

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA
____ VARA CÍVEL DA CAPITAL**

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ, por sua *Promotoria de Justiça de Especializada na Defesa dos Direitos do Consumidor*, vem, perante Vossa Excelência, com fulcro nos arts. 25, alínea a da Lei 8.625, de 12.09.93 (LONMP), 81, 82, inciso I e 91 da Lei 8.078, de 11.09.90 (código de Defesa do Consumidor), Lei n. 7.347, de 24.07.85 (LACP), Lei Complementar Estadual n.º 13, de 25.10.91 e outras pertinentes, para propor

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

com **PEDIDO DE LIMINAR, INAUDITA ALTERA PARS**, em defesa dos direitos e interesses individuais homogêneos dos consumidores deste Estado, contra a empresa **TNL PCS S/A-OI**, registrado sob o CNPJ de n.º 04646160017-16, pertencente ao grupo TNL – **Telemar Norte Leste** -, ambas estabelecidas nesta capital, sito à Trav. Doutor Moraes, nº 121, bairro Nazaré, CEP 66023-710, tendo atualmente como Diretor Regional Edilberto Gomes da Costa, pelos motivos de fato e direito abaixo expostos:

1. RAZÕES DA PRESENTE DEMANDA.

A empresa acionada judicialmente presta serviços de telefonia móvel. A atividade é desenvolvida graças a várias modalidades administrativas de autorizações concedida pela União, e tais prestações receberam a denominação geral de SMP- Serviço Móvel Pessoal.

Com atividades voltadas ao atendimento daqueles que utilizam aparelhos e serviços celulares, a referida prestadora, assim como as demais, empreende esforços contínuos no sentido de modernização e captação de recursos, este através de arregimentação do maior número possível de consumidores. Assim sendo, com esses propósitos, promove e divulga inúmeros anúncios publicitários ofertando os mais diversificados serviços, tais como, a título puramente exemplificativo, “Fale Mais e Pague Menos”, “Conta Programada”, “Trinta e Um Anos”, “Plano Controle”, “Promoção Fenômeno”, “OI-MTV”, etc. – ressalte-se que as denominações, nesta oportunidade utilizadas, refletem apenas como a população conhece os referidos programas.

Procedendo de maneira equivocada, a empresa passou a vincular os serviços que o Estado deferiu a ela, através de autorização/concessão, com a modalidade de ato jurídico contratual da compra e venda. Assim decidido, iniciou a venda de aparelhos das mais famosas marcas industriais, com seus respectivos avanços tecnológicos, aos usuários do sistema de telefonia móvel, ao mesmo tempo em que os atrelavam a determinados planos de serviços.

Esse casamento da compra e venda de aparelhos, somados a diversas modalidades de planos oferecidos aos consumidores, findou por gerar frutos distorcidos, dentre os quais a obrigatoriedade do usuário em permanecer, durante doze meses, vinculado a prestadora ou ao plano alternativo optado, sob pena de, caso assim não proceda, pagar considerável quantia em dinheiro a título de multa. Esta imposição contratual recebeu denominação de **Cláusula de fidelidade ou**

fidelização ou (em infeliz imitação aos planos de saúde) **PRAZO DE CARÊNCIA**. Não importa nestas modalidades contratuais, se o consumidor, insatisfeito com a qualidade dos serviços da operadora, deseje desligar-se da mesma; se o aparelho foi furtado ou roubado e, por tais motivos, o contratado não esteja utilizando os serviços da empresa - o mesmo pode se dizer em caso do aparelho apresentar defeitos insanáveis – ficará então o usuário do sistema obrigado a permanecer vinculado, arcando com todos os ônus, até decurso de doze meses, perante a empresa de telefonia. Outrossim, desejando o consumidor desvincular-se, conforme foi dito acima, terá o mesmo de pagar - ou como diz o contrato: reembolsar - à prestadora de serviço de acordo com os meses faltantes para o término do prazo de carência. Assim, para melhor compreensão e trazendo como exemplo um dos contrato ofertado pela empresa Amazônia Celular, faltando doze meses para o término da carência, o valor a ser pago em caso de desistência pelo consumidor será na importância de R\$240,00 (duzentos e quarenta reais); caso seja onze meses, importará na quantia de R\$220,00 (duzentos e vinte reais); até chegar a um mês, ocasião em que o consumidor arcará com o “reembolso” no valor de R\$ 20,00 (vinte reais).

