



Órgão : 5ª TURMA CÍVEL
Classe : APELAÇÃO CÍVEL
N. Processo : **20130110762189APC**
(0019710-80.2013.8.07.0001)
Apelante(s) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO
FEDERAL E TERRITÓRIOS E OUTROS
Apelado(s) : OS MESMOS
Relatora : Desembargadora MARIA IVATÔNIA
Acórdão N. : 1131026

EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DO CONSUMIDOR. TELEFONIA CELULAR. TIM. PLANO INFINITY. DERRUBADA DAS LIGAÇÕES. OCORRÊNCIA. AÇÃO CULPOSA E POSTERIORMENTE DOLOSA. DANO INDIVIDUAL. CONDENAÇÃO GENÉRICA. DANO MORAL COLETIVO. EXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO. REDUÇÃO DO VALOR. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO. RECURSO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Carece interesse da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL a justificar o deslocamento do feito à Justiça Federal, vez que, no caso, o Ministério Público ajuizou a presente ação civil pública em desfavor de TIM CELULAR S/A sob o argumento de que referida concessionária de telefonia móvel teria praticado ato ilícito consistente na "derrubada" proposital de ligações com o intuito de obter lucro. Tal ilícito civil não se refere a nenhuma ação regulatória específica da ANATEL, mas de violação aos direitos dos consumidores, cuja competência deve ser da Justiça comum estadual.

2. A inversão do ônus da prova opera-se a critério do juiz e constitui uma regra de instrução e não de julgamento, haja vista que as partes não podem ser surpreendidas com inversão do ônus probatório somente por ocasião do julgamento da causa,

porquanto estar-se-ia vulnerando o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

3. No caso, em que pese o equívoco da sentença que inverteu somente em sentença o ônus da prova, tal situação jurídica não foi aplicada quanto à verificação da prática da má prestação de serviço por parte da ré-apelante, haja vista que o magistrado afirmou nesse capítulo da sentença que o ato ilícito estava provado por meio dos documentos acostados aos autos, fazendo inclusive referencia a especifica a eles, o que afasta qualquer nulidade quanto à questão probatória.

4. No PADO n. 53504.026837/2010, no qual foram realizadas mais de uma fiscalização, não se constatou a derrubada proposital das chamadas do plano Infinity, mas um defeito na qualidade do serviço decorrente do sistema de proteção às fraudes, o que impediu que a TIM entregasse aos consumidores o que foi por eles contratado nos termos da ampla campanha publicitária veiculada pela ré, consistente em ligações com duração ilimitadas com a cobrança apenas no primeiro minuto. A TIM, quanto a esse particular, apontou em sua defesa perante o agente regulador que tal aplicação foi cessada em 2010. Em razão dos danos aos consumidores, cuja amostragem se deu em 12.8.2010, a ré foi multada. No PADO n. 53500.006169/2011, iniciado a partir de demanda do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, que visava investigar as denúncias de "derrubada" proposital das ligações do plano Infinity no Distrito Federal, constatou-se que, de fato, no período de amostragem de 25.11.2010 a 18.3.2011, a ré derrubava de maneira proposital as chamadas com duração superior a 1 hora e 20 minutos dos planos Infinity, vez que tal prática se dava de maneira quase padronizada, dentro da mesma rede, sem que tivesse havido deslocamento do consumidor, a qual, em razão da queda da ligação, era forçado a efetuar nova chamada segundos depois, redundando em nova cobrança. Essa ação da ré, como se percebe pelo que foi decidido pelo órgão regulador, não se deu por culpa ou má qualidade de serviço, mas por ação deliberada, vez que não prosperaram nenhum de seus argumentos defensivos.

Ademais, tal prática ocorreu após alegada cessão no ano de 2010, vez que a amostragem se deu entre novembro de 2010 e março de 2011, quando, segundo a ré, já havia cessado com a aplicação de derrubada de ligações dentro do sistema de combate a fraudes. Destarte, o fato alegado na inicial, no sentido de que a ré derrubava intencionalmente as ligações dos planos Infinity, após 1 hora e 20 minutos de duração, está suficientemente provado, de sorte que está demonstrado o ato ilícito praticado pela ré, o qual, obviamente, violou os consumidores clientes que tiveram que efetuar nova ligação com o custo do primeiro minuto, bem como toda a coletividade que foi exposta às agressivas campanhas publicitárias que prometiam ligações com duração ilimitada, sem interrupções, com a cobrança apenas do primeiro minuto. Nota-se, portanto, que em agosto de 2010, quando da primeira amostragem, a interrupção das ligações após certo tempo de duração ocorreu por ação ao menos culposa da ré, que mantinha sistema de combate a fraudes que interrompia as chamadas. De novembro de 2010 a março de 2011, período de amostragem do segundo PADO acima referido, a descontinuidade do serviço se deu de maneira dolosa quanto aos planos Infinity após 1 hora e 20 minutos de duração da chamada, o que obviamente impõe responsabilidade à empresa ré fornecedora ante a sua prática abusiva e ilícita, tanto no plano individual como coletivo, que de culposa tornou-se dolosa e discriminatória, como se observa no período de amostragem no PADO n. 53500.006169/2011. Assim, de forma inicialmente culposa e posteriormente dolosa, a ré promoveu a descontinuidade de serviço essencial que é a telefonia, sobretudo aqueles relacionados aos planos Infinity, nos quais os usuários tiveram que fazer nova ligação em seguida para prosseguirem na comunicação anteriormente iniciada, com inequívoco prejuízo quanto a eles e, por sua vez, lucro, por parte da TIM. Ademais, tal proceder violou, como dito, a mais não poder também toda a coletividade alcançada pela publicidade enganosa difundida a quatro ventos pela ré, como se pode ver às fls. 74 e seguintes dos autos. Desse modo, a TIM violou os incisos IV e VI do artigo 6º, artigo 20,

artigo 22 e artigo 37, todos do Código de Defesa do Consumidor, razão pela qual deve ser responsabilizada por sua conduta ilícita nos planos individual e coletivo.

5. No plano individual, é inequívoco o dano causado aos consumidores, além de serem vítimas da propaganda enganosa, tiveram que refazer a ligação para continuar a chamada em virtude da interrupção culposa e/ou dolosa do serviço, mormente àqueles integrantes dos planos Infinity, arcando novamente com o custo do primeiro minuto de ligação. Como já anotado, no Informe de fls. 942/953, a ANATEL apurou que, no período de seis horas no dia 12.8.2010, 26.277 (vinte e seis mil e duzentos e setenta e sete) usuários foram vítimas da ação da ré ao interromper a ligação. Ademais, no Informe de fls. 937/940, a ANATEL apurou que, no universo de amostragem de 48 usuários que tinham tempo superior a 4700 segundos de conexão, 8 (o que totaliza 19,89%) tiveram dolosamente interrompidas suas chamadas, o que releva, em termos percentuais, um número elevado, muito embora não tenha sido considerado para fins de aplicação da multa quando comparado com o total de usuários no Distrito Federal que no período de amostragem era de 4.467.488 (quatro milhões, quatrocentos e sessenta e sete mil e quatrocentos e oitenta e oito) (fls. 939-verso). Por outro lado, como não é possível identificar todos os consumidores lesados com a interrupção culposa e dolosa das ligações e que foram obrigados a efetuar nova ligação, pagando o custo o primeiro minuto, impõe-se, como postulado pelo Ministério Público, a condenação genérica da ré em pagar os danos materiais experimentados pelos consumidores com tal prática abusiva e ilegal, nos termos do artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor.

6. De outra parte, o dano praticado pela ré por meio de sua conduta culposa e dolosa extrapolou a mera relação individual, alcançando toda a comunidade que foi vítima de sua publicidade enganosa e abusiva, já que havia a interrupção das ligações. Essa situação revela a ocorrência também de um dano moral coletivo, porquanto a sociedade consumidora de telefonia celular móvel, que é quase a totalidade dos habitantes

de um país na atualidade, foi enganada, aviltada, ludibriada pela publicidade enganosa e por suas ações, o que fez romper a confiança necessária que a comunidade deve ter nos concessionários de serviços públicos, notadamente aqueles de caráter essencial como o de telecomunicações.

7. No caso dos autos, além da propaganda enganosa, houve ação culposa e dolosa da ré em interromper as ligações, ocasionando prejuízo aos usuários, por um lado, e lucro a ela, por outro, o que, inequivocamente, deve incrementar o valor do dano extrapatrimonial coletivo, em razão do agravamento da lesão à integridade moral da comunidade, cuja confiança em todas as prestações de serviço público restou severamente abalada. Diante disso, considerando a publicidade enganosa e a ação culposa e dolosa de interromper as ligações dos usuários do plano infinity, entendo razoável e cumpridor dos propósitos da reparação de danos extrapatrimoniais condenar a ré ao pagamento da quantia de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais).

8. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que é descabida a condenação da parte contrária ao pagamento de honorários sucumbenciais quando o Ministério Público for o vencedor de ação civil pública por ele proposta.

9. Recursos conhecidos. Preliminares rejeitadas. Recurso do Ministério Público provido. Recurso da ré parcialmente provido.

A C Ó R D ã O

Acordam os Senhores Desembargadores da **5ª TURMA CÍVEL** do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, **MARIA IVATÔNIA** - Relatora, **ANGELO PASSARELI** - 1º Vogal, **SEBASTIÃO COELHO** - 2º Vogal, **JOSAPHA FRANCISCO DOS SANTOS** - 3º Vogal, **ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO** - 4º Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador **SEBASTIÃO COELHO**, em proferir a seguinte decisão: **CONHECER DOS RECURSOS. REJEITAR PRELIMINAR. POR MAIORIA, VENCIDO 1º VOGAL. NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO AO APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DA TIM. UNÂNIME. PREVALECE O VOTO DA RELATORA QUANTO AO VALOR DA MULTA.**, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília(DF), 10 de Outubro de 2018.

Documento Assinado Eletronicamente
MARIA IVATÔNIA
Relatora

RELATÓRIO

“Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo MPDFT em desfavor de TIM CELULAR S/A.

Sustenta na inicial (fls. 2/46-A) que instaurou inquérito civil público com objeto de apurar a inconsistência do sinal de transmissão de chamadas pelo consumidor quando utiliza serviços da requerida, operadora de telefonia móvel. Afirma que, segundo informações de consumidores, o sinal do telefone frequentemente desaparece, resultando na necessidade de interromper a ligação e realizar nova chamada, o que é feito com custo adicional. Relata que, em que pese à atuação da agência reguladora correspondente para sancionar a conduta da ré, a atuação indevida persiste. Aduz que diversos consumidores protocolaram reclamações informando a recorrente queda de suas ligações, em localidades distintas, enquanto a requerida afirma não existirem quaisquer problemas remanescentes. Argumenta que a requerida não presta os seus serviços com a devida boa-fé, ressaltando que não foi possível a assinatura de termo de ajustamento de conduta, pois a requerida comprometeu-se apenas a investir em seus sistemas operacionais, mas não desejava assumir responsabilidade pelas quedas de sinal e de chamadas. Pondera que a requerida ofereceu, em março de 2009, os planos "Infinity", pelos quais o primeiro minuto das chamadas teria o custo de R\$ 0,25, enquanto os minutos seguintes não seriam cobrados, o que importou em grande adesão e sobrecarregou o sistema técnico para prestação do serviço oferecido pela ré, resultando em um "rodízio" automático ou não de ligações. Informa que há queda proposital em quase 10% das chamadas realizadas pelos clientes da requerida, sendo que o valor limite máximo imposto pelo órgão regulador (ANATEL) é de 2% de interrupção. Entende que a requerida obteve faturamento diário adicional de R\$ 4.327.800,50 (quatro milhões trezentos e vinte e sete mil e oitocentos reais e cinquenta centavos) no território nacional, em razão da conduta aqui descrita como ilícita. Apresenta a alegação de que, somente no DF, no dia 08/03/2012, 168.660 (cento e sessenta e oito mil seiscentos e sessenta) consumidores foram atingidos pelo comportamento ilícito da ré, proporcionando lucro indevido de R\$ 87.474,25 (oitenta e sete mil quatrocentos e setenta e quatro reais e vinte e cinco centavos).

