

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

85

845
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB N°

ACÓRDÃO



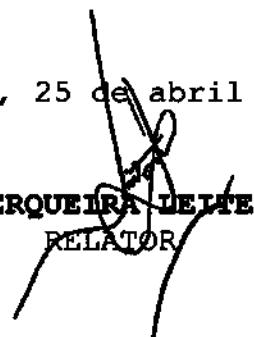
03801363

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0209093-23.2011.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante TIM CELULAR S/A sendo agravado NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO, POR MAIORIA DE VOTOS, VENCIDO O EXMO. SR. 2º DESEMBARGADOR, QUE DECLARA VOTO.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente) e TASSO DUARTE DE MELO.

São Paulo, 25 de abril de 2012.


CERQUEIRA LEITE
RELATOR



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

942
92

ACÓRDÃO

Tutela antecipada - Indeferimento em decisão interlocutória, simultânea à prolação de sentença - Ação cominatória - Obrigação de não fazer e de fazer - Serviços de telecomunicações - Ré condenada a se abster de contratar com pessoas naturais individualizadas serviço móvel especializado (SME), e a incluir informações claras em matérias publicitárias, acerca das restrições aos seus serviços conforme Resolução da ANATEL - Sentença de procedência parcial da pretensão - Requisitos da tutela antecipada coexistentes com o risco de dano irreparável ou de difícil reparação - Inadmissibilidade de se aguardar o trânsito em julgado - Preceitos da sentença a serem observados desde logo - Recurso provido - Voto vencido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 0209093-23.2011.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, sendo agravante Tim Celular S/A. e agravada Nextel Telecomunicações Ltda..

ACORDAM, em Décima Segunda Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, dar provimento ao recurso, vencido o Exmo. Sr. 2º Juiz, que declara voto.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ao mesmo tempo em que prolatou sentença nos autos de ação cominatória da autora em face da ré, no sentido de ser esta constrangida a se abster de contratar serviço móvel especializado (SME) com pessoas naturais individualmente consideradas, permitida somente a contratação com pessoas jurídicas, grupos de pessoas jurídicas ou grupo de pessoas naturais que exerçam atividades específicas, bem como à obrigação de acrescentar, em matérias publicitárias, informações claras a respeito da necessidade de pessoas naturais interessadas nos seus serviços integrarem grupo ligado a uma atividade específica, tudo no prazo de 30 dias sob pena de multa de R\$ 80.000,00 diários para cada preceito, o juízo de primeiro grau indeferiu a antecipação da tutela e deferiu para o trânsito em julgado a eficácia dos provimentos.

Inconformada, a autora objeta, expondo que há contradição entre o indeferimento da tutela antecipada e a sentença prolatada, que julgou parcialmente procedente a sua pretensão cuja eficácia só será alcançada com o trânsito em julgado, pois a ré continua e continuará praticando concorrência desleal, ao disponibilizar serviço móvel especializado (SME) a toda e qualquer pessoa natural que se interesse por esse serviço, muito embora só esteja autorizada a contratar com pessoas jurídicas e grupos de pessoas, jurídicas e naturais, que estejam associadas a uma atividade específica. O indeferimento da tutela tira da sentença o seu efeito prático e permite à ré que continue na sua conduta irregular, a invadir a prestação de serviço móvel pessoal (SMP) até que sobrevenha o trânsito em julgado, bem assim a informar mal os usuários-destinatários acerca das restrições



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

3

844
8
aos seus serviços nos termos da Resolução n. 404/05 da ANATEL. Busca reforma e a antecipação da tutela.

Considerado prejudicado o recurso pelo Juiz Carlos Elmano de Oliveira, relator sorteado, a agravante opôs agravo interno e, diante do falecimento do relator, novo relator exarou decisão de reconsideração para processar o agravo, seguida de contraminuta da agravada.

É o relatório.

Tem razão a agravante e, em boa medida, os fundamentos para o deferimento da tutela antecipada já foram explicitados no voto do relator, de n. 21.253, que encaminha para julgamento recurso de apelação interposto pela agravada, de n. 0124551-63.2011.8.26.0000.

É caso de transcrever:

"A ré está autorizada à prestação de serviço móvel especializado (SME), ao passo que a autora presta serviço móvel pessoal (SMP), cada qual regulamentado, respectivamente, pelas Resoluções n. 404/2005 e 477/2007 editadas pela ANATEL no uso das suas atribuições institucionais.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

845
846

4

"São serviços distintos e inconfundíveis, portanto, com a característica de que o SMP tem como usuário a pessoa natural ou jurídica, ao passo que o SME tem como usuários pessoas jurídicas ou grupos de pessoas, naturais ou jurídicas, caracterizados – diz o art. 7º da Resolução n. 404/2005 – pela realização de atividade específica.