Portanto, melhor explicando, são duas as situações abrangidas na situação, embora tenham os mesmos efeitos contratuais aos usuários: A ocorrência da impossibilidade da desvinculação da empresa (ou serviços) prestadora em razão de compra de aparelho ou serviços sem ônus; e, numa segunda hipótese, optando o usuário pela mudança de plano alternativo da mesma operadora, ficará o consumidor “amarrado” às condições da citada cláusula de fidelização.

Diversos órgãos que atuam na defesa do Consumidor, em várias partes do país, insurgiram-se contra a denominada **Cláusula de Fidelidade**, entendendo ser a mesma a mais pura manifestação de ilegalidade. Quanto às empresas de telefonia – inclui-se aqui a demandada -, estas justificam-se esclarecendo que, como passaram a também vender aparelhos celulares, decidiram ofertar os mesmos por

preço mais barato do que normalmente custam. Uma parte do valor real do referido bem é bancado pelo consumidor, comprometendo-se a prestadora de serviço de telefonia a custear o restante, no que resultaria num preço final abaixo do que são geralmente comercializados. Para garantir o “financiamento” concedido por elas aos adquirentes, com base na RESOLUÇÃO n.º. 316 da ANATEL, passaram a exigir a carência (fidelização) pelo período de doze meses. Do mesmo modo, como estariam subsidiando o usuário nos diversos serviços ofertados, tornaram estes mais em conta.

A argumentação não convenceu, até em razão de que uma RESOLUÇÃO não poderia violar o SISTEMA JURÍDICO que disciplina o matéria. Por outro lado, ressalte-se, que as empresas não estão obrigadas a firmar contratos dentro dos quais estão incluídas obrigatoriedade da fidelização. Trata-se de uma opção concedida a cada uma delas, razão pela qual caberá a cada uma suportar as conseqüências onerosas (aqui inclui-se ações judiciais) ou vantajosas decorrentes de suas respectivas condutas.

De qualquer maneira, conforme depoimento do representante da Agência, a ANATEL, visualizando a lacuna cometida na citada Resolução, empenha-se para rever o posicionamento adotado em relação aos contratos que contenham a denominada cláusula de fidelidade ou fidelização ou carência, face a injuridicidade que a mesma apresenta.

2. RESOLUÇÕES: CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS.

Como é do conhecimento geral, o conceito de Ato Administrativo tem íntima afinidade com o estabelecido pela lei civil na definição do Ato Jurídico. De fato, sendo este definido como todo aquele que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou

extinguir direitos; difere do outro (Ato Administrativo) - ou melhor: acrescenta- pela existência da condição elementar da **finalidade pública**. Finalidade esta essencial, pois, no direito positivo, não se admite ato administrativo sem finalidade, conforme preleciona Hely L. Meireles- Atos Administrativos, p.133 e seguintes. **A finalidade referida há de ser sempre o ato voltado ao interesse público**. De sorte que, se satisfazer pretensões descoincidentes do interesse público, estará o ato eivado pela nulidade.

Resoluções são Atos Administrativos inferiores a outras modalidades. É inferior, por exemplo, aos regulamentos, regimentos e, logicamente, às leis. De qualquer maneira, tem sua validade atrelada à finalidade pública que deve alcançar. No caso, razão da presente demanda, chega-se a conclusão que o único interesse preservado na Resolução referida e originária da ANATEL, foi o da lucratividade das entidades privadas e operadoras de telefonia móvel. De qualquer maneira, repisa-se: a ANATEL não obriga a empresa de telefonia a firmar os referidos contratos!

3.ASPECTOS JURÍDICOS DA QUESTÃO.