Apresenta argumentos que entende embasarem o seu pleito. Postula pela inversão do ônus da prova, diante da ausência de veracidade dos registros mantidos pela ré. Afirma que a requerida descumpra a regulamentação da agência reguladora responsável, bem como que viola disposição legal do art. 3º, I,

da Lei n. 9.472/97, que estabelece o direito do usuário "de acesso ao serviço de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza". Alega que o serviço prestado pela requerida é revestido de essencialidade, nos termos do art. 10, VII, da Lei 7.783/89, bem como que está sujeito ao regramento do Código de Defesa do Consumidor, sendo imperativa a obediência à determinação legal do art. 22 da Lei n. 8.078/90. Sustenta também que "o usuário de serviços de telecomunicações tem direito (...) a não suspensão de serviço prestado em regime público, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização ou por descumprimento de condições contratuais", conforme preceitua o art. 3º, VII, da Lei n. 9.472/97.

Argumenta que a requerida causa prejuízo mensal aos usuários do Plano Infinity no quantitativo de R\$ 2.610.000,00 (dois milhões seiscentos e dez mil reais), alegando que o dano patrimonial aos consumidores alcançou R\$ 127.890.000,00 (cento e vinte e sete milhões oitocentos e noventa reais), a ser ressarcido aos consumidores de forma simples. Alega que o valor a ser ressarcido aos consumidores deve ser realizado na forma do artigo 42, parágrafo único, do CDC, alcançando R\$ 255.780.000,00 (duzentos e cinquenta e cinco milhões e setecentos e oitenta mil reais). Sustenta a existência de dano moral coletivo indenizável, que deve ser quantificado no percentual de 10% do lucro líquido da ré no ano de 2012, alcançando R\$ 144.888.790,80 (cento e quarenta e quatro milhões oitocentos e oitenta e oito mil setecentos e noventa reais e oitenta centavos). Requer: (i) a condenação da requerida ao ressarcimento em dobro dos valores cobrados aos consumidores, no valor de R\$ 255.780.000,00 (duzentos e cinquenta e cinco milhões e setecentos e oitenta mil reais), a ser repartido entre os consumidores do PLANO INFINITY em sede de cumprimento de sentença; (ii) condenação da requerida ao pagamento de R\$ 144.888.790,80 (cento e quarenta e quatro milhões oitocentos e oitenta e oito mil setecentos e noventa reais e oitenta centavos) por dano moral coletivo a ser revertido ao Fundo Distrital da Lei de Ação Civil Pública; (iii) condenação da requerida a publicar, no prazo de 15 (quinze) dias do trânsito em julgado da sentença, nos jornais de grandes circulação do DF, em quatro dias intercalados, em tamanho de 20cm x 20cm, a parte dispositiva da sentença condenatória; (iv) condenação da requerida nas verbas sucumbenciais. Juntou documentos (fls. 47/225).

Citada (fl. 233/v), a requerida apresentou contestação (fls. 234/281). Em sede preliminar suscitou: (i) a existência de litisconsórcio passivo necessário com a ANATEL, por ser esta o órgão técnico competente para aferir a regularidade do serviço; (ii) a extinção do feito sem resolução do mérito por ausência de

pressuposto de constituição válida do processo; (iii) incompetência da justiça do DF ante a natureza jurídica de autarquia da ANATEL; (iv) ausência de interesse de agir diante da ausência de violação de direitos dos usuários, substituídos processuais. No mérito, refutou os fatos e argumentos da inicial. Afirmou ser inviável a verificação do cálculo dos danos materiais alegados pelo autor, sem que tenha sido precisado o número total de usuários. Alega que a ANATEL já teria demonstrado tecnicamente que a requerida não trata de forma desigual os usuários do plano Infinity. Sustentou que existem diversos diplomas normativos e resoluções da ANATEL referentes à qualidade do serviço de telefonia, sendo que o autor não teria demonstrado que a requerida não atenderia a qualquer uma destas normas. Postulou no sentido de que não é verídico que computava incorretamente o número de reclamações, afirmando ter obedecido às estritas determinações da legislação incidente sobre a matéria. Aduziu que a requerida possui percentual positivo de acessibilidade superior à meta estabelecida em todo o período em que supostamente teriam ocorrido os fatos relatados na inicial. Argumentou pela inexistência de dano moral suportado pela coletividade, passível de indenização. Pugnou pela fixação do dano moral coletivo em patamar compatível com a razoabilidade e proporcionalidade. Defendeu a inexistência de suporte legal para o pedido de condenação da requerida à publicação do teor da sentença. Sustentou a inexistência de verossimilhança das alegações autorais e a ausência de hipossuficiência do autor, a ensejar a inversão do ônus probatório. Argumentou pela impossibilidade de condenação da requerida ao pagamento de honorários advocatícios em ação civil pública, por violação do princípio da simetria de tratamento entre as partes. Ao final, pugna pela extinção do processo sem resolução do mérito, ou, subsidiariamente, pela improcedência dos pedidos. Juntou procurações (fls. 282/288), atos constitutivos (fls. 289/302) e documentos (fls. 303/502).

O MPDFT manifestou-se em réplica (fls. 516/524), refutando os fatos e argumentos expostos na contestação e reiterando o pedido inicial.

Em atenção à determinação de especificação de provas, a requerida (fls. 528/537) pugnou pela produção de prova documental, enquanto o autor (fls. 539/541) pugnou pelo julgamento antecipado da lide.

Foi proferido despacho saneador (fls. 543/544), ocasião em que foram afastadas as questões preliminares alegadas e indeferida a produção de novas provas. A requerida interpôs embargos de declaração da decisão (fls. 547/549), sendo que a decisão foi declarada para deferir prazo suplementar para a ré juntar novos documentos (fl. 551).

A parte ré requereu dilação de prazo para apresentação de novas

provas (fls. 553/555), o que foi deferido (fl. 557). Em atenção à decisão, a requerida juntou novos documentos (fls. 559/566). O MPDFT manifestou-se quanto aos documentos juntados (fls. 568/569).

Foi determinada conclusão para sentença (fl. 571), tendo a requerida apresentado novos embargos declaratórios (fls. 573/575), que foram rejeitados (fl. 577).

Foi determinada a publicação de edital para ciência de eventuais interessados na demanda (fl. 582).

O requerente solicitou (fls. 588/589) a juntada de documento novo. Apresentou então nova prova documental (fls. 590/609). A requerida manifestou-se sobre os documentos (fls. 614/626), apresentado novos documentos (fls. 627/649).

O juízo determinou a conversão do julgamento em diligência (fl. 654), determinando que se oficiasse a ANATEL requisitando remessa da decisão final do processo administrativo.

O requerente peticionou (fls. 657/659) desfavoravelmente à diligência requerida pelo juízo, juntando documento (fl. 660).

A ANATEL oficiou (fl. 662) apresentando a informação requerida.

A requerida solicitou a expedição de novo ofício à ANATEL (fls. 666/667), o que foi indeferido pelo juízo (fl. 669). Foi juntada aos autos cópia do Diário Oficial da União contendo a decisão do processo administrativo requerido (fls. 670/671). A requerida se manifestou sobre a decisão juntada (fls. 673/679). O MPDFT manifestou sua ciência (fl. 681), requerendo o julgamento antecipado da lide.

Os autos vieram conclusos para sentença (fl. 683), sendo recebidos neste NUPMETAS-1.” (fls. 684/686).

Acrescento que a r. sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos na inicial, nos seguintes termos:

“Ante o exposto, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE o pleito autoral para:

1) CONDENAR a requerida ao pagamento de R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais) ao Fundo Distrital da Lei de Ação Civil Pública (conta descrita a fl. 46), atualizados monetariamente pelo INPC a contar desta data, e acrescidos de juros de 1% ao mês a contar da citação, tudo nos termos do artigo 13 da Lei n. 7347/85;

2) CONDENAR a requerida a publicar, no prazo de 15 (quinze) dias

após o trânsito em julgado desta sentença, às suas expensas, nos dois jornais de maior circulação nesta capital federal, por quatro dias consecutivos, em tamanho mínimo de 20cm x 20cm, em uma das dez primeiras páginas de cada jornal, a parte dispositiva desta sentença condenatória, em razão da conduta abusiva de "derrubada" de chamadas da promoção Infinity, por meio deliberado utilizando sistema de interrupção automática, objetivando a cobrança de tarifa por nova ligação, incorrendo em propaganda enganosa quanto à natureza da referida promoção ofertada ao público.

Julgo IMPROCEDENTE, por insuficiência de provas, o pedido de condenação da requerida ao pagamento de danos materiais aos consumidores, nos termos do artigo 16 da Lei 7.347/85.

Extingo o presente feito com resolução do mérito, na forma do art. 269, I, CPC.

Cálculos na forma do artigo 475-B. Cumprimento de sentença nos termos do art. 475-J, e 461, ambos do CPC, com as mitigações decorrentes da disciplina do processo coletivo.

Não há que se falar em isenção de custas e honorários à requerida por isonomia. A referida isenção legal decorre expressamente do regime de legitimação extraordinária da Ação Coletiva, visando reforçar o sistema de defesa coletiva. É oportuno observar que, em ação individual contra o consumidor, tal isenção não beneficiará o substituído, razão pela qual inexistente fundamento para beneficiar a ré, sob pena de efetiva quebra da isonomia, e não de sua concretização.

Diante da sucumbência mínima do autor e da isenção que o favorece, condeno à requerida nas custas processuais e em honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor da condenação, tudo nos termos dos artigos 18 da Lei 7347/85 e 20, § 3º, do CPC.”(fls. 691-verso/692).

Inconformada, a ré apelou às fls. 779/835.

Em suas razões, arguiu a incompetência da Justiça comum do Distrito Federal, sob o argumento de que a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL deveria integrar o pólo passivo do feito, o que deslocaria o feito para a Justiça Federal.

Nesse particular, argumentou a companhia de telefone apelante:

“A TIM destacou em sua contestação, de forma detalhada, as razões pelas quais é indispensável a participação da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL na presente demanda, seja na qualidade de

litisconsorte ou, no mínimo, na qualidade de assistente.

Mesmo porque, a questão em exame envolve, diretamente interesse da ANATEL, que é o Órgão competente para editar Normas e fiscalizar os serviços de telecomunicações em todo o país (art. 21, XI, 22, IV, e 48, XII da Constituição Federal e art. 19 da Lei nº 9.472/97 – Lei Geral das Telecomunicações.).

Na hipótese em análise, toda a linha de argumentação do Ministério Público teve por fundamento relatório preliminar elaborado por um agente fiscal da ANATEL.

Na verdade, a participação da ANATEL nos autos desta Ação Civil Pública é indispensável não só para fiscalizar e aferir se as obrigações contidas em suas Normas estão efetivamente sendo cumpridas pela TIM, como principalmente para confirmar se referida Agência Reguladora concluiu que a TIM teria derrubado propositadamente ligações do Plano Infinity.

Na verdade, no curso desta demanda, a necessidade de participação da ANATEL restou ainda mais flagrante.

Neste sentido, note-se que o Ministério Público, com o objetivo de ratificar suas alegações (equivocadas) de que a TIM derrubaria propositalmente chamadas de seus usuários, apresentou petição às fls. 588/509, juntando o que chamou de ‘documento novo’, que nada mais é do que o Relatório de Fiscalização preliminar elaborado pela ANATEL no ano de 2010 (ou seja, muito antes do ajuizamento da ação.)

