enganação moral dos consumidores, apanhados em sua boa-fé, por não serem corretamente informados. Tal circunstância acarreta frustração, indignação entre outros porque a adulteração pode deteriorar as peças internas do veículo.” (“in verbis”). 42. Tal jurisprudência, também, se aplica ao caso concreto por analogia e tendo-se em vista que aplicável, efetivamente, ao caso em tela o mesmo artigo 927 do Código Civil e bem assim o artigo 186 do mesmo diploma legal. Sobre a possibilidade de aplicação conjunta do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil, ademais, já pacificou na doutrina do já aludido Dr. Leonardo Roscoe Bessa, contida na obra “Manual de Direito do Consumidor”, em co-autoria com a professora Claudia Lima Marques e o Ministro Antônio Herman V. Benjamin, Editora Revista dos Tribunais, 2007, página 167, e sendo de lá destacável, também, o seguinte: “A conclusão, portanto, é no sentido da possibilidade de mistura de regime entre direitos previstos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor para conferir proteção maior ao consumidor. Esta interpretação atende ao comando constitucional de defesa do consumidor (art.5º , XXXII) e, ao mesmo tempo, confere coerência ao ordenamento jurídico, pois não se pode conceber a existência de tutela mais vantajosa ao comprador nas relações jurídicas entre iguais (entre dois empresários, por exemplo) do que aquela constante no CDC (relação entre desiguais: consumidor e fornecedor).”(“in verbis”). 43. Nesse passo, os atos de omissão da ré (quando deixa, por exemplo, de atender ao reclamo do consumidor ou quando permite que os tais “apagões” durem longas horas), devem ser compreendidos, outrossim, à luz dos artigos 86 e 927 do Código Civil e sem prejuízo da desnecessidade da culpa (ou responsabilidade objetiva) quer seja com fulcro no artigo 931 do Código Civil ou quer seja pelo risco do negócio. Ao tratar sobre o tema (parágrafo único do artigo 927 do Código Civil) o Professor de Direito em Belo Horizonte, Minas Gerais, Dr. Leonardo de Faria Beraldo, na obra “Novos Estudos Jurídicos, v.9-n.2, p.317/340, maio/agosto 2004, destacou o seguinte: “Com o advento do novo Código Civil Brasileiro – CCB, muitas inovações ocorreram em nosso ordenamento, algumas representam avanços, já, outras, verdadeiros retrocessos. E a mudança sobre a qual nos propusemos a fazer uma

breve análise é no tocante ao parágrafo único do art.927, que versa sobre a responsabilidade civil. Ou, como alguns doutrinadores vêm dizendo, uma verdadeira cláusula geral ou aberta de responsabilidade objetiva, reflexo dos princípios da eticidade e da socialidade, pilares básicos do novo Código Civil. (...) Quando o dispositivo menciona que haverá obrigação de reparar o dano, nos casos especificados em lei, nos parece evidente que o legislador quis deixar claro que as leis especiais continuam em vigor, tais como o Código de Defesa do Consumidor. (...) Os empresários e as sociedades respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação “ex vi” do disposto no art.931 do Código Civil.”(“in verbis”). 44. Havendo, pois, o nexos causal o fornecedor responde pelos danos e sendo a sua responsabilidade decorrente da chamada culpa objetiva; ou seja: basta o ilícito, independentemente de culpa ou dolo. O nexos causal, ademais, no caso concreto, decorre dos fatos públicos já narrados e bem assim do fato da ré estar certa quando afirma que seus serviços são equivalentes aos prestados pelas outras empresas do mesmo ramo de atividade (veja-se “ranking” de fls.57), porém sem o padrão de qualidade desejável pelo legislador ou pela ANATEL (muito ao contrário), tanto em face dos fatos isolados destacados na inaugural quanto com relação, por exemplo, aos consumidores que foram vítima do despreparo da ré, em atender seus clientes de forma satisfatória, e haja vista o que foi destacado na matéria de fls.535. Inaceitável que um consumidor demore cerca de 4 horas de espera para ser atendido pela ré e, ainda, tenha que ser vítima da negligência da ré e haja vista que na mesma matéria o aposentado Lorenço Ortega, 67 anos, disse que: “Aguardou quase quatro horas para se atendido. “Pior ainda foi que não constava no sistema deles o número de protocolo que me deram na sexta-feira por telefone. Isso fez com que meu atendimento voltasse à estaca zero”. (“in verbis”). 