Na sociedade democrática todos os homens devem ter a possibilidade de escolher o que lhes parecer melhor. Dostoiévski¹ indagava o que seria do homem sem desejos, sem liberdade de desejo e de escolha, senão uma peça num órgão? De fato, não há nada que melhor defina uma pessoa do que aquilo que ela faz quando tem toda a liberdade de escolha². A filosofia enfatiza que alguém poderia objetar que o maior patrimônio do homem é a vida; pois de que vale a mesma sem liberdade?

¹ "Cadernos do Subterrâneo" – (1828/1881).

² William M. Bulger.

Moisés³ pregava que, por intermédio dos Profetas, Deus havia garantido que somos **livres** para **escolher** o bem ou o mal.

Ainda na esteira das idéias acima, aproveite-se a de Clóvis Beviláqua que definiu contrato como sendo acordo de vontade para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos. Ou seja, em última análise, representa a conjugação de **vontades** de duas ou mais partes. O substantivo feminino **vontade**, elemento fundamental na construção da observação supra, constitui-se na faculdade de representar mentalmente um ato que **pode** ou **não** ser praticado em obediência a um impulso ou aos motivos ditados pela razão⁴. Portanto, em sentido figurado, pode-se afirmar que a alma da vontade é constituída **pela liberdade e pela escolha**.

Na trilha dos mestres das ciências jurídicas, salutar ressaltar Sílvio Rodrigues⁵ que, ao discorrer sobre os chamados Princípios do Direito Contratual, salientou que o da **autonomia das vontades** desdobra-se em dois outros: a) princípio da **liberdade de contratar** ou **não** contratar; b) princípio da liberdade de contratar aquilo que entender - respeitando-se aqui, naturalmente, as limitações de ordem pública. Por conseguinte - conclui o insigne Professor - ninguém é obrigado a se ligar contratualmente. Observe-se a **liberdade e vontade** presentes nas ponderações do Jurista.

A **vontade** é a base fundamental do ato jurídico chamado CONTRATO. Assim sendo aquela, em hipótese alguma, poderá estar contaminada por vícios, erros ou ignorância, dolo, coação ou pela violação da ordem pública, sob pena de ineficácia⁶, segundo a tradição do nosso Direito Civil. Do que foi exposto, percebe-se que as

³ Moisés 7:32-Bíblia Sagrada.

⁴ Dicionário Aurélio.

⁵ Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade.

⁶ Curso de Direito Civil- W.B. Monteiro.

restrições referidas objetivam resguardar a liberdade dos indivíduos na formação de sua vontade.

Ao lado da **vontade**, surge com igual importância a nova concepção social dos contratos. Significando que serão levados em conta os efeitos sociais do mesmo⁷. Assim sendo, para proteger importantes interesses da sociedade, elevaram a condição de princípio com expressões, tais como boa-fé, confiança e expectativas. É o Estado impondo uma nova ordem jurídica em razão de realizações que ultrapassam os interesses individuais⁸. Agora temos a liberdade, vontade e os fins sociais como verdadeiros elementos a serem observados e respeitados nos contratos. Na questão motivadora da presente demanda, o suposto objetivo social (possibilidade de planos e serviços mais baratos ao consumidor) esconde todo um plano de lucratividade insaciável e de aprisionamento daquele que adquire bens e serviços como destinatário final.

Ainda sobre o tema, ressalte-se que o novo Código Civil determina que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato- Art.421. A redação foi dada pela Emenda 371, objetivando nortear o magistrado no sentido de que, ao interpretar o contrato e a sua execução, deverá atender a sua função social. Ainda do citado diploma legal ficou determinado que os contratantes são obrigados a guardar, seja na conclusão do contrato, seja em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé –art.422.

A lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997, ao dispor sobre a organização, funcionamento e outros aspectos relativos aos serviços de telefonia, determinou que o usuário dos serviços têm o direito à liberdade de escolha de suas prestadoras de serviços⁹. Na citada lei encontramos que, na disciplina das relações econômicas do

⁷ A nova teoria Contratual – C. L Marques.

⁸ A. H. Bejamim.

⁹ Art.3ºinciso II- Lei n.º 9472/97.

setor de telecomunicações, observar-se-ão, dentre outros princípios constitucionais, o da livre concorrência e o da defesa do consumidor¹⁰.