E o Ministério Público, de forma reprovável, afirmou que ‘a ANATEL concluiu estudos, em que ficou evidenciado que a ‘prestadora está desconectando usuários Infinity de forma proposital para que os mesmos realizem uma nova chamada para completar a conversa...’ (item 5.2.6, do relatório de fiscalização da ANATEL 0406/2010, de 25/11/2010) (fls. 589).

E se dia que o Ministério Público agiu de maneira reprovável porque, quando da juntada do Relatório de Fiscalização de 2010 e da alegação de que tal relatório comprovaria que ‘a ANATEL concluiu estudos, em que ficou evidenciado que ‘a prestadora está desconectando usuários infinity de forma proposital’, já havia sido juntada aos autos decisão da ANATEL, proferida no ano de 2013, concluindo que a TIM não confere tratamento discriminatório aos usuários do plano Infinity pré-pago (Informe nº 567/2013, de 24.04.2013, da ANATEL).

E referido Informe 567/2013, foi elaborado pela ANATEL justamente em procedimento administrativo deflagrado em razão do Relatório de Fiscalização da ANATEL do ano de 2010, juntado pelo Ministério Público aos autos no ano de

2015, como se fosse a prova de que a ANATEL teria concluído que a TIM estaria 'desconectando usuários infinity de forma proposital'.

E nem se diga que o Ministério Público não teria agido de forma reprovável ao fazer tal afirmação, na medida em que, supostamente, não teria conhecimento do informe elaborado pela ANATEL no ano de 2013.

É que referido Informe já estava acostado aos autos às fls. 443/463, desde o momento em que a TIM apresentou sua Contestação, no ano de 2013.

()

Logo, a confusão proposital criada pelo Ministério Público também comprova a necessidade de a ANATEL participar do feito. É que, caso a ANATEL tivesse participado da fase de instrução como parte ou mesmo assistente, certamente teria esclarecido ao Juízo de Origem, sem margem para criação de confusões propositais, não ser possível concluir que a TIM teria derrubado propositalmente chamadas de seus usuários.” (fls. 790-795).

Além disso, sustentou que Superior Tribunal de Justiça tem entendimento acerca da necessidade de a ANATEL participar em feitos como o presente, consoante o que foi decidido no Agravo n. 1.292.806, Rel. Min. Mauro Campbell, e no Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1.195.826, Rel. Min^a. Eliana Calmon.

Outra preliminar arguida pela TIM foi a de nulidade da sentença, sob o argumento de que ela se baseou em premissa fática equivocada, vez que a própria ANATEL teria, após término de procedimento administrativo, concluído que não se poderia demonstrar que a operadora de telefonia “derrubaria” propositalmente as ligações do plano Infinity. Diante disso, sustentou ter a r. sentença incorrido em erro de fato, o que ensejaria sua anulação.

De outra parte, sustentou que durante a instrução processual não houve a inversão do ônus da prova. Entretanto, por ocasião da r. sentença se observou a aplicação do disposto no inciso VIII do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, o que não poderia ocorrer, vez que tal inversão seria regra de instrução e não de julgamento, de modo que a sua ocorrência em sentença redundaria em violação da ampla defesa e do devido processo legal, maculando o ato processual.

Por último, sustentou que a ANATEL juntou aos autos documentos de número diverso do requerido pelo Juízo acerca da “derrubada” proposital das ligações, o que teria sido alertado pela apelante. Contudo, ao invés de se converter o julgamento em diligência para que fosse acostado o documento requisitado inicialmente, julgou parcialmente procedente o feito, condenando-a a indenização

milionária. Esse proceder também teria violado as garantias processuais da ampla defesa e do contraditório, tornando nulo o feito a partir da juntada equivocada do documento:

“De fato, não há qualquer dúvida de que a questão sobre a suposta derrubada proposital de chamadas foi eleita pelo próprio MM. Juiz Convocado do NUPMETAS como o principal ponto controvertido desta Ação Civil Pública. A respeito do assunto, vale destacar o que constou na r. sentença proferida pelo referido Magistrado. ()

Contudo, conforme também já demonstrado acima, em razão de equívoco na indicação do número do Procedimento Administrativo que tratou da questão referente ao ponto controvertido (suposta derrubada de chamadas), a MM. Juíza Titular da Vara de Origem, e não o MM. Juiz Convocado do NUPMETAS que converteu o feito em diligência (art. 130 do CPC) e proferiu a r. sentença apelada, acabou acostando aos autos documento estranho ao que o MM. Juiz Convocado do NUPMETAS tinha entendido para ao deslinde do feito.

E, como visto acima, a própria TIM já havia apresentado manifestação de fls. 666/667, destacando justamente que a ANATEL não tinha apresentado o documento tido como NECESSÁRIO AO DESLINDE DO FEITO.

Após a MM. Juíza Titular da Vara de Origem ter acostado aos autos documento estranho ao ponto controvertido da ação, os autos foram encaminhados ao MM. Juiz Convocado do NUPMETEAS sem o documento que este próprio Magistrado havia considerado NECESSÁRIO para o julgamento da ação (tanto que havia convertido o julgamento em diligência, exatamente para que esse documento necessário pudesse ser juntado aos autos pela ANATEL).

Ocorre que, ao invés de constatar tal flagrante equívoco procedimental (error in procedendo), o MM. Juiz Convocado do NUPMETAS deixou de determinar que a ANATEL juntasse o único documento que referido Magistrado entendeu NECESSÁRIO para o deslinde do feito (qual seja, ‘decisão final’ da Agência ‘acerca da suposta derrubada de chamadas’) e, para total surpresa e incredulidade da TIM, proferiu sentença condenando a empresa ao pagamento de valor multimilionário de 100 milhões de reais.

E nem se diga que este error in procedendo (ausência do cumprimento da diligência determinada pelo próprio juízo), caracterizado pela falta de documento NECESSÁRIO/ESSENCIAL para o deslinde do feito, não teria causado prejuízo à TIM, a justificar a declaração de nulidade do julgado.

Isto porque, caso o ANATEL tivesse acostado aos autos o

documento NECESSÁRIO exigido pelo Magistrado, ou seja, a decisão final da Agência sobre o ponto controvertido (suposta derrubada proposital de chamadas), a ANATEL teria esclarecido que concluiu não ser possível afirmar que a TIM agiu de má-fé, ou seja, refutaria o fundamento utilização pela r. sentença apelada (art. 5º, LIV, da Constituição Federal).

Portanto, em razão da ausência de documento tido como NECESSÁRIO pelo próprio Magistrado prolator da sentença, é certo que restou configurado o error in procedendo (art. 267, IV, do CPC), a exigir a declaração de nulidade da r. sentença, a fim de que tal documento seja acostado aos autos o analisado antes da prolação do julgado.” (fl2. 809-811).

No mérito, alegou a TIM ter provado não ter feito discriminação intencional entre os usuários, razão pela qual a alegação apresentada na inicial não se sustentaria, ensejando a improcedência dos pedidos formulados:

“Contudo, a TIM já fez prova nestes autos de que a ANATEL concluiu exatamente o contrário, ou seja, que não é possível ‘afirmar a ocorrência de má-fé ou discriminação intencional no tratamento de usuários do plano ‘Infinity’ com o objetivo de auferir vantagem a partir da interrupção de chamadas’ (fls. 719). ()

Logo, em razão de ter restado demonstrado nestes autos que a TIM não agiu de má-fé e que não objetivou auferir vantagem indevida a partir de interrupção deliberada de chamadas (conclusão alcançada pela própria ANATEL após exames e fiscalização exaustivas), é medida de rigor que a r. sentença apelada seja reformada, a fim de se julgar improcedente o pedido de condenação da TIM ao pagamento de indenização por alegado dano moral coletivo.” (fl. 814).

De outra parte, asseverou que o valor indenizatório fixado na r. sentença é exorbitante, razão pela qual, na hipótese de manutenção da condenação, ele deveria ser reduzido sensivelmente.

Por fim, sustentou a impossibilidade de sua condenação ao pagamento de honorários advocatícios na ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público em virtude do princípio da simetria.

Além disso, apontou que a obrigação de publicar a r. sentença nos jornais de grande circulação não encontra amparo da Lei da Ação Civil Pública.

Ao final, requereu:

“Diante do exposto, é a presente para requerer que este e. Tribunal de Justiça acolha as questões preliminares suscitadas, a fim de extinguir a Ação Civil Pública, em razão da falta de inclusão da ANATEL no feito (art. 267, IV, do CPC) ou, no mínimo, para reconhecer a necessidade de referida Autarquia Federal participar da demanda e, por conseguinte, determinar a remessa dos autos para a Justiça Federal (art. 109, I, da Constituição Federal).

Mesmo que superadas referidas questões preliminares, é a presente para requerer que este E. Tribunal de Justiça declare a r. sentença apelada nula, em razão de ter sido proferida com base em premissa fática manifestamente equivocada, seja por ter cerceado o direito constitucional da TIM ao contraditório e à ampla defesa, ou mesmo por ter havido flagrante ofensa ao princípio constitucional do devido processo legal e ao princípio do juiz natural.

Caso assim não se entenda, o que se admite por hipótese, é a presente para requerer que este e. Tribunal de Justiça dê provimento a esta Apelação, a fim de julgar a Ação Civil Pública inteiramente improcedente, afastando assim por completo a indenização multimilionária de 100 milhões de reais imposta contra a empresa.

Mesmo na hipótese de a Ação Civil Pública não ser julgada inteiramente improcedente, o que definitivamente só se admite para conclusão de raciocínio, é a presente para requerer que este e. Tribunal de Justiça, em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, no mínimo reduza o valor da indenização imposta de forma drástica, para o menor patamar possível.

No caso de manutenção de qualquer condenação, o que não se acredita, é a presente para requerer que este E. Tribunal de Justiça afaste a condenação da empresa ao pagamento de verba honorária, bem como à publicação em jornais de grande circulação imposta pela r. sentença apelada.” (fls. 834-835).

Preparo à fl. 836.

O Ministério Público apresentou contrarrazões às fls. 841-857, pelo improvimento do apelo da TIM.

Inconformado, o Ministério Público também apelou às fls. 858-862.

Em suas razões, argumentou o Ministério Público:

“Em seu dispositivo, a r. sentença julgou ‘IMPROCEDENTE por insuficiência de provas, o pedido de condenação da requerida ao pagamento de danos materiais aos consumidores, nos termos do artigo 16 da Lei 7.347/85 (fl. 692).

Entretanto, o que se infere após analisar o vasto conjunto probatório

trazido aos autos é justamente o contrário. Aliás, em sua fundamentação o juízo de origem deixou nítido que, de fato, a requerida atuava de maneira desleal, fazendo com que houvesse a queda nas ligações telefônicas realizadas por diversos consumidores. Basta uma simples leitura do que afirmou o magistrado às fls. 688-verso/690: ()

Por isso, facilmente conclui-se pela procedência do pedido no que se refere aos danos patrimoniais sofridos pelos consumidores, ainda que de maneira indeterminada. Houve, portanto, flagrante contradições entre a fundamentação e o dispositivo do citado julgado.

Uma vez provado nos autos – e isso foi a conclusão do magistrado de 1º grau, conforme já apresentado acima – a sentença deveria ter sido genérica, tipo de sentença admitido nas ações coletivas, bastante sua liquidação em momento oportuno.