45. O juízo, assim, não pode ficar inerte a fatos como este (apenas um dentre milhares) e prestigiar a restrita interpretação dada na tese civilista e processualista radical adotadas pela defesa. O caso, repita-se, pede aplicação de justiça efetiva, segundo os princípios de eticidade e boa-fé implantados no ordenamento jurídico pela Constituição de 1988 e bem assim pelo novo Código Civil. Aliás, a necessidade de proteção do bem como não é novidade e, sim, remonta, no mínimo, desde os tempos da edição da Lei de Introdução ao Código Civil e, por conseguinte, relembre-se o já famoso artigo 5º daquela norma. A violação dos princípios básicos que devem nortear os serviços fornecidos pela ré e, pelo caso narrado no item anterior, pela violação da própria dignidade da pessoa humana, se quem que se faz necessário a intervenção do Poder Judiciário para realizar o equilíbrio contratual entre a ré (fornecedora) e seus consumidores e quiçá sirva de exemplo para as demais fornecedoras dos serviços de telecomunicações. Sobre matéria correlata, aliás, já nos manifestamos nos estudos efetuados na mencionada Especialização em Direito Civil, perante a Escola Paulista da Magistratura, quando abordamos o tema referente ao VALOR SOCIAL DOS CONTRATOS, e donde destaco, ainda, o seguinte: “De tudo o que foi visto até agora, neste resumido estudo, tem-se que o seu ponto central, para alcançar o real valor social dos contratos, está ancorado no verdadeiro equilíbrio contratual. Não basta apenas o objeto lícito, a capacidade do agente, e forma prescrita ou não defesa em lei; é necessário também a correlação de direitos e de obrigações entre os contratante e sendo permitida, inclusive, a nulidade das chamadas cláusulas abusivas e todas as condutas que contribuam para colocar uma das partes em situação de desvantagem. A figura do hipossuficiente passa a ter uma abrangência mais prática do que teórica e os textos constitucional e legal vigoram de forma incidente nos contratos periódicos e na formação dos novos negócios jurídicos e sem que haja violação da segurança jurídica. Inegável que tal “dever ser” pede a força dos agentes atuantes nos meios jurídicos, no caso de omissão ou abuso dos meios econômicos, ora servindo de base, ora de parâmetro,

e ora de limite, mas sempre de modo atuante. Neste mesmo diapasão, está a doutrina de POPP⁴⁶ e sendo de importante peso os textos a saber: "O equilíbrio contratual visa aplicar na prática a idéia de igualdade substancial, visando impedir abusos e vantagens indevidas do fornecedor com relação ao consumidor. Ademais, conforme esclarece Cláudia Marques, "a vontade das partes manifestada livremente no contrato não é mais o fator decisivo para o Direito, pois as normas do Código instituem novos valores superiores como o equilíbrio e a boa-fé nas relações de consumo." Em três pontos é realçada a importância deste princípio contratual: na interpretação dos contratos pré-consumidor; na proibição genérica e exemplificativa de cláusulas abusivas, bem como por intermédio do controle judicial dos contratos, o que põe termo à idéia absoluta de intangibilidade das convenções." O equilíbrio nas relações jurídicas, ademais, não deve ser observado apenas nas relações chamadas de consumo mas também em todos os negócios jurídicos, de qualquer natureza, e haja vista que os sujeitos de direito antes de serem consumidores, ou não, haverão que ser tidos como "pessoas humanas" e como tais merecem a proteção constitucional, que põe a salvo a dignidade da pessoa humana (inciso III, art.1º., CF/88) e busca da construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I, art.3º., CF/88). Destarte, uma das formas de se alcançar o almejado equilíbrio nas relações jurídicas é através da imposição de obrigações, e outrossim neste sentido já manifestou-se o doutrinador LORENZETTI⁴⁷, nos termos a saber: "Pode o legislador impor obrigações às partes em atenção ao que elas mesmas não farão. É um modelo que antes era dispositivo e que pouco a pouco vai-se tornando imperativo. A ordem pública de proteção veio principalmente através da legislação especial. Um exemplo são as locações urbanas com destino à moradia, à compra e venda de lotes (Leis 14.005, 23.266), formação de condomínios etc. Também os juízes criaram pretorianamente obrigações. Exemplo disso é a obrigação de segurança que se impõe aos contratantes, quando está em jogo a saúde de um deles, ou a de informação, quando há um experto e um leigo. A doutrina tem tido ocasião de assinalar que a interpretação da regra "favor debitoris" deve ser entendida no sentido de proteção à parte mais fraca em um contrato. Em relação à hermenêutica das denominadas "condições gerais de contratação", tem sido afirmado o que se deve fazer contra o predisponente. Também, a indicação de controles administrativos prévios em matéria de contratação por adesão a condições gerais (seguros, círculos de poupança, contratos bancários etc)." O equilíbrio nas relações jurídicas chega a atingir até mesmo as relações processuais e com o que também, concordamos, e na prática já tivemos a oportunidade de aplicar a chamada teoria da "carga dinâmica das provas", e a qual, entretanto, só se justifica em situações atípicas." ("in verbis") 46. O estudo do PROCON, ademais, é legítimo, por se tratar de fundação, com informações, em princípio, isentas, e nada tendo sido provado em contrário nos autos, e de sorte que o relatório de fls.84 demonstra claramente a deficiência dos serviços prestados pela ré, em caráter crescente, nos cinco anos que antecederam à distribuição desta ação e donde se destaca o seguinte: "Esses problemas referem-se aos serviços de telefonia fixa e de acesso à internet em banda larga (Speedy), tanto aos ofertados/contratados isoladamente, como aos chamados serviços convergentes, ou pacote de serviços compreendendo, Telefonia fixa, Banda Larga e TV por Assinatura." ("in verbis"). 47. A questão é tão gritante no meio social que os programas de TV, desde há muito, tem satirizado a questão. E, como exemplo, pode ser citado o texto abordado no programa ZOOM da Rede Cultura de Televisão (canal 2), veiculado no último sábado, 10/04/10, a noite (por volta das 23 horas), oportunidade em que, em verdadeira revanche, um casal de consumidores deixa a atendente da nominada "Enganatel" esperando por longos minutos e para, em resumo, ao final, ser fornecido, à empregada da empresa de telefonia fictícia, um número de

protocolo, e bem assim destacando-se que apenas em 10 dias o seu pedido seria analisado. 48. Enfim, por qualquer ângulo que se olhe a questão, a procedência, no que tange ao pedido principal, é inafastável e sendo que, porém, apenas é cabível ressalva, como ver-se-á abaixo, no que concerne aos valores pugnados na inaugural. E, contudo, como já sumulado, a redução de valores em matéria de danos morais não afeta a integral procedência da demanda. 49. Procede, assim, a assertiva contida às fls.02 destes autos e sendo que na chamada “SINOPSE” consta o seguinte: “Ação civil pública indenizatória. Falha de serviços essenciais de telefonia, banda larga e TV a cabo. Atendimento deficiente às reclamações e solicitações dos assinantes. Descumprimento de obrigações legais de cortesia, continuidade e eficiência. Danos materiais e morais causados a milhões de consumidores. Obrigação de indenizar. Responsabilidade por ilicitude (CC, arts.186 e 927), por defeito do serviço (CDC, arts. 20 e 22, par.único) e por violação de direitos de usuários de serviços de telecomunicações (Lei Federal no. 9.472/97, art.3º, XII). Responsabilidade objetiva do fornecedor (CC, arts.927, p.ún. e 931; CDC, art.14).” (“in verbis”). 50. Outrossim, é bom que se diga que a presente decisão abrangeu os principais tópicos da exordial e da contestação e sendo desnecessário um detalhamento minucioso de cada um dos tópicos assinalados por ambas as partes. No mesmo sentido, ainda, já houve decisão do antigo 2º TAC – 2ª Câmara – Embargos de Declaração nº 797.138-01/8 – Voto nº 7.421 – Rel. Des. Felipe Ferreira – J. 10.11.03, a saber: “Inexiste omissão no acórdão, que examinou todas as questões suscitadas no recurso, não havendo necessidade de fazer referência expressa aos dispositivos legais mencionados pela embargante.” 51. Cumpre, todavia, fixar, ainda, valor indenizatório, mas, antes, renove-se que até mesmo a ré, na sua contestação, reconheceu a possibilidade de habilitação das vítimas. E, também, sobre este tema escreveu o Doutor Swarai Cervone de Oliveira, e sendo que da sua obra “Poderes do Juiz nas Ações Coletivas”, há que ser transcrito, também, o quanto segue: “A art.103, §3º, do Código de Defesa do Consumidor dispõe que na ação coletiva procedente, os efeitos da coisa julgada beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e a execução da decisão, nos termos dos arts.96 a 99 da mencionada lei. A sentença coletiva valerá, desse modo, como título executivo judicial para a execução dos danos individuais. Entretanto, decorrido