Inimaginável a existência da livre concorrência sem que seja assegurada a plena liberdade das pessoas no exercício de suas condições de consumidores! Diga-se, a propósito, que a lei consumerista garante a estes, como não poderia deixar de fazê-lo, o direito fundamental da liberdade de escolha e igualdade nas contratações¹¹

Ainda sobre o assunto, esclarece Luiz Rizzatto Nunes¹² que a liberdade que o texto garante é objetivo da República, ou seja, o Estado brasileiro tem entre seus objetivos o de assegurar que a sociedade seja livre. Isso significa que concretamente no meio social, entre várias ações possíveis, a da pessoa designada como consumidora seja **livre**.

Por tudo que foi exposto, constata-se que a conduta da operadora de telefonia celular ao manter o consumidor aprisionado através da chamada fidelização, retirou do usuário o direito de escolha, quanto à melhor autorizatária que possa lhe servir, como também o condicionou aos termos da referida cláusula, caso desejasse realizar a migração de um plano alternativo a outro ofertado pela demandada. O procedimento eleito fere o Sistema Legal da Privatizações, Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e a própria Constituição Federal, esta apontando a livre concorrência como princípio básico da economia¹³.

Em Uberlândia(MG), decidindo pela proibição das empresas de telefonia em celebrar contratos que obrigam consumidores a permanecerem fiéis à empresa por tempo determinado, o juiz relator

¹⁰ Art.5º da Lei nº 9472/97.

¹¹ Art.6º, Inc. II, da Lei nº 8.078/90.

¹² Comentários ao Cod. de Defesa do Consumidor.

¹³ Fernando R. Martins- Promotor de justiça.

Dácio Lopardi Mendes, manifestou-se dizendo que **o plano de fidelização não admite o cancelamento do direito de uso nem em casos extremos de roubo ou furto, responsabilizando o consumidor por todo o período contratado.** O citado Magistrado considerou essa cláusula contratual como **iníqua, abusiva** e ainda **colocam o consumidor em desvantagem exagerada, efetivamente incompatíveis com a boa-fé ou a equidade**¹⁴.

A desvantagem exagerada mencionada diz respeito a vantagem de outrem que ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertencem, restringindo direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual, constituindo-se excessivamente onerosa para o consumidor, considerando a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstância peculiares ao caso.¹⁵

Ao conceito de onerosidade excessiva atrela-se o princípio da equivalência contratual. Aqui o objetivo é o equilíbrio na relação obrigacional estabelecida para obtenção da justiça contratual. É um corretivo ou impedimento das condições gerais iníquas¹⁶.

Por último, menciona-se a boa-fé. Trata-se, numa singela explicação, de regras de conduta. O que se objetiva é o comportamento fiel, leal, visando ação sem abusos e sem prejuízos em relação àquele agente mais frágil, econômico e juridicamente, da relação consumerista.

A empresa demandada, como acima foi explicado, justifica o modo de proceder alegando que a cláusula de fidelização (fidelidade ou carência) é inserida em seus contratos como meio de garantir o retorno do investimento que a mesma realizou em favor do

¹⁴ www.mp.mg.gov.br.asscom/26091248.htm

¹⁵ Art.51 do CDC.

¹⁶ Condições Gerais dos Contratos e Cláusula Abusivas – Rizzotto Nunes.

consumidor. Há de ser lembrado, nesta ocasião, a declaração prestada pelo representante da respectiva prestadora perante o Órgão Ministerial. Em síntese, informou que a empresa subsidia financeiramente os consumidores na compra de celulares, tornando referidos aparelhos mais baratos. Disse, também, que algumas modalidades de Planos de utilização de serviços para telefonia celular, ficaram mais em conta para o usuário em razão do procedimento acima.

Conclui-se, facilmente, que o ônus para o consumidor pela “benevolência” da empresa é a perda da liberdade de permanecer ou não com os serviços daquela prestadora que o acorrentou no contrato, bem como o desejo de migrar para outro plano alternativo dentro da mesma empresa. Não devemos esquecer a passagem vergonhosa da história brasileira, na qual homens escravizavam outros homens tendo como uma das justificativas o fato de fornecerem casa e comida aos negros. Ou seja: a liberdade (física e mental) em troca de benevolências. Em treze de maio do ano de mil oitocentos e oitenta e oito, aproveitando viagem realizada pelo imperador à Europa, a princesa Isabel assinou a Lei Áurea, extinguindo a escravidão no Brasil. Agora é o Órgão Ministerial, através da presente ação, reivindicando ao Poder Judiciário liberdade aos seus substituídos processuais. Liberdade de escolha, de permanecer ou não em determinada prestadora de serviço de telefonia celular, independente da “comida”, “água” e “casa” – entenda-se: serviços e produtos, que o empresário do setor possa lhe ter dado. Liberdade que se constitui na mais profunda condição para existência dessa pessoa física ou jurídica denominada de CONSUMIDOR.

Da leitura do que foi exposto acima, poder-se-ia indagar: o que restaria às empresas, quanto aos supostos investimentos realizados pela demandada em favor do consumidor? De sorte, terá a mesma de encontrar, dentre os mais diversos mecanismos existentes na legislação pátria (Comercial e Civil), meios de firmar, como já existem no comércio de compra e venda, relação jurídica sadia e que não

represente perda ao consumidor de bens indisponível dentre os quais o da **liberdade**.

4. ASPECTOS CONCLUSIVOS.

Por tudo que foi exposto, ao proceder os contratos celebrados com o universo de consumidores, contendo a denominada cláusula de fidelidade - **esta que aprisiona (vinculando) aos seus serviços os usuário do sistema pelo período de um ano, mesmo que esteja ele insatisfeito com o desempenho da operadora ou tenha sido perdido, quebrado, roubado ou furtado, etc., o aparelho celular, sob pena de, não permanecendo pelo período aprazado, sujeitar-se ao pagamento indenizatório correspondendo ao fixado no contrato** -, a empresa demandada:

- Viola princípios que norteiam a validade dos Atos Jurídicos, em especial o da liberdade;
- Viola o princípio Constitucional da Livre Concorrência, na medida que “aprisiona” (vinculação obrigatória) o consumidor pelo prazo de um ano a determinada prestadora, excluindo, no decurso deste tempo, qualquer possibilidade de opção por outra empresa do setor ou, até mesmo, por outros planos alternativos ofertados pela demandada;
- Coloca o consumidor em desvantagem exagerada, pois, mesmo que este não esteja utilizando os serviços da operadora de telefonia celular pela ocorrência de furto, perda, roubo, quebra do aparelho, insatisfações, etc, fica obrigado a continuar pagando nos termos do contratos;
- Viola a Lei 9.472/97, que garante ao consumidor a liberdade de escolha de sua prestadora de serviço de

telecomunicação, sem estipular tempo (carência) ou outra condicionante;

- Contraria direitos básicos do consumidor, notadamente a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações- Art.6º, inc. II;
- Pratica atos abusivos nos termos exatos do art.51 do CDC;
- Esquece que as Resoluções/Portarias são atos administrativos que, eivados de ilegalidade, não produzem efeitos juridicamente válidos. Assim, em que pese a autorização da ANATEL permitindo (**não obrigando**) a fidelização, esta cláusula possui nulidade na origem - ninguém é obrigado a cumprir ilegalidade!;
- **Fazendo uso da faculdade conferida às prestadoras de telefonia celular, tendo esta inserido em seus contratos a fidelização, terá de arcar com todos os ônus decorrentes de sua escolha - inclusive demandas judiciais;**
- Viola o garantia da boa- fé e da equidade, ignorando a finalidade social dos contrato, conforme o consagrado pela lei civil e a consumerista;
- Finda por criar nova versão da denominada e **proibida** venda-casada (aquisição de um produto/serviço obrigatoriamente atrelada a aquisição de um outro);
- Ao praticar a venda de aparelhos celulares, atrelada a obrigatoriedade de manter-se vinculado aos serviços da prestadora, fere o princípio da essencialidade dos serviços públicos de telefonia;
- Violando o princípio da finalidade pública ao que devem sujeitar-se os atos administrativos, assentou sua conduta na irregularidade.

5. DA “*LEGITIMATIO AD CAUSAM*”
DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Inúmeros estudos foram realizados acerca da legitimidade do órgão ministerial para propor ações na defesa dos de interesses coletivos, difusos e individual homogêneo. Teses foram levantadas e livros ocuparam grande parte de suas páginas sobre o tema. A conclusão de tantos debates foi considerar-se como incontestável possibilidade de atuação do Ministerial Público, como substituto processual, na defesa dos interesses acima referidos. De fato, o Código de Defesa do Consumidor, logo após prescrever ser cabível a defesa coletiva na hipótese de interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, inciso I, II e III), indica o *Parquet* como um dos legitimados para a respectiva ação - cabe o registro de que, para a defesa dos interesses individuais homogêneos, a legitimidade do *Órgão* remonta ao início da Lei n.º 7.347 de 24 de julho de 1985, conhecida como Lei da Ação Civil Pública .

O Código de Defesa do Consumidor, como linhas atrás foi dito, estabeleceu no artigo 81, parágrafo único, inciso III, que “*a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo, sendo que a defesa coletiva será exercida quando se tratar de: interesses ou direitos individuais ou homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum*”.

Não é demais lembrar que o art. 91 do CDC estabelece que: “*os legitimados de que trata o art. 81 podem propor: em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o dispositivo nos artigos seguintes*”.

Salutar as ponderações de João Batista de Almeida acerca da Ação Civil Coletiva, esta referida linhas atrás. Ensina o Mestre que :

“Das inovações introduzidas pela lei de proteção, com matéria processual, a instituição da ação civil coletiva para a defesa dos interesses individuais homogêneos de origem comum representou, sem dúvida, um grande passo e uma poderosa conquista para a defesa judicial do consumidor.

Trata-se de um aversão abasileirada da conhecida “class action” americana, diferindo do modelo basicamente no que toca à representatividade e à legitimação para agir, mas perfeitamente adaptada ao sistema processual nacional”.

Como se sabe, o objetivo desse tipo de ação é, também, a defesa em juízo dos direitos individuais e homogêneos, assim entendidos os vinculados a uma pessoa, de natureza divisível e de titularidade plúrima, decorrentes de origem comum, portanto, homogêneos. Melhor explicando: serem iguais ou idênticos para todos os interessados e decorrem de origem comum. Quer dizer: pleiteados quando o mesmo réu for parte em todas as relações jurídicas subjacentes.

Pela própria conceituação desses direitos - individuais titularizados por pessoas diversas, uma a uma ligados por elementos de homogeneidade e origem comum -, resulta que poderiam ser propostas inúmeras, talvez milhares de ações individuais pleiteando, cada um de per si, em benefício próprio, o objeto da demanda. Nesse ponto reside a grande mudança: o Código permite o ajuizamento de uma única ação coletiva por pessoas legalmente legitimadas, em benefício de todas as vítimas do mesmo evento, com isso, evitando o ajuizamento de milhares de ações, em todo o território nacional, proporcionando economia de tempo e dinheiro para as partes.

Por outro lado, entende a doutrina, fortalece a posição do consumidor, que, isoladamente, poderia não se sentir em condições de litigar - em virtude do maior ou menor valor patrimonial da demanda ou das despesas que forçosamente teria que efetuar -, mas que, na via coletiva, através de ação única, terá uma razoável oportunidade de ressarcimento.

O referido jurista João Batista Almeida conclui que “O procedimento é ordinário (CPC arts. 282 e s.) com alterações que se tornaram necessárias em razão das peculiaridades da ação coletiva notadamente no que tange à legitimação para agir, ao foro para o ajuizamento e à execução, ao conteúdo da sentença de conhecimento, à coisa julgada e, bem assim, à liquidação e execução da sentença”. Diz ainda: *“A grande inovação, no entanto, é a legitimação do Ministério Público para a ação coletiva destinada à defesa dos interesses individuais homogêneos decorrentes de origem comum, disciplinada nos arts. 91 a 100 do CDC. Por essa via processual, o Ministério Público, em nome próprio e em interesse das vítimas ou seus sucessores, ajuizará uma única ação que poderá beneficiar todos os lesados, o que resultará em solução mais rápida do conflito e em sensível economia de tempo e dinheiro”* (op. cit. pg. 156).

6. DA LIMINAR E SUA NECESSIDADE.

Humberto Theodoro Júnior, acerca do tema referente a antecipação de tutela, ao discorrer sobre o assunto em relação a ação civil, pronunciou que:

“Longe vai o tempo em que a ordem jurídica constitucional contentava-se com solenes e formais declarações de direitos dos cidadãos. Depois de inúmeras vicissitudes o Estado liberal cedeu lugar ao Estado social de Direito, porque restou sobejamente comprovado que, no plano das

instituições jurídicas, não basta a declaração de direitos nem tampouco a definição de órgãos competentes para sua tutela. É imperioso que o titular possa contar com instrumentos e mecanismos de provocação e atuação efetiva das garantias jurídicas.”¹⁷

De fato, o direito não deve ser apenas declarado, deve ser materializado em favor daquele que o tem, e da forma menos gravosa possível, considerando-se aí tanto os ônus financeiros do processo como também o tempo transcorrido entre o pedido e a prestação jurisdicional.

Evidentemente, conforme consagra a doutrina, o ônus do tempo não pode ser suportado por aquele em favor de quem o direito mostra-se claro. Não podemos esquecer que a **questão versa sobre ato contrário ao direito**. Assim, é pensamento pacífico que **no caso de ato contrário ao direito, é possível inibir a sua prática, repetição ou continuação, eliminar o estado contrário ao direito com a conseqüente reconstituição da situação jurídica que lhe era anterior, ou ainda obter, independentemente da vontade do réu, a situação que existiria caso a norma houvesse sido observada**. Nestes casos, **pode ser considerada apenas tutela destinada a inibir o ilícito, denominada de tutela inibitória; ou a reintegrar o direito que foi violado, tendo-se no caso a chamada tutela reintegratória**. **Evidente que, ao final, tem-se tutela específica**. Aqui resulta o sentido do pedido que é o de restabelecer a situação anterior existente, qual seja: liberdade do consumidor de permanecer ou não atrelados aos os serviços prestados pela operadora de telefonia celular, optando pela melhor empresa dentre as diversas existentes no mercado. E, assim sendo considerado, decreta-se a nulidade/ineficácia das denominadas Cláusula de Fidelidade ou Carência, estas constituídas em flagrante violação às normas de ordem pública e interesse social que disciplinam a matéria.

¹⁷ Direito do Consumidor-3ª ed.,RJ,2002,p.166.

Conforme amplamente referido, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor trata o assunto da tutela antecipada, conforme o estabelecido no art. 82, §3º. Segundo este, havendo perigo da prestação e sendo relevante o fundamento da demanda, **é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente**. A lição que se tira do comando legal é de que, segundo posicionamentos doutrinários aceitos, **deverá o magistrado pela prova trazida aos autos, no momento da concessão da tutela, estar convencido de que, ao que tudo indica, o autor tem razão e a procrastinação do feito ou sua delonga normal poderia pôr em risco o bem de vida protegido, face a possibilidade do dano irreparável ou de difícil reparação (...)**.¹⁸

Indiscutível, após os fatos relatados ao longo desta petição, a existência dos requisitos necessários ao deferimento da liminar desejadas. Acrescente-se ainda o fato de que a verossimilhança encontra-se sobejamente demonstrada através dos documentos integrantes desta inicial, estes comprovadores da verdade afirmada em relação a conduta da demandada. O mesmo se diga quanto ao fundado receio de dano irreparável, caracterizado pela conduta **continuada** (diariamente são firmados inúmeros contratos “aprisionando” consumidores) e **lesantes** da demandada. Assim, tem-se como indiscutível a existência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

Há necessidade de ser observado que o deferimento da medida liminar não é ato discricionário do juiz. É ato vinculado. Estando presentes os pressupostos da medida *in limine*, não é dado ao magistrado indeferi-la. Sobre a questão, registre-se que nos anais da justiça brasileira existem inúmeras posições teóricas compatíveis com o que linhas atrás foi dito. A título exemplificativo, trazemos o escrito do Ministro Athos Gusmão Carneiro: (...) **as liminares são concedidas ou denegadas. Não ao "prudente arbítrio do Juiz" ou pela maior ou menor liberdade pessoal do Julgador, ou por que simpatize ou não**

¹⁸ Rodolfo Mancuso- Ação Civil Pública- 5ªed.-ªed.-RT,p.145.

simpatize com as teses ou com as idéias preconizadas pelo impetrante, mas sim serão concedidas quando claramente se compuserem ambos os pressupostos legais, e serão denegadas quando tais pressupostos não ocorrerem com a suficiente clareza. De qualquer maneira, não podemos nos afastar da idéia de que **liminar assenta-se num juízo de verossimilhança, de mera aparência do direito e não de certeza**¹⁹, razão pela qual, conforme preceitua o art.273 do CPC, o juiz poderá (poder/dever) a requerimento das partes, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela.

7. DO PEDIDO.

Por tudo o que foi relatado ao longo desta petição, restou, ao Ministério Público do Estado do Pará, a propositura da presente AÇÃO CIVIL PÚBLICA como meio eficaz de coibir o procedimento adotado pela empresa prestadora de serviço de telefonia móvel, **RAZÃO PELA QUAL REQUER:**

- 1- **Seja o réu citado**, através do seu representante legal, para apresentar, se assim o desejar, contestação a presente Ação Civil Pública, sob pena de revelia e demais cominações legais;

- 2- **Seja deferido o pedido de liminar**, ficando a demandada proibida de inserir, **no Estado do Pará**, a chamada cláusula de fidelidade nos contratos futuros e a partir do deferimento desta medida desejada;

¹⁹ Celso Basto.

- 3- **Em havendo a concessão da liminar requerida,** seja estipulada a multa de R\$ 3.000,00 (três mil reais) por cada contrato que venha a ser celebrado em desrespeito à ordem judicial, sem prejuízo de outras providências judiciais cabíveis, conforme exaustivamente desejado no item 2;
- 4- **Seja julgada procedente a presente Ação Civil Pública, declarando-se a nulidade da cláusula de fidelização, também denominada de carência ou fidelidade, existentes e celebrados no Estado do Estado do Pará; bem como, determinado a proibição da demandada de inserir, nos contratos futuros, a cláusula mencionada ao longo da petição;**
- 5- **Seja a ré condenada ao pagamento de multa** no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), **por violação aos direitos do consumidor;** valor este que será revestido no Fundo Estadual de Defesa dos Direitos Difusos, com fulcro na Lei Complementar N.º 023/94;
- 6- **Seja a ré condenada à multa** no valor de R\$10.000,00 (Dez mil reais), por descumprimento da decisão de mérito; multa esta diária e imposta até cessação da conduta violadora;
- 7- Por último, **versando a presente demanda sobre matéria unicamente de direito, que haja o**

juízo antecipado da lide, nos termos do art. 330, I, do Código de Processo Civil. Outrossim, caso entenda Vossa Excelência necessário a produção de provas, protesta o autor por todos os meios de provas admitidas em direito.

Atribui-se à causa, por ser de valor inestimável, a quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), para os efeitos legais.

Nestes termos

Pede e Espera deferimento.

Belém, 05 de novembro de 2004

GILSON FRUTUOSO ABBADE

Promotor de Justiça

ANEXOS:

1. Termo de Declaração de Representante da empresa Demandada;
2. Termo de Declaração de Representante da empresa VIVO;
3. Termo de Declaração de Representante da empresa TIM Celulares;
4. Termo de Declaração de Representante da empresa Amazônia Celular;
5. Termo de Declaração de Representante da ANATEL;
6. Modelo de Plano Pós-Pago Alternativo de Serviço da empresa demandada;
7. Resolução nº 316, de 27 de setembro de 2002, da ANATEL;
8. Norma nº 23/96 da ANATEL