Nesse sentido, no que diz respeito à possibilidade de posterior liquidação e execução de sentença proferida em ações coletivas, o Código de Defesa do Consumidor deixou claro ao estabelecer, em seus artigos 97 e 100, que: ()

Ora, não há dúvidas a respeito da possibilidade de se proferir sentença genérica, bastando que haja posterior liquidação do julgado pelos legitimados indicados pela norma consumerista para apuração do quantum debeat. O próprio CDC prevê esse tipo de condenação: ()

E frise-se que, conforme a sentença do nobre magistrado, configurou-se, após análise de todas as provas trazidas aos autos, a responsabilidade da requerida, restando ainda provado a existência de danos aos consumidores.” (fls. 860-861).

Ao final, requereu o Ministério Público:

“Pelo exposto, o Ministério Público requer seja o presente recurso conhecido e provido para que seja a r. sentença reformada, julgando-se procedente o pedido formulado na inicial para condenar a requerida, de forma genérica, ao pagamento dos danos materiais, a ser liquidado e executado em momento ulterior, conforme arts. 97 e 100, do CDC.” (fl. 862).

A TIM apresentou contrarrazões às fls. 866-878, pelo improvimento do recurso ministerial.

A Procuradoria de Justiça deixou de apresentar parecer, conforme

manifestação de fls. 883-884.

Às fls. 887/888, o julgamento foi convertido em diligência no sentido de que a ANATEL trouxesse aos autos os documentos ali especificados e que referem ao ato em discussão nestes autos.

Em atendimento à determinação acima, a ANATEL encaminhou os documentos em formato eletrônico, conforme fls. 894/895.

Acerca de referidos documentos, o Ministério Público manifestou-se às fls. 896/899, oportunidade em que ratificou a pretensão deduzida em seu recurso.

Já a TIM, em petição de fls. 907/919, reafirmou os argumentos lançados por ocasião de seu apelo.

À fl. 930, em virtude de problemas nas mídias encaminhadas pela ANATEL, foi novamente convertido em diligências o feito.

A ANATEL juntou ao feito os documentos de fls. 936/953.

Sobre os documentos, a TIM se manifestou às fls. 957/970.

O Ministério Público, por sua vez, à fl. 972, reiterou manifestação de fls. 896/899.

É o relatório.

V O T O S

A Senhora Desembargadora MARIA IVATÔNIA - Relatora

PRELIMINARES

Competência da Justiça Federal em virtude da necessária participação da ANATEL

A apelante TIM argüiu a preliminar de incompetência absoluta da Justiça comum do Distrito Federal, sob o argumento de que a ANATEL necessariamente deveria integrar a lide, vez que o Ministério Público se baseou em relatório elaborado por um de seus técnicos, sendo que somente aquela Agência Reguladora poderia esclarecer minuciosamente que a concessionária de telefonia não "derruba" propositalmente as ligações.

Razão não lhe assiste. Senão vejamos.

O Ministério Público ajuizou a presente ação civil pública em desfavor de TIM CELULAR S/A sob o argumento de que referida concessionária de telefonia móvel teria praticado ato ilícito consistente na "derrubada" proposital de ligações com o intuito de obter lucro.

Tal ilícito civil não se refere a nenhuma ação regulatória específica da ANATEL, mas de violação aos direitos dos consumidores, cujos direitos individuais homogêneos supostamente violados estão sendo tutelados pelo Ministério Público nesta ação civil pública.

Outrossim, não diz respeito a nenhuma aplicação por parte da concessionária de telefonia de tarifação de serviços estabelecidos pela ANATEL, o que, nessa hipótese, tratando-se de ação coletiva justificaria a necessária inclusão dessa Agência Reguladora, haja vista que em última análise estar-se-ia questionando ato por ela emanado. Tal entendimento está esposado nos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça referidos na peça recursal, notadamente o Ag. n. 1.292.806, Rel. Min. Mauro Campbell Marque, e ED no AgRg no AI n. 1.195.826, Rel. Ministra Eliana Calmon, os quais, entretanto, não se aplicam ao caso em exame.

Nesse diapasão, a ANATEL, caso tivesse interesse na demanda, teria se manifestado expressamente nas inúmeras vezes que compareceu aos autos para atender às determinações judiciais. Como não o fez, está reforçada a tese de que a conduta imputada à TIM CELULAR S/A restringe-se ao ilícito civil sem nenhuma conexão com nenhum ato regulatório específico emitido pela Agência.

Registre-se que o fato de se tratar de ilícito civil, cuja tutela deverá

ser buscada na Justiça Comum, não inibe ou impede que a Agência Reguladora, no exercício regular do poder de polícia, fiscalize o serviço prestado pela concessionária do serviço e, na hipótese de má prestação, sancione-a com as multas definidas na legislação de regência, sem que isso implique qualquer modificação da competência jurisdicional quando àquele ato.

Com esses fundamentos, rejeito essa preliminar.

Premissa fática equivocada

TIM CELULAR S/A argüiu a preliminar de nulidade do processo sob o argumento de que o Ministério Público adotou premissa fática equivocada em sua pretensão, relatórios de fiscalização da ANATEL datado de 2010 a 2012, a qual teria sido acolhida na r. sentença.

Sustentou que a própria ANATEL desqualificou referidos relatórios, concluindo que a TIM não derrubava propositalmente as ligações (fls. 443/463).

Essa preliminar se confunde com o próprio mérito, vez que diz respeito à prova do ato ilícito apontado na inicial, de sorte que a rejeito.

Inversão do ônus da prova

Argumentou a apelante TIM que na r. sentença houve a inversão do ônus da prova, o que se mostraria ilegal, haja vista que a inversão prevista no inciso VIII do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor é uma regra de instrução e não de julgamento, de modo que não poderia ser realizada somente em sentença por violar o devido processo legal e a ampla defesa.

A inversão do ônus da prova foi definida somente em sentença e nos seguintes termos:

"Incide, ainda, a inversão o ônus probandi, nos termos do artigo 6º, VIII, do CDC. Os requisitos para aplicação do referido instituto de natureza processual de valoração da prova são a verossimilhança do alegado e a hipossuficiência do consumidor. A verossimilhança decorre não somente dos documentos demonstrando a atividade de fiscalização da agência reguladora responsável (fls. 137/162), como de ampla divulgação pela imprensa escrita e de radiodifusão, e de ampla discussão da sociedade acerca de 'derrubadas' nas ligações efetuadas por consumidores da parte ré. Não há que se falar, aqui, em ausência de constatação da ANATEL acerca dos fatos narrados pelo autor, vez que existe farta documentação nos autos indicando os vícios na prestação do serviço descrito na inicial.

A hipossuficiência também está claramente configurada. A legitimação extraordinária do MPDFT não afasta o desequilíbrio na relação processual estabelecida. O autor, diante da própria precariedade da estrutura

técnica inerente aos órgãos essenciais à justiça (e - ressalta-se - do próprio Poder Judiciário), que possuem pequeno quadro técnico de especialistas nas mais variadas áreas do conhecimento, e da vastidão de matérias submetidas às demandas judiciais, que exigem frequentemente conhecimentos técnicos de todos os ramos do conhecimento, possui clara hipossuficiência na produção probatória. Não fosse bastante tais fatos da realidade, é imperativo observar que as atribuições do Ministério Público englobam desde a matéria ambiental, tributária, até as mais variadas demandas consumeristas, exigindo conhecimento técnico securitário, contábil, telefônico, médico, etc. assim, por óbvio, não possui o mesmo grau de especialização da requerida, que explora unicamente atividades de telecomunicações, com quadro técnico infinitamente mais vasto e orçamento incomparavelmente mais generoso (e com regras mais flexíveis, ante a estruturação como pessoa jurídica de direito privado - sociedade anônima) do que o ostentado pela instituição do Ministério Público.

Dessa forma, há de se entender caracterizada hipótese de inversão do ônus da prova para análise dos aspectos fáticos da presente demanda." (fl. 388).

Pois bem.

Por se tratar de tutela do consumidor, mesmo em sede de ação coletiva, possível a aplicação do disposto no inciso VIII do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse diapasão, referido dispositivo legal prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor ou de instituição que visa sua tutela, o que ocorrerá a critério do juiz quando for verossímil as alegações ou quando ele for hipossuficiente, segundo as regras da experiência:

"Art. 6º. (...)

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

Nota-se que tal dispositivo confere um direito potencial ao consumidor, que somente será realizável a critério do juiz e desde que sua alegação for verossímil ou ele seja considerado hipossuficiente, conforme as regras da experiência.

Disso pode-se concluir que o consumidor não tem o direito subjetivo *a priori* de inversão do ônus da prova, o que sempre ficará a critério do juiz ao momento da instrução processual, que é o momento adequado para decidir eventual pedido nesse sentido, haja vista que nenhuma das partes será pega de surpresa e

aquela contra quem o ônus foi invertido ainda pode buscar elementos para demonstrar a improcedência do pedido deduzido pelo consumidor.

Portanto, a inversão do ônus da prova opera-se a critério do juiz e constitui uma regra de instrução e não de julgamento, haja vista que as partes não podem ser surpreendidas com inversão do ônus probatório somente por ocasião do julgamento da causa, porquanto estar-se-ia vulnerando o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Nesse sentido, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO NO PRODUTO (ART. 18 DO CDC). ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO 'OPE JUDICIS' (ART. 6º, VIII, DO CDC). MOMENTO DA INVERSÃO. PREFERENCIALMENTE NA FASE DE SANEAMENTO DO PROCESSO.

A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei ('ope legis'), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial ('ope judicis'), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC). Inteligência das regras dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, e. 6º, VIII, do CDC.

A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina.

Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão 'ope judicis' ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão).

Previsão nesse sentido do art. 262, §1º, do Projeto de Código de Processo Civil.

A inversão 'ope judicis' do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas.

Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turma desta Corte.

RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO." (REsp 802.832/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/04/2011, DJe 21/09/2011).

"PROCESSUAL CIVIL. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA.

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE INSTRUÇÃO. EXAME ANTERIOR À PROLAÇÃO DA SENTENÇA. PRECEDENTES DO STJ.

1. *Ajurisprudência desta Corte é no sentido de que a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC, é regra de instrução e não regra de julgamento, sendo que a decisão que a determinar deve - preferencialmente - ocorrer durante o saneamento do processo ou - quando proferida em momento posterior - garantir a parte a quem incumbia esse ônus a oportunidade de apresentar suas provas. Precedentes: REsp 1395254/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 29/11/2013; EREsp 422.778/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 29/02/2012, DJe 21/06/2012.*

2. *Agravo regimental não provido.*" (AgRg no REsp 1450473/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/09/2014, DJe 30/09/2014).

Nesse sentido, já se pronunciou esta Turma Cível:

"CIVIL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. PROCEDIMENTO ODONTOLÓGICO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE INSTRUÇÃO PROIBIÇÃO NA SEGUNDA INSTÂNCIA. OBRIGAÇÃO DE MEIO. CONSENTIMENTO INFORMADO. DIREITO FUNDAMENTAL. VIOLAÇÃO DEVER DE INDENIZAR. SENTENÇA REFORMADA.

1. *"A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC, é regra de instrução e não regra de julgamento, sendo que a decisão que a determinar deve - preferencialmente - ocorrer durante o saneamento do processo ou - quando proferida em momento posterior - garantir a parte a quem incumbia esse ônus a oportunidade de apresentar suas provas. Precedentes: REsp 1395254/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 29/11/2013; EREsp 422.778/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 29/02/2012, DJe 21/06/2012."* (STJ - AgRg no REsp 1450473/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/09/2014, DJe 30/09/2014).

2. *"De outra sorte, é de se ressaltar que a distribuição do ônus da prova, em realidade, determina o agir processual de cada parte, de sorte que nenhuma delas pode ser surpreendida com a inovação de um ônus que, antes de uma decisão judicial fundamentada, não lhe era imputado. Por isso que não poderia o Tribunal a quo inverter o ônus da prova, com surpresa para as partes, quando do*

juízo de julgamento da apelação." (STJ - REsp 720.930/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/10/2009, DJe 09/11/2009).