o prazo de um ano, sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, os legitimados do art.82 do Código de Defesa do Consumidor poderão promover a liquidação e a execução da indenização, revertendo o montante apurado para o Fundo criado pela Lei de Ação Civil Pública.” (página 92 – “in verbis”) 52. Assim, num primeiro plano fica reconhecida a possibilidade de cada um dos consumidores da ré (assinantes), e que tenham sofrido aflições em seus direitos materiais e morais, nos últimos cinco (5) anos, na liquidação e execução de sentença e sendo a procedência declarada aqui de forma genérica, fixando-se apenas a responsabilidade da TELEFONICA pelos pagamentos dos mesmos danos, com fundamento no artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor. Renove-se, pois, que dentre as aflições ou danos sofridos pelos assinantes estão todos aqueles destacados no pedido, às fls.43, pelo Ministério Público, a saber: diversas falhas na prestação dos serviços de telecomunicações, inclusive por cobranças indevidas, e em decorrência do mau atendimento prestado àqueles que procuraram a empresa em busca de soluções e providências. E, de acordo com o nosso entendimento também está o professor Dr. Ronaldo Alves de Andrade, na sua obra “Curso de Direito do Consumidor”, já mencionadas, mas aqui às fls.536, e da onde há se ter em mente o quanto segue: “Em se tratando de direito coletivo metaindividual, são legitimados para promover a ação de execução da sentença aqueles do art.82 do CDC, exceto quanto aos direitos individuais homogêneos, cuja execução deve ser feita individualmente por cada consumidor que tenha

sofrido o dano. Nesse sentido, veja-se o julgado a seguir: Tribunal de Alçada de Minas Gerais – TAMG. AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Consumidor – Prática abusiva prevista no artigo 39, VIII, da Lei n.8.078/1990 – Ministério Público – Substituto processual na primeira fase do processo até a sentença declaratória – Necessidade, quando da execução da sentença, da intervenção concreta e efetiva dos consumidores lesados, os quais deverão trazer prova do “quantum” de seu dano para fins de ressarcimento. Ementa oficial: Na ação civil pública, em face de prática abusiva prevista no artigo 39, VIII, da Lei 8.078/1990, o Ministério Público age como substituto processual dos consumidores lesados, mas sua atuação nessa condição cessa logo na primeira fase do processo, com a sentença declaratória. Na segunda fase do processo, quando da execução da sentença, é necessária a intervenção concreta e efetiva dos consumidores eventualmente lesados, os quais deverão trazer aos autos a prova do “quantum” de seu dano, a fim de serem ressarcidos. (TAMG – AP.Civ.n. 233.593-5 – Belo Horizonte – 7ªCâm. – Rel.Juiz Geraldo Augusto – j.19/6/1997 – v.u).”(“in verbis”). 53. O prazo para tais habilitações, ademais, é legal, fixado pelo artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor: de 1 (um) ano. Tal prazo de um ano, contudo, só terá início após o trânsito em julgado da presente sentença declaratória. Facultada nova divulgação pelos órgãos de defesa do consumidor, no termos do artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor e bem assim, após o trânsito em julgado da presente, publicando-se novo edital na imprensa oficial e tudo a fim de que coletividade, efetivamente, tenha acesso ao inteiro teor desta decisão. Destarte, consigne-se, desde já, que não há limitações para os valores de cada uma das habilitações, que serão apuradas de forma individual e, aí sim, segundo cada caso concreto. Com efeito, findo o prazo em tela, no caso de inexistir eventuais habilitações, excepcionalmente, o Ministério Público poderá prosseguir na fase executiva da sentença, para fins de reivindicar valores em prol do Fundo Criado pela Lei de Ação Civil Pública. Neste, caso somente, é que valerá o valor abaixo fixado. 54. O valor de R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais), pugnado pelo Ministério Público, entretanto, afigura-se, mesmo para uma empresa do grande porte da ré, como excessivamente elevado. Não se pretende com esta decisão afastar as grandes empresas de telefonia do mercado nacional, e, sim, ao contrário: o que se espera é que tenham maior empatia e preocupação social para com os consumidores brasileiros. Outrossim, o que se busca é que a ré passe a investir, cada vez mais, na melhoria dos seus serviços, honrando as tarifas que já recebe (quer dizer, aumentos excessivos de tarifas) e bem assim que, no caso de reclamações (judiciais ou não), que preste atendimento compatível com os princípios e preceitos constitucionais retro assinalados. A análise isolada da receita bruta da ré (R\$ 21.183.809.000,00) leva a critérios exorbitantes se não for considerado que a fornecedora, desse mesmo valor, retirou vários bilhões para reinvestir no seu negócio, pagar seus empregados e até mesmo para responder por ações individuais que já tenham sido liquidadas. Enfim, o valor é bruto e o correto seria estimar a condenação segundo o lucro líquido (de R\$ 2.362.960.000,00). Nesta ordem de idéias, e diante da ausência de outros parâmetros traçados na inaugural, e da impossibilidade de se proferir, neste aspecto, sentença ilíquida, o juízo adota, segundo parâmetros que há nos autos, como paradigma os valores fixados pela ANATEL quando da suspensão das vendas do “speedy”. Leia-se, portanto, na matéria de fls.580, que, apenas pelo problemas com o “speedy”, a ré foi condenada ao pagamento de R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões). Mas, aquele valor, para a ação pública em apreço, afigura-se reduzido, haja vista que aqui não apenas se constatou falhas no serviço de banda larga (1), mas também nos serviços de telefonia fixa (2), nos de TV por assinatura (3) e, ainda, situação indigna para grande parte dos consumidores (4) que procuraram a ré (por todos os canais disponíveis) e de sorte que razoável a fixação do valor condenatório em

quatro (4) vezes (porque aqui se colheu o pedido contra quatro condutas abusivas praticadas pela ré) aquele mesmo valor (quinze milhões); ou seja: R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais). Este, pois, o valor razoável para o caso de o autor ter de executar a sentença (valor indenizatório) em prol do Fundo Criado pela Lei de Ação Civil Pública (“fluid recovery”). E de acordo com o nosso entendimento está o doutrinador já citado o Dr. ANTONIO JEOVÁ SANTOS, na sua conhecida obra “Dano Moral Indenizável”, 2ª Edição, Editora Legis, páginas 72/75, nos moldes a saber: “... A indenização não pode ser tão elevada que pareça extravagante e leve a um enriquecimento injusto, a uma situação que nunca se gozou, que modifique a vida do prejudicado ou de sua família, que o transforme em um novo rico. Não tão alta que pareça um gesto de indubitosa generosidade, porém com o bolso alheio... O julgador deve estar situado e sintonizado no contexto econômico do país. Deve ter em conta os males do custo social brasileiro. Ter em conta a situação média das empresas, dos fornecedores de bens e serviços. A situação média de nossa população. Ter em conta a expressiva pobreza dos habitantes do país, além de levar em consideração o impacto que o valor da indenização venha a ter sobre o dinamismo econômico... A cifra deve ser razoável. Porém, não para satisfazer uma das partes em sua legítima expectativa; uma indenização condigna, uma indenização que tenha relevância... O que pode ser adquirido com o dinheiro de uma indenização há de ser balanceado pelo juiz, porque se nada pode ser comprado ou adquirido com o dinheiro, para nada serviu a indenização. Se a vítima alcançou o luxo com o montante, tampouco serviu. Quais são as necessidades que devem ser satisfeitas? A palavra prazer é demasiada frívola, tem conotação pejorativa. Melhor utilizar a expressão bens e serviços que venham a cobrir uma necessidade ou a satisfazer uma necessidade da vítima ou de sua família...” (“in verbis”). 55. Ante o exposto, pelo mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE A PRESENTE AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE O Ministério Público do Estado de São Paulo e o Instituto “Barão de Mauá” de Defesa de Vítimas e Consumidores contra Entes Poluidores e Maus Fornecedores em face de Telefônica – Telecomunicações de São Paulo S/A – Telesp, para condenar a ré ao pagamento dos danos e dos valores segundo os parâmetros fixados entre os itens 51 e 54 retro. E, em razão da sucumbência mínima dos autores (tendo sido apenas reduzido o importe pugnado para o caso de destinação da indenização ao “fluid recovery”) condeno a ré ao pagamento de todas as custas e despesas processuais e em honorários advocatícios que fixo em 10% (dez por cento) do valor da causa (R\$ 500.000,00) atualizado. P.R.I. São Paulo, 12 de abril de 2010. Jane Franco Martins Bertolini Serra Juíza de Direito