"De ordinário, a prestadora de serviço móvel pessoal não está autorizada à prestação de serviço móvel especializado, e a recíproca é verdadeira. Há, no primeiro, a vocação da pessoalidade, da individualidade. Há, no segundo, a vocação da coletividade, da pluralidade, voltada à atividade específica.

"Disso decorre que a prestação do serviço móvel especializado não se presta para o uso indiscriminado de indivíduos ou pessoas naturais desvinculadas de um grupo de interesses.

"Portanto, se é isso que a ré vem implementando, procede a pretensão da autora com o fim de impedi-la, sob威mação de multa que é prevista no art. 461, § 4º, do CPC, compatível com a obrigação de não fazer a ser concretizada num prazo razoável.

"Apenas para reforçar a convicção, o parecer técnico providenciado pela ré com as razões de recurso, a fls. 795/839, elucida a fls. 807 no que consiste o serviço móvel especializado, cujas chamadas são do tipo 'despacho',



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

946
8

5

úteis: 'Por exemplo, em obras de engenharia, em que há a necessidade de coordenar grande contingente de pessoas, onde os profissionais da construção civil se comunicam com sua rede de fornecedores, empresas de logística e parceiros comerciais por meio da radiocomunicação do tipo despacho, que opera como importante ferramenta de trabalho, de interesse coletivo. Do mesmo modo, em áreas com intensa atividade logística - como profissionais envolvidos na distribuição e movimentação de cargas e produtos - o SME apresenta-se como um canal preferencial de comunicação. Por fim, profissionais que necessitam de comunicação urgente, tais como médicos e enfermeiros se valem do SME para otimizar seu contato com pacientes, colegas e demais prestadores de serviços'.

"O parecer técnico bem mostra o que deve ser interpretado como atividade específica de pessoas jurídicas ou grupo de pessoas naturais ou jurídicas.

"A ré não está autorizada a prestar o serviço a pessoas naturais individuadas, indiscriminadas.

"É disso que trata a pretensão da autora e cuidou a r. sentença.

"A situação fez com que a autora encaminhasse reclamação administrativa à ANATEL contra a ré, resultando em decisão exarada pelo Superintendente de Serviços Privados, de forma a preceitar a ré a se abster de vender acessos do SME a pessoas naturais indiscriminadamente, e passar a exigir, no



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ato da contratação, prévia comprovação das pessoas naturais, e não apenas declaração, de que realizam atividade específica, sob multa de R\$10.000.000,00, fazendo veicular publicidade retificadora destinada a realçar o seu público alvo (fls. 297).

"Em síntese, a ré se desviou do seu público alvo e fez uso de publicidade enganosa, vedada pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 37), como se estivesse autorizada a prestar serviços de telecomunicações a pessoas naturais isoladas, desvinculadas de um grupo com atividade específica.

"Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin salienta que: 'O legislador demonstrou colossal antipatia pela publicidade enganosa. Compreende-se que assim seja. Esse traço patológico afeta não apenas os consumidores, mas também a sanidade do próprio mercado. Provoca, está provado, uma distorção no processo decisório do consumidor, levando-o a adquirir produtos e serviços que, estivesse melhor informado, possivelmente não o faria' ('Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto', Ada Pellegrini Grinover 'et alii', Ed. Forense Universitária, 2001, 7ª ed., págs. 287-288).

"A publicidade juntada a fls. 406, apenas para exemplificar, anuncia que 'Nextel é comunicação via rádio ilimitada e celular no mesmo aparelho', o que não condiz com a verdade, já que o aparelho celular é próprio do serviço móvel pessoal, cuja característica é, ao contrário de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

848

7

unidirecional como no serviço especializado, bidirecional, ou seja, permite que o usuário chamador e o usuário chamado falem e ouçam simultaneamente (v. fls. 806).

"Pode-se admitir que, sob o prisma tecnológico, um mesmo aparelho opere como rádio e como celular, o que não se pode admitir, sob o prisma do estatuto de defesa do consumidor, é que a autorizada a operar rádio (serviço móvel especializado) associe seu nome (Nextel) a celular (serviço móvel pessoal). O consumidor menos informado, ou desavisado, pode ser induzido a uma distorção.

"Procede o recurso da autora na parte em que hostiliza o deferimento da tutela com eficácia condicionada ao trânsito em julgado da sentença.

"A tutela do direito pode ser um nada se depender do trânsito em julgado.

"O texto do art. 273 do CPC autoriza que, nas situações nele figuradas, o juiz conceda ao autor um provimento liminar que, provisoriamente, lhe assegure o direito material reclamado como objeto da pretensão resistida.

"Humberto Theodoro Júnior, em ensaio sob o título 'Tutela Antecipada e Tutela Cautelar', veiculado na RI 742/40-56, ensina que: 'Justifica-se a antecipação de tutela



pelo princípio da necessidade, a partir da constatação de que sem ela a espera pela sentença de mérito importaria denegação de justiça, já que a efetividade da prestação jurisdicional restaria gravemente comprometida. Reconhece-se, assim, a existência de casos em que a tutela somente servirá ao demandante se deferida de imediato'.

"Depois de salientar que a medida autorizada pelo art. 273 entra, antes da sentença, no plano da atividade executiva que, normalmente, realizar-se-ia depois da sentença de mérito e já no campo da execução forçada, o ilustre doutrinador fala em execução provisória total ou parcial e conclui que: 'Qualquer sentença, mesmo as declaratórias e constitutivas, contém um preceito básico, que se dirige ao vencido e que se traduz na necessidade de não adotar um comportamento que seja contrário ao direito subjetivo reconhecido e declarado ou constituído em favor do vencedor. É a sujeição do réu a esse comportamento negativo ou omissivo em face do direito do autor que pode ser imposto por antecipação de tutela, não só nas ações condenatórias, como também nas meramente declaratórias e nas constitutivas. Reconhece-se, provisoriamente, o direito subjetivo do autor e impõe-se ao réu a proibição de não agir de maneira contrária, ou incompatível com a '**facultas agendi**' tutelada' (a transcrição é da pág. 45).

"De tudo quanto se expôs, é translúcido que faz anos, pelo menos desde 2008, quando a autora apresentou reclamação administrativa na ANATEL, a ré vem prestando serviços de telecomunicações para os quais não está



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

850

9

autorizada, a pessoas naturais individualizadas, inclusive fazendo publicidade em condições de induzir a erro consumidores desses serviços.

"É um truismo que a ré opõe renhida resistência, com base numa interpretação esgarçada de resolução da entidade competente, não obstante determinação da ANATEL de se abster.

"Proclamado na r. sentença o direito da autora de pleitear que a ré se abstenha dessa prática, como forma de concorrência desleal e de captação de usuários, por desvio, de serviço móvel pessoal, estão mais do que presentes os pressupostos da prova inequívoca e da verossimilhança da alegação, coexistentes com o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação à autora e a consumidores em potencial.

"A antecipação da tutela se impõe e, desde logo, a partir da publicação deste julgado, conta-se o prazo de 30 dias para que a ré cumpra os dois provimentos da r. sentença, abstendo-se e fazendo publicar informe publicitário de que não está autorizada a prestar serviços de telefonia celular ou serviço móvel especializado de telecomunicações a pessoas naturais de forma indiscriminada, sob pena da multa cominada de R\$80.000,00 por dia para cada um dos preceitos".



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

851
851

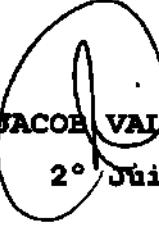
10

Dante do exposto, dá-se provimento ao recurso e antecipa-se a tutela de direito material, contando-se desde logo o prazo para cumprimento fixado na r. sentença.

Presidiu o julgamento, com voto, o Desembargador **JACOB VALENTE**, e dele participou o Desembargador **TASSO DUARTE DE MELO**.

São Paulo, 25 de abril de 2012.


CERQUEIRA LEITE
Relator


JACOB VALENTE
2º Juiz



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

1

852

VOTO Nº: 12072
AGR.V.Nº: 0209093-23.2011.8.26.0000
COMARCA: SÃO PAULO
AGTE.: TIM CELULAR S/A
AGDO.: NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

Declaro voto para consignar entendimento diverso daquele externado pela douta maioria da Turma Julgadora.

Discordo da solução dada ao fato, por entender que a concessão de liminar ou antecipação de tutela jurisdicional quando já proferida sentença constitui forma indevida de burlar a regra dos efeitos da apelação (CPC 520), conseguindo-se dar apenas efeito devolutivo ao recurso que, em verdade, deveria também receber efeito suspensivo.

O máximo que se pode admitir, em se falando de antecipação de tutela jurisdicional ou liminar, é o recebimento do apelo somente no efeito devolutivo em relação a ela quando a sentença confirmar liminar ou antecipação de tutela anteriormente concedida (CPC 520, VII), situação absolutamente distinta daquela encontrada nestes autos.

Se o magistrado, ao proferir sentença, entrega a prestação jurisdicional definitiva, passível, é evidente, de reexame nas hipóteses legais, não vejo como se possa, neste mesmo momento, conceder antecipação de tutela jurisdicional que já foi prestada.

A meu ver, andou bem o juiz da causa, ao negar a antecipação de tutela nos moldes postulados pela agravante.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

2

Por isso é que, pelo meu voto, negava provimento ao agravo de instrumento interposto, mantendo íntegra a decisão recorrida.

Declaração de voto redigida em 10 de maio de 2012.


JACOB VALENTE
2º Desembargador