3. *A medicina/odontologia é o ramo do conhecimento que é integrado por diversas ciências tais como a bioquímica, a fisiologia, a anatomia, a biofísica, as quais se entrelaçam para possibilitar ao profissional médico desenvolver suas habilidades na busca da promoção da saúde dos pacientes de uma comunidade. Todas essas ciências e a própria atividade médica/odontológica estão em um permanente caminhar na procura do entendimento e da compreensão do corpo humano, de seu funcionamento, de suas reações, sem pretensão de se integralizar o conhecimento e o domínio sobre todo esse complexo sistema. Nós somos uma rede complexa e multifacetária de reações químicas e físicas, as quais são ainda muito pouco conhecidas pelos cientistas, apesar de toda a tecnologia e das descobertas científicas. Por isso, a medicina foi e ainda é denominada de *lex artis*, pois o médico antes de cientista é um artista, pois busca decifrar por meio da observação e dos experimentos um padrão regular e provável de como as coisas ocorrem para, a partir daí, desenvolver a prática médica. Portanto, evidencia-se que a medicina/odontologia não é algo exato, preciso, já que o corpo humano ainda é um universo a ser desvendado e descoberto, fora que cada indivíduo também é uma singularidade, no qual, por razões ainda desconhecidas, pode reagir de maneira diferente ao padrão observado nos demais. Assim, tem-se que a obrigação do médico/odontólogo é materialmente de meios.*

4. *O consentimento do paciente a qualquer intervenção sobre sua pessoa constitui direito fundamental e dever do médico, o qual decorre da dignidade da pessoa humana e da garantia do livre desenvolvimento da personalidade, o que legitima ao paciente decidir livremente sobre as medidas terapêuticas e tratamentos que possam afetar sua integridade, escolhendo entre as distintas possibilidades, consentindo com sua prática ou rechaçando-as, faculdade que não pode ser limitada de maneira injustificada como consequência de sua doença.*

5. *O médico deve informar ao paciente o diagnóstico, prognóstico, risco e objetivos do tratamento. Haverá, também, de aconselhá-lo, prescrevendo cuidados que o enfermo deverá adotar. O inadimplemento desse dever conduzirá à obrigação de indenizar, independentemente da correção técnica do procedimento, haja vista que o dano que fundamenta a responsabilidade por lesão ao direito de autonomia do paciente refere-se aos bens básicos de sua pessoa, como pressuposto essencial para poder decidir livremente sobre a solução mais conveniente a sua saúde, a sua integridade física e psíquica e a sua dignidade.*

6. *Recurso conhecido e parcialmente provido.*" (Acórdão n.916711,

20060710274480APC, Relator: MARIA IVATÔNIA 5ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 27/01/2016, Publicado no DJE: 04/02/2016. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Em julgamento perante a 1ª Turma Cível deste Tribunal também reafirmei esse entendimento:

"CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO QUANTI MINORIS. ALEGAÇÃO DE VÍCIO OCULTO. VAGA DE GARAGEM. GRELHA SOBRE A ÁREA POR ONDE PASSA TODO TIPO DE DETRITO E A ÁGUA DA CHUVA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE INSTRUÇÃO. SENTENÇA CASSADA.

1. A inversão do ônus da prova constitui direito do consumidor, nos termos do inciso VIII do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor. Contudo, a sua aplicação deve atender aos requisitos previstos no referido dispositivo legal e ocorrer por meio de decisão judicial preferencialmente no saneamento do feito ou em momento posterior, desde que seja assegurado ao fornecedor a possibilidade de requerer provas que tendem a satisfazer o ônus que lhe passou a competir com a inversão do ônus da prova operada pelo juízo. Desse modo, a inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor constitui regra de instrução e não de julgamento. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

2. Operada a inversão do ônus da prova somente no momento da prolação da sentença, evidencia-se error in procedendo, o que impõe a cassação da r. sentença.

3. Recurso conhecido e provido para cassar a sentença." (Acórdão n.910584, 20130710152694APC, Relator: MARIA IVATÔNIA, Revisor: ROMULO DE ARAUJO MENDES, 1ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 19/11/2015, Publicado no DJE: 16/12/2015. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Como se não bastasse o acima anotado, o Código de Processo Civil em vigor, em seu artigo 373, também previu a possibilidade de inversão do ônus da prova em qualquer demanda por meio de decisão fundamentada, oportunizando a outra parte se desincumbir o ônus que judicial lhe foi transferido, do modo que está reforçada a tese de que se trata de regra de instrução e não de julgamento:

"Art. 373. O ônus da prova incumbe:

[]

§ 1º. Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada em que deverá dar à parte a oportunidade de se

desincumbir do ônus lhe foi atribuído."

Sobre referido dispositivo legal, leciona Zulmar Duarte de Oliveira Jr.:

*"Portanto, o dispositivo em apreço permite novo arranjo do ônus da prova por decisão do juiz (ope iudicis), afastando, episodicamente, a distribuição legal (ope legis). 3.1. Sempre que o juiz verificar que a produção de determinada prova para uma das partes se faz impossível ou excessivamente difícil, poderá transferir tal ônus para a outra parte, desde que, obviamente, essa impossibilidade ou excessiva dificuldade não seja compartilhada pela última. A redistribuição do ônus da prova não pode servir para premiar o ócio, mas sim para premer contra omissão probatória. A impossibilidade ou dificuldade excessiva tem que ser apresentada nos autos. A impossibilidade é a incontornabilidade dos empecilhos ou obstáculos para a produção de determinada prova pela parte inicialmente onerada. Ademais, não qualquer dificuldade na produção das provas que permite a modulação do ônus, mas aquela 'excessiva', ou seja, que excede as dificuldades naturais." (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. et al. **Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença. Comentários ao CPC de 2015**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, v. 2, p. 273-274).*

Diante disso, a inversão do ônus da prova apenas na sentença mostra-se conduta equivocada por parte do magistrado sentenciante, vez que se trata de regra de instrução e não de julgamento.

Contudo, em que pese o equívoco da sentença nesse particular, a inversão do ônus da prova não foi aplicada quando da verificação da prática da má prestação de serviço por parte da ré-apelante, haja vista que o magistrado afirmou nesse capítulo da sentença que o ato ilícito estava provado por meio dos documentos acostados aos autos, fazendo inclusive referência a específica a eles, o que afasta qualquer nulidade quanto à questão probatória:

"A falha de prestação do serviço, consistente na 'derrubada de chamadas', impondo custo adicional aos consumidores, está provada nos autos. Tais fatos estão demonstrados pelos relatórios de fiscalização da ANATEL acostados aos autos. A fl. 94/v, por exemplo, o relatório (fls. 84/135) esclarece que, em 25/10/2010, 'foi registrada uma taxa de queda de chamadas de 33%', o que significa um terço das chamadas realizadas. Mais adiante, específica (fl. 94-A) que, nos dias 02/09/2010, 07/10/2010 e 19/10/2010, '9,54% das chamadas amostradas foram interrompidas pela rede da prestadora'.

Mais adiante, é revelado que, após fiscalização presencial em 03/03/2011 (fl. 96), após análise das configurações da central da requerida,

constatou-se que 'a desconexão automática está desativada. No entanto, as reclamações de usuários a ANATEL, juntamente com os dados apresentados na Tabela 4 mostra que a prestadora tem utilizado tal facilidade para desconectar chamadas superiores a 1h20min de duração' (fl. 96/v).

Após acesso aos CDRs referente às chamadas de longa duração, foram analisados os códigos de falha nas ligações interrompidas. Na ocasião, a fiscalização da autarquia fez a seguinte constatação:

Para análise dessa fiscalização, e de interesse apenas o código 3767. Esse código aponta uma interoperabilidade entre diferentes sistemas, utilizando uma tarefa específica e customizável pela prestadora, o que nesse caso, tem como objetivo desconectar a chamada ao atingir um certo limite de tempo. Resta comprovada então, a prática da prestadora em desconectar automaticamente chamadas de longa duração, mais especificamente, superiores a 01h20min.

Na conclusão do relatório 0043/2011/UO001FS, os técnicos da ANATEL afirmaram que 'os dados obtidos permitiram comprovar que a prestadora tem adotado a prática de interrupção de chamadas de longa duração' (fl. 97/v).

A questão guarda maior gravidade, vez que a requerida, na época, possuía promoção que importava ao comprador o pagamento apenas do valor da chamada, independentemente do tempo que ela durasse (fls. 74/80). Em síntese, ao derrubar a chamada, a requerida obrigava ao consumidor efetuar nova ligação, o que importava em nova cobrança resultante da própria falha da ré.

A documentação juntada pela ré não ilide a presunção decorrente das provas apresentadas nos autos. Boa parte da documentação acostada diz respeito à legislação do órgão regulador (ANATEL) e a documentos produzidos unilateralmente pela ré, que não possuem valor probatório em desfavor dos consumidores lesados. No meio desta documentação, ela ainda acostou alguns julgados que entende embasar seus argumentos, documentos estes que não possuem qualquer valor probatório quanto à questão fática em discussão.

Os argumentos defensivos expostos em contestação também atacam apenas lateralmente a súmula fática apresentada na inicial.

A requerida alega que não operou ao tratamento desigual dos consumidores do plano Infinity. Tal argumento, contudo, em nada lhe favorece. A conduta da ré amolda-se às práticas abusivas do art. 39, II, do CDC (recusar atendimento ao consumidor - ou seja, não prestar o serviço contratado), 39, V (exigir vantagem manifestamente excessiva - cobra em duplicidade pelo mesmo serviço, in casu, em decorrência de conduta maliciosa da própria ré - derrubar a chamada para realizar nova cobrança), e não o tratamento desigual. Ao contrário, ao que parece, a ré utilizou da conduta abusiva de derrubar chamadas indistintamente, lesando todos os consumidores, pelo critério único de derrubar as chamadas mais demoradas.

Não convence também o argumento de que o autor não demonstrou descumprimento da regulação da ANATEL. A própria autarquia reguladora constatou a irregularidade da prática e a ofensa às normas regulamentares (item 6.1 - fl. 98). Ademais, a conduta viola diretamente à legislação, vez que a ré cobrava em duplicidade pelo mesmo serviço, sendo que a interrupção das chamadas decorrida de falha (ou, como constatado, por dolo) da requerida, sendo este o fato gerador da nova cobrança indevida, consistindo nas práticas abusivas já descritas.

As alegações de que contabilizava corretamente as reclamações formuladas e de que o percentual de acessibilidade era superior à meta da ANATEL não alteram a situação descrita. O problema constatado foi a excessiva interrupção de chamadas, decorrente de mecanismo do sistema capaz de encerrar as ligações mais demoradas, gerando maliciosamente ônus adicional ilícito ao consumidor.

O que se observa, em síntese, é a existência de falha grave na prestação de serviço, importando em cobrança indevida do consumidor e em prejuízo às comunicações estabelecidas por meio do serviço público relevante explorado economicamente pela requerida. Desta conduta, decorreram danos materiais direitos para consumidores indeterminados que efetivamente pagaram em duplicidade a tarifa para efetuar ligações telefônicas, e danos extrapatrimoniais suportados em decorrência da má-prestação do serviço, estando configurado o nexo de causalidade, pela vinculação direta e imediata entre os danos sofridos e a conduta comissiva da ré (interromper chamadas). Resta, portanto, a análise dos danos sofridos." (fls. 689/690)

Assim, a análise do ato ilícito apontado na inicial se deu a partir dos documentos constante dos autos e não segundo a regra de instrução de inversão do ônus probatório apresentada em sentença. Por isso, não se verifica qualquer nulidade no feito quanto à questão probatória.

Além disso, afirma-se que a solução do mérito se dará com base nas regras ordinárias do ônus da prova, a partir dos documentos acostados dos autos,

haja vista que inversão definida e não utilizada em sentença mostra-se equivocada enquanto regra de julgamento.

Forte nesses argumentos, rejeito a preliminar.

Cerceamento de Defesa

A ré TIM também alegou cerceamento de Defesa consistente em não ter sido juntado aos autos documento requisitado à ANATEL e que seria indispensável, segundo o juiz condutor do processo, à formação do seu convencimento. Anotou que fora juntado documento equivocado e que, mesmo após ser tal fato alertado, o documento requisitado não fora juntado, tendo sido prolatada em seguida a sentença ora hostilizada.

Também não assiste razão à ré apelante.

Durante o julgamento da apelação, por mais de uma vez, o feito fora convertido em diligência no sentido de que fosse requisitado à ANATEL as decisões finais sobre os procedimentos mencionados pelo Ministério Público na inicial, cujos autos de infração lastrearam sua pretensão metaindividual, como detalhadamente mencionado no relatório.

Dos documentos acostados durante a fase recursal, todas as partes tiveram vista, de maneira que, se houve alguma nulidade durante a tramitação do feito instância inferior, ela já foi solucionada no órgão revisor, de modo que não prospera arguição de nulidade apresentada pela ré TIM.

Destarte, rejeito mais essa preliminar.

MÉRITO

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios instaurou o Inquérito Civil Público n. 08190.089527/10-51 para apurar suspeitas de que a TIM estivesse "derrubando" propositalmente chamadas do plano Infinity.

Em razão disso, o órgão ministerial requisitou à ANATEL fiscalização quanto ao serviço prestado pela TIM, o que foi materializado no Relatório de Fiscalização nº 43/2011/UO001FS (fls. 84/99), cujo período de amostra foi de 25.11.2010 a 18.3.2011 (fl. 84-verso), que redundou no Auto de Infração nº 001DF20100134, em virtude dos seguintes achados:

"a. a análise de mediações estatísticas dos indicadores de rede referentes aos meses de setembro a outubro de 2010 indicam uma taxa de queda de chamadas relativamente baixas;

b. o número de reclamações registradas na Anatel, referentes aos problemas de complemento e interrupção de chamadas, demonstrou que tais problemas foram reduzidos de maneira significativa a partir do início do mês de dezembro de 2010;

c. os dados obtidos durante a fiscalização permitiram comprovar que a prestadora tem adotado a prática de interrupção de chamadas de longa duração." (fl. 82).

Segundo a ANATEL, referido Relatório de Fiscalização deu origem ao Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações (PADO) n. 53500.006169/2011, no qual a TIM foi multada no valor de R\$ 19.703,99 (dezenove mil, setecentos e três reais e noventa e nove centavos) por infração ao inciso I do artigo 10 e dos artigos 79 e 80 do RMSF, assim como a cláusula 5.1, § 1º do Termo de Autorização PVCP/SPV 001/2001 - ANATEL em razão de as chamadas serem interrompidas de maneira padronizada a partir do 1h20 de duração, conforme demonstrado no Informe datado de 19.7.2011 de fls. 937/940 que julgou referido PADO:

"5.8.2. Todas as quedas apontadas pela fiscalização da Anatel seguem o mesmo padrão:

a. Usuários dos Planos pré e pós pagos com exceção do Plano Da Vinci (plano mais caro da operadora);

b. As chamadas são interrompidas ao completarem aproximadamente 1 hora e 20 minutos, de forma quase padronizada, de acordo com o relatório (fl. 16);

c. O lapso temporal entre a chamada interrompida e a sua continuação é de alguns segundos;

d. A chamada interrompida e a sua continuação são originadas e terminadas na mesma ERB. Todos os dados probatórios contidos nos autos demonstram que o usuário sempre estava na mesma ERB, ou seja, sem movimento relevante que justificasse a queda da ligação por causa dos itens elencados em 5.8.1.

5.8.3 Em suma, todos os itens relacionados 5.8.1. seriam determinantes caso o usuário realmente estivesse em movimento. Ainda que a prestadora alegue, que na mesma ERB há mais de um setor e que o usuário poderia estar movimentando-se entre ele e suscetível aos efeitos elencados em 5.8.1. cabia a ela, uma vez que teve acesso aos autos antes da elaboração de sua defesa, demonstrar de forma irrefutável, que, nos casos apontados no relatório de fiscalização da Anatel, os usuários em questão estavam deslocando-se entre os setores da mesma ERB. Se não o fez, é porque o usuário estava realmente parado durante o período em que durou a chamada.

5.8.4. (iv) do número de usuários à mesma ERB que lhe atende e (v) do quantitativo de usuários simultâneos on-line associados à mesma ERB (fl. 42) -

Todos esses argumentos caem por terra em função dos argumentos citados em 5.8.3.. Se a ligação já estava estabelecida e o usuário não estava em movimento, como demonstrado nos autos, não há que se falar em número de usuários associados à mesma ERB e do quantitativo de usuários simultaneamente on-line (taxa de ocupação dos canais da ERB). Esse argumento só faria sentido no início da primeira chamada, mas esse argumento não prospera como justificativa justificativa da queda da chamada. Cabe à prestadora garantir a continuidade da chamada após o seu estabelecimento. Qualquer interrupção da chamada sem que a causa seja do usuário (opção 0 ou 1), é de responsabilidade da prestadora.

5.8.5. (vi) do modelo e da configuração da Estação Móvel utilizada pelo usuário, dentre outros fatores externos que porventura venham interferir no sinal (fl. 42) - Mais uma vez não prospera a argumentação da prestadora porque o lapso temporal entre a chamada interrompida e a sua continuação é de alguns segundos. Dizer que a culpa é do terminal apontando exemplos tais como mau contato entre o chip e a Estação Móvel do usuário, fim dos créditos ou fim da carga da bateria, é querer eximir-se da responsabilidade de garantir a continuidade do serviço nos termos do art. 79 do RSMP. Qualquer uma das ações apontadas como falhas do terminal não seriam solucionadas em poucos segundos (intervalo entre a chamada interrompida e a sua continuação), como demonstrado nos autos.

5.9. Diante de todo o exposto, não há dúvidas de que a prestadora infringiu a determinação contida no inciso I do Art. 10, e Arts. 79 e 80, do RSPM, e também infringiu Cláusula 5.1. e § 1º do Termo de Autorização PVCP/SPV 001/2001 - ANATEL no momento em que interfere na continuidade da prestação do serviço, para aqueles usuários com chamadas com duração acima de 1 hora e 20 minutos, de forma que este precisa gerar mais de uma chamada para obter o mesmo resultado que seria obtido caso a primeira chamada não sofresse queda por interferência operadora." (fls. 938-verso).

Adiante, foi realizada nova fiscalização pela ANATEL na ré/apelante no período de 5.3.2012 a 25.5.2012, cuja ação teve por objetivo "verificar se a prestadora TIM CELULAR continua 'derrubando' de forma proposital as chamadas de usuários do plano Infinity", conforme Relatório de Fiscalização n. 0014/2012/ER01FV acostado às fls. 101/135, o qual apontou que houve crescimento do problema, bem como que há tratamento desigual entre os clientes dos planos "não infinity" e "infinity", porquanto há maior taxa de desligamento nesse com relação àquele:

A ANATEL informou que o Relatório de Fiscalização n. 0014/2012/ER01FV foi produzido no âmbito do âmbito do PADO 53504.026837/2010

(fl. 936), cujo resultado consta do Informe de 24.4.2013 acostado às fls. 942/952.

Em referido Informe, restou consignado que, no caso ora examinado, ao contrário daquelo outro, não se pode constatar tratamento discriminatório entre os planos Intinity e os demais na data objeto de análise, 12.8.2010, muito embora o serviço prestado apresentasse falhas graves, comprometendo sua qualidade e ensejando, inclusive, violação das normas contratuais, porquanto havia informação publicitária falsa ou incorreta, o que redundou em sanção por parte do órgão regulador:

"5.67. Para a correta avaliação dos argumentos trazidos pela TIM Celular S. A. sobre a desconexão de usuários por tempo máximo de chamada determinado com base em facilidade da Central de Comutação e Controle (a chamada feature de proteção contra fraudes) é necessário antes breve relato de informações pertinentes constantes do PADO nº 53500.006169/2011. Trata-se de PADO em desfavor da mesma Prestadora, instaurado com base no Auto de Infração nº 001DF20100134, de 23 de março de 2011. Cumpridos os necessários ritos e garantido o direito à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal concluiu-se, conforme item 5.9 do informe nº 371/2011-PVCPA/PVCP, 'que a prestadora infringiu a determinação contida no inciso I do art. 10, e arts. 79 e 80, do RSMP, e também infringiu Cláusula 5.1 e § 1º do Termo de Autorização PVCP/SPV 001/2001 - ANATEL no momento em que interfere na continuidade da prestação do serviço, para aqueles usuários com chamadas com duração acima de 1 hora e 20 minutos, de forma que este precisa gerar mais de uma chamada para obter o mesmo resultado que seria obtido caso a primeira chamada não sofresse queda por interferência operadora'. A Prestadora foi, naquela ocasião, sancionada com multa pela conduta ocorrida no Distrito Federal, no período de 25/11/2010 a 18/03/2011.

5.68. O PADO nº. 53500.006169/2011 traz o Relatório de Fiscalização nº 0043/2011/UO001FS, de 23 de março de 2011, resultado da fiscalização de registrado na Solicitação de Serviço de Fiscalização (SSF), pasta RADARPVCPA2010000312, criada em 23 de novembro de 2010, para atendimento ao requerimento do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Primeira Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos do Consumidor, formalizado pelo ofício nº 976/2010 - 1ª Prodecon, de 11/11/2010, Sicap nº 53500.027894/2010, que por sua vez visava à obtenção de informações para instruir o Inquérito Civil Público nº 08190.089527/10-51.

5.69. Em retrospectiva, é possível identificar que se trata do mesmo tipo de conduta sancionada no PADO nº 53500.006169/2011, o identificado no Relatório de Fiscalização nº 0407/2010/ER01FV, quando traz indícios de que a

referida facilidade de desconexão de chamadas estaria em operação, com base em uma amostra de chamadas cursadas na rede TIM Celular S. A., realizadas em 12/08/2010, abrangendo todo o país.

5.70. Entende-se, no entanto, que não há que se falar neste caso em tratamento discricionário. Mormente, por se tratar de facilidade da Central de Comutação e Controle (denominada pelo fabricante Ericsson de Long Duration Call Supervision) e não da chamada Rede Inteligente. Essa facilidade é incapaz, portanto, de identificar o plano de serviço de determinado usuário, em determinada chamada.

5.71. Apesar de, conforme alegado pela Prestadora, se tratar de facilidade que objetiva evitar fraudes, resta caracterizado no Relatório de Fiscalização nº 0407/2010/ER01FV (fl. 12) prejuízo a usuários por desconexão de 26.277 (vinte e seis mil, duzentos e setenta e sete) chamada com este perfil, em período de seis horas, em 12/08/2010. Em especial, não é justificável, frente ao definido no § 1º, do art. 37, da Lei nº 8.078/1990, a existência de tal facilidade operando na rede enquanto é comercializado um plano de serviço com chamadas ditas de duração ilimitada.

[]

5.81. De toda sorte, concluiu-se que, analisados os quantitativos de quedas de chamadas na rede da prestadora TIM Celular S. A., os procedimentos internos da prestadora, bem como demais dados constantes dos Relatórios de Fiscalização nº0407/2010/ER01FV e nº 0014/2012/ER01FV, da Nota Técnica nº 001/2013-ER01FV e das peças anexadas aos autos pela Prestadora não se pode afirmar que houve discriminação intencional no tratamento aos usuários de planos de serviço com tarifação por chamadas com o objetivo de obter vantagem.

[]

5.92. Analisando o laudo técnico elaborado pelo Ericsson e apresentado pela TIM (folha 171 do presente PADO) verifica-se que nos casos em que o usuário de origem ou de destino opta por desconectar a chamada, a rede inteligente envia uma mensagem de Release (ordem de desconexão da chamada) para a outra parte. Assim, analisando apenas o CDR da outra parte, sempre se concluíram que a chamada foi desconectada pela rede, quando na verdade isso não ocorreu. Por isso, para uma correta análise do responsável por uma queda de chamada, é necessário realizar uma análise conjunta dos registros MOC e MTC de cada chamada, o que pode ser realizado agregando os registros através do campo NREF. Nesta análise conjunta restaria claro se determinada desconexão da chamada ocorreu por opção do usuário que originou a chamada, por opção do

usuário que recebeu a chamada, se foi provocada por falha na rede do originador (queda provocada por A), ou se foi provocada por falha rede do usuário que recebeu a chamada (queda provocada por B).

5.93. Entretanto, como a análise apresentada no Relatório de Fiscalização nº 0014/2012/ER01FV, apesar de agregar os registros MOC e MTC de cada chamada, levou em consideração apenas o campo INDREL dos registros MOC, concluiu-se que alguns casos em que o usuário de destino desligou a chamada foram contados no numerador do SMP7, já que o campo INDREL dos registros MOC dessas chamadas estavam marcados com o valor 2 (rede desliga), em virtude do recebimento do Release enviado pela rede inteligente.

5.94. Portanto, são válidos os argumentos da prestadora no sentido de não haver falso-negativos nos registros de chamadas em que o usuário de destino desliga, mas sim um procedimento normal de troca de sinalização entre os elementos de rede gerenciados pela rede inteligente da TIM, fornecida pela Ericsson.

5.95. Por fim, dada a análise de todos os argumentos apresentados pela prestadora referente à metodologia de cálculo do SMP7 utilizada pelo ER01 tanto no Relatório de Fiscalização nº0014/2012/ER01FV quanto na Nota Técnica nº 01/2013-ER01FV, resta concluído que a metodologia de cômputo dos índices A e B relativos ao indicador SMP7 do PGMQ, quais sejam a quantidade de queda de chamadas na rede da prestadora e a quantidade de chamadas cursadas, respectivamente não estão aderentes à regulamentação da Anatel e ao entendimento desta Superintendência de Serviços Privados.

[]

5.97. Observa-se que a Prestadora praticou conduta em que há usuário prejudicados pela não prestação de serviços de forma ininterrupta, pela falta de informação adequada sobre condições de prestação de serviço, pela comunicação de caráter publicitário inteira ou parcialmente falsa e pela prestação de serviço com qualidade inferior à regulamentar, motivos pelos quais a infração merece ser considerada grave (art. 9º, § 3º. III, do Anexo à Resolução nº 589/2012).

[]

6.1. Diante do exposto, com fundamento no art. 173, II, da Lei Geral de Telecomunicações, Lei 9.472/1997, e nos arts. 3º, II, 9º, § 3º, 10, 17, 18, 19, 20 e 21, todos do Regulamento de Aplicações de Sanções Administrativas, aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012, sugere-se aplicação a TIM CELULAR S. A., inscrita no CNPJ nº 04.206.050/0001-80, da sanção de multa, no valor de R\$ 9.576.030,14 (nove milhões, quinhentos e setenta e seis mil, trinta reais e quatorze

centavos), por infração ao inciso III, do art. 6º, c/c art. 79, do RSMP, anexo à Resolução nº 477 de 07/08/2007 e art. 37 do Código de Defesa do Consumidor - CDC, Lei nº 8.078, de 11/09/1990; e infração ao art. 16 do Regulamento de Indicadores de Qualidade do Serviço Móvel Pessoal - RIQ-SMP- anexo à resolução nº 335, de 17 de abril de 2003." (fls. 947/952).

Registre-se que a sanção aplicada nesse PADO diz respeito ao ilícito constatado no mês de agosto de 2010, no qual a ré apontou a queda das chamadas ocorrera em razão do sistema de combate à fraude produzido pela fabricante Ericsson, o que não teria a capacidade de distinguir qual tipo de cliente para fins de direcionar a queda das chamadas. Ademais, a ré informou que tal recurso foi cessado em 2010 em razão do desconforto gerado com o Auto de Infração:

"5.54. Quanto ao uso da feature de proteção contra fraudes, que desconecta as chamadas após que atingirem duração, a TIM alega que tal recurso era utilizado, em algumas centrais do fabricante Ericsson, pela área da Prestação responsável pelo combate e prevenção a fraudes, a partir da necessidade de combate a eventos criminosos. Assim, a prestadora reconheceu o uso da feature, porém informou que, devido ao desconforto causado a partir de Auto de Infração lavrado pela Anatel, a utilização de tal recurso foi cessada em 2010. Ademais, a Prestadora informou que as chamadas faturadas e cobradas por evento com duração acima de (60) minutos, supostamente alcançadas pela feature de proteção, correspondiam a 0,38% deste grupo de chamadas, valor muito pequeno e insuficiente para evidenciar qualquer tratamento discriminatório a esses usuários ou ocasionar percentuais de queda de chamadas da ordem de 35% como apontados no item 4.12.4.2. da Nota Técnica. (fl. 945-verso).

Pois bem.

Pelos PADOs acima apresentados e seus respectivos Informes, pode-se extrair as seguintes conclusões, a saber:

A) no PADO n. 53504.026837/2010, no qual foram realizadas mais de uma fiscalização, não constatou a derrubada proposital das chamadas do plano Infinity, mas um defeito na qualidade do serviço decorrente do sistema de proteção às fraudes, o que impediu que a TIM entregasse aos consumidores o que foi por eles contratado nos termos da ampla campanha publicitária veiculada pela ré, consistente em ligações com duração ilimitadas com a cobrança apenas no primeiro minuto. A TIM, quanto a esse particular, apontou em sua defesa perante o agente regulador que tal aplicação foi cessada em 2010. Em razão dos danos aos consumidores, cuja amostragem se deu em 12.8.2010, a ré foi multada.

B) no PADO n. 53500.006169/2011, iniciado a partir de demanda do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, que visava investigar as denúncias de "derrubada" proposital das ligações do plano Infinity no Distrito Federal, constatou que, de fato, no período de amostragem de 25.11.2010 a 18.3.2011, a ré derrubava de maneira proposital as chamadas com duração superior a 1 hora e 20 minutos dos planos Infinity, vez que tal prática se dava de maneira quase padronizada, dentro da mesma rede, sem que tivesse havido deslocamento do consumidor, a qual, em razão da queda da ligação, era forçado a efetuar nova chamada segundos depois, redundando em nova cobrança. Essa ação da ré, como se percebe pelo que foi decidido pelo órgão regulador, não se deu por culpa ou má qualidade de serviço, mas por ação deliberada, vez que não prosperaram nenhum de seus argumentos defensivos. Ademais, tal prática ocorreu após alegada cessão no ano de 2010, vez que a amostragem se deu entre novembro de 2010 e março de 2011, quando, segundo a ré, já havia cessado com a aplicação de derrubada de ligações dentro do sistema de combate a fraudes. Destarte, o fato alegado na inicial, no sentido de que a ré derrubava intencionalmente as ligações dos planos Infinity, após 1 hora e 20 minutos de duração, está suficientemente provado, de sorte que está demonstrado o ato ilícito praticado pela ré, o qual, obviamente, violou os consumidores clientes que tiveram que efetuar nova ligação com o custo do primeiro minuto, bem como toda a coletividade que foi exposta às agressivas campanhas publicitárias que prometiam ligações com duração ilimitada, sem interrupções, com a cobrança apenas do primeiro minuto.

Nota-se, portanto, que em agosto de 2010, quando da primeira amostragem, a interrupção das ligações após certo tempo de duração ocorreu por ação ao menos culposa da ré, que mantinha sistema de combate a fraudes que interrompia as chamadas. De novembro de 2010 a março de 2011, período de amostragem do segundo PADO acima referido, a descontinuidade do serviço se deu de maneira dolosa quanto aos planos Infinity após 1 hora e 20 minutos de duração da chamada, o que obviamente impõe responsabilidade à empresa ré fornecedora ante a sua prática abusiva e ilícita, tanto no plano individual como coletivo, que de culposa tornou-se dolosa e discriminatória, como se observa no período de amostragem no PADO n. 53500.006169/2011.

Assim, de forma inicialmente culposa e posteriormente dolosa, a ré promoveu a descontinuidade de serviço essencial que é a telefonia, sobretudo aqueles relacionados aos planos Infinity, nos quais os usuários tiveram que fazer nova ligação em seguida para prosseguirem na comunicação anteriormente iniciada, com inequívoco prejuízo quanto a eles e, por sua vez, lucro, por parte da TIM.

Ademais, tal proceder violou, como dito, a mais não poder também toda a coletividade alcançada pela publicidade enganosa difundida a quatro ventos pela ré, como se pode ver às fls. 74 e seguintes dos autos.

Desse modo, a TIM violou os incisos IV e VI do artigo 6º, artigo 20, artigo 22 e artigo 37, todos do Código de Defesa do Consumidor, razão pela qual deve ser responsabilizada por sua conduta ilícita nos planos individual e coletivo.

No plano individual, é inequívoco o dano causado aos consumidores, além de serem vítimas da propaganda enganosa, tiveram que refazer a ligação para continuar a chamada em virtude da interrupção culposa e/ou dolosa do serviço, mormente àqueles integrantes dos planos Infinity, arcando novamente com o custo do primeiro minuto de ligação.

Como já anotado, no Informe de fls. 942/953, a ANATEL apurou que, no período de seis horas no dia 12.8.2010, 26.277 (vinte e seis mil e duzentos e setenta e sete) usuários foram vítimas da ação da ré ao interromper a ligação.

Ademais, no Informe de fls. 937/940, a ANATEL apurou que, no universo de amostragem de 48 usuários que tinham tempo superior a 4700 segundos de conexão, 8 (o que totaliza 19,89%) tiveram dolosamente interrompidas suas chamadas, o que releva, em termos percentuais, um número elevado, muito embora não tenha sido considerado para fins de aplicação da multa quando comparado com o total de usuários no Distrito Federal que no período de amostragem era de 4.467.488 (quatro milhões, quatrocentos e sessenta e sete mil e quatrocentos e oitenta e oito) (fls. 939-verso).

Por outro lado, como não é possível identificar todos os consumidores lesados com a interrupção culposa e dolosa das ligações e que foram obrigados a efetuar nova ligação, pagando o custo o primeiro minuto, impõe-se, como postulado pelo Ministério Público, a condenação genérica da ré em pagar os danos materiais experimentados pelos consumidores com tal prática abusiva e ilegal, nos termos do artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor.

Diante disso, merece provimento do recuso Ministério Público nos termos acima apresentados.

De outra parte, o dano praticado pela ré por meio de sua conduta culposa e dolosa extrapolou a mera relação individual, alcançando toda a comunidade que foi vítima de sua publicidade enganosa e abusiva, já que havia a interrupção das ligações.

Essa situação revela a ocorrência também de um dano moral coletivo, porquanto a sociedade consumidora de telefonia celular móvel, que é quase a totalidade dos habitantes de um país na atualidade, foi enganada, aviltada,

ludibriada pela publicidade enganosa e por suas ações, o que fez romper a confiança necessária que a comunidade deve ter nos concessionários de serviços públicos, notadamente aqueles de caráter essencial como o de telecomunicações.

A propósito, Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto assim conceituam o dano moral coletivo:

"Assim, podemos conceituar o dano moral coletivo como o resultado de toda a ação ou omissão lesiva significativa, praticada por qualquer pessoa contra o patrimônio da coletividade considerada esta as gerações presentes e futuras, que suportam um sentimento de repulsa por um fato danoso irreversível, de difícil reparação, ou de consequências históricas." (FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil.** 5ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, v. 3, 353).

No mesmo sentido, também leciona Paulo Sérgio Uchoa Ferraz de Camargo:

"De forma mais sintética, temos a definição de André Gustavo Corrêa Andrade 'o dano moral coletivo constitui agressão a bens e valores jurídicos comuns a toda coletividade ou parte dela. Parte-se, pois da idéia de um patrimônio moral coletivo e indivisível, inerente aos homens em sua dimensão social'.

Sendo assim, temos que o dano moral coletivo extrapola os limites do dano moral individual, passando a atingir a honra e a dignidade de um contingente maior de pessoas. Tal situação coaduna-se com os direitos de terceira geração, inserindo no bojo dos interesses transindividuais a efetiva tutela do dano moral sofrido pela coletividade." (CAMARGO, Paulo Sérgio Uchoa Ferraz de. **Dano moral coletivo. Uma possibilidade de aplicação dos danos punitivos.** São Paulo: Almedina, 2016, p. 134/135).

A propósito, essa também é a compreensão do Superior Tribunal de Justiça quanto aos danos morais coletivos:

"O dano moral coletivo atinge interesse não patrimonial de classe específica ou não de pessoas, uma afronta ao sentido geral dos titulares da relação jurídica-base." (Resp n. 1.197.654, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 8.3.2012).

"1. O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base.

2. O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do

indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos." (Resp n. 1.057.274, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 26.2.2010).

Este Tribunal de Justiça, em precedente de minha relatoria, também sufragou a tese de cabimento de dano moral coletivo na hipótese de propaganda enganosa apresentada por sociedade empresária concessionária de serviço de telefonia móvel:

"CIVIL. CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TIM CELULAR. OFERTA DE INTERNET. PUBLICIDADE ENGANOSA. OCORRÊNCIA. DANO MORAL COLETIVO. CONDENAÇÃO. DEVOLUÇÃO AO CONSUMIDOR DO VALOR PAGO AO CONSUMIDOR PARA O RESTABELECIMENTO DA VELOCIDADE DE CONEXÃO.

1. Para ser considerada enganosa a publicidade, além de conter informações inverídicas ou falsas, ela deve ser capaz de induzir em erro o consumidor mediano em razão da disposição, da apresentação e do contexto na qual está inserida.

2. No caso, a publicidade objeto do questionamento do Ministério Público deve ser considerada enganosa, em razão de conter informações inverídicas e, pela sua disposição e apresentação, ser capaz de induzir em erro o consumidor acerca do produto ali contido. Passo a apresentar os argumentos que justificam tal entendimento. Nas peças publicitárias constantes dos autos está destacado o produto oferecido pela apelante TIM, qual seja, serviço de internet, e uma característica desse produto, isto é, o fato de ele ser ilimitado. O vocábulo ilimitado está em destaque, com cor diversa dos outros vocábulos e com tamanho de fonte maior, de maneira que é inequívoco o realce e a importância de tal característica no contexto da publicidade. Por outro lado, não se verifica nenhum asterisco ou indicação de número que deslocasse ou que especificasse o sentido daquela característica essencial à publicidade apresentada pela apelante. Diante disso, deve-se tentar decifrar o sentido do termo "ILIMITADO" para o consumidor mediano, considerando o contexto e a disposição da frente da propaganda, que é a porta de entrada para o produto ofertado pela apelante. Assim, o vocábulo "ILIMITADO" utilizado na publicidade veiculada pela apelante significa a possibilidade de navegar na internet a qualquer momento e sem nenhum embaraço referente à quantidade e à qualidade do serviço, de maneira que dever-se-ia ser mantida a velocidade inicial da navegação. Em outras palavras, "ILIMITADO" significa uma qualidade de serviço e uma velocidade que satisfaça o consumidor a todo o momento. Ademais, a associação do vocábulo "ILIMITADO" como nome do produto ofertado "LIBERTY" somente reforça a percepção de que o serviço oferecido assegura ou propicia ao

consumidor uma liberdade extrema e absoluta com relação à navegação, na qual não existe nenhuma barreira técnica ou contratual. Desse modo, a publicidade apresentada pela apelante TIM gera nos consumidores, efetivos ou potenciais, a crença, a convicção e a confiança de que os elementos acima apontados são as características do produto ofertado. Como se não bastasse isso tudo o que foi colocado, nas capas das peças publicitárias acima apontadas não há nenhuma referência à oferta de mais de um pacote referente à conexão com a internet, o que faz pressupor que existe apenas um e que ele é ilimitado nos termos do acima colocado. Por outro lado, mesmo que houvesse ali alguma anotação, há foi apresentado nenhum mecanismo prévio de controle do consumo para que o consumidor pudesse se guiar durante o mês. Tudo isso só reforça a confiança de que o ilimitado significa sem qualquer restrição, barreira ou limitação, o que não se verificou na espécie, configurando publicidade enganosa.

3. São direitos básicos do consumidor, considerado individualmente ou no plano difuso ou coletivo, a prevenção e a reparação dos danos patrimoniais e morais que porventura tenham experimentado em razão de uma conduta abusiva do fornecedor. Desse modo, o Código de Defesa do Consumidor trouxe tanto a tutela individual do consumidor como a tutela coletiva da comunidade consumidora, que também pode ser vítima de uma prática abusiva de um fornecedor, o que enseja o dever de reparar o dano coletivo experimentado. Ressalta-se que o dano moral coletivo não significa a somatória dos danos individuais suportados pelos consumidores pela violação de um direito pessoal desses, mas uma nova modalidade de dano, o qual tem por objeto a violação de um direito da coletividade considerada em si mesma na hipótese de ser vítima de uma ação danosa de um fornecedor. Não se pode esquecer que um dos valores do Estado Democrático de Direito brasileiro é a defesa do consumidor, contida tanto no rol dos direitos fundamentais do artigo 5º do texto constitucional como nos princípios da ordem econômica enunciados no artigo 170 da Carta da República, de maneira que, considerado em sua dimensão objetiva, é um direito da comunidade em si mesmo e passível de violação, uma vez desatendidos os ditames legais prescritos pelo legislador ordinário por determinação do poder constituinte, ensejando a devida compensação coletiva. Nesse diapasão, tem-se que a dimensão objetiva traz uma carga transindividual, comunitária, a qual tanto o Estado como os indivíduos devem obedecer e promover considerando a eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais, sob pena de se incorrer em omissão legislativa e/ou dano coletivo.

4. Como concretização coletiva e individual de defesa do consumidor, regulamentou a publicidade sobre os produtos e serviços ofertados

pelos fornecedores nos artigos 36 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor, tornando ilícita e passível de reparação nos dois planos - individual e coletivo - a publicidade enganosa e abusiva. Desse modo, constata-se que a publicidade enganosa ou abusiva pode tanto afetar o consumidor individual como toda a coletividade que está exposta a essa forma de atrativo comercial, razão pela qual se pode falar em duas esferas de lesados. No caso, a publicidade apresentada pela TIM se mostrou enganosa, haja vista ser inverídica e levar os consumidores a adquirem seu produto por erro, o que enseja a reparação tanto individual como coletiva. Não se pode perder de vista que o alcance geográfico da publicidade enganosa, a qual tinha o caráter nacional, e o tipo de serviço ofertado, acesso à internet, o que atinge atualmente a toda a população nacional, de crianças a idosos, haja vista que a grande maioria da população brasileira utiliza dos serviços de internet diariamente. Assim, está evidente que a publicidade enganosa apresentada pela TIM afetou a toda a coletividade em si mesmo considerada, pois houve a violação da dimensão objetiva do direito fundamental à defesa do consumidor, concretizado na proibição de publicidade enganosa. Tal proceder ocasionou dano moral coletivo indenizável, o qual, em razão das particularidades já tratadas acima - alcance e natureza do serviço -, fixo em R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

5. Aos consumidores que pagaram um complemento para que a velocidade fosse restabelecida, é dever de a TIM reembolsá-los do valor pago a maior, haja vista que ela deveria garantir a velocidade em razão da publicidade enganosa disponibilizada.

6. Recursos conhecidos, provido o do Ministério Público e parcialmente provido o da TIM CELULAR S A." (Acórdão n.960939, 20120110925097APC, Relator: MARIA IVATÔNIA 5ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 17/08/2016, Publicado no DJE: 24/08/2016. Pág.: 186/192),

Portanto, no caso dos autos, em razão da publicidade enganosa e da ação culposa e posteriormente dolosa em interromper as chamadas do plano Infinity, pelo qual as chamadas teriam duração ilimitada, cobrando-se apenas o primeiro minuto, a partir de certa duração, obrigando os consumidores a efetuarem onerosamente outra ligação, está suficientemente demonstrado o dano moral coletivo suportado por toda a coletividade de usuários e pretensos usuários dos serviços da ré.

Passa-se ao exame do valor da reparação extrapatrimonial coletiva.

Na r. sentença, o dano moral coletivo foi fixado em R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais).

O Informe mais recente da ANATEL acostados aos autos (fls.

954/952) indica que a ré teve receita operacional líquida em 2011 de R\$ 16.282.388,000,00 (dezesesseis bilhões, duzentos e oitenta e dois milhões, trezentos e oitenta e oito mil reais), de modo que, considerando esse valor, o qual inclusive foi utilizado para a fixação da multa pelo órgão regulador, não seria exagerada a condenação imposta em sentença.

Contudo, no precedente acima colacionado, em razão de propaganda enganosa, esta Turma Cível arbitrou o valor dos danos morais coletivos em R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

No caso dos autos, contudo, além da propaganda enganosa, houve ação culposa e dolosa da ré em interromper as ligações, ocasionando prejuízo aos usuários, por um lado, e lucro a ela, por outro, o que, inequivocamente, deve incrementar o valor do dano extrapatrimonial coletivo, em razão do agravamento da lesão à integridade moral da comunidade, cuja confiança em todas as prestações de serviço público restou severamente abalada.

Diante disso, considerando a publicidade enganosa e a ação culposa e dolosa de interromper as ligações dos usuários do plano Infinity, bem como o número de usuários que ultrapassa a ordem de quatro milhões, entendo razoável e cumpridor dos propósitos da reparação de danos extrapatrimoniais condenar a ré ao pagamento da quantia de R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais).

Por fim, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que é descabida a condenação da parte contrária ao pagamento de honorários sucumbenciais quando o Ministério Público for o vencedor de ação civil pública por ele proposta, de sorte que essa parte da r. sentença deve reformada:

"Na linha dos precedentes desta Corte, o Ministério Público não faz jus ao recebimento de honorários advocatícios sucumbenciais quando vencedor na ação civil pública por ele proposta. Não se justificando, de igual maneira, conceder referidos honorários para outra instituição." (Resp n. 1.358.057, Rel. Min. Moura Ribeiro, DJe 25.6.2018).

Forte nesses argumentos, conheço dos recursos. Rejeito as preliminares. Dou provimento ao recurso do Ministério Público para condenar a ré, na forma do artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor, a indenizar os consumidores pelos danos morais decorrentes da interrupção dolosa e culposa das ligações dos planos Infinity, a serem apurados em liquidação de sentença, devendo o montante ser corrigido monetariamente desde o prejuízo e acrescido de juros de mora desde a citação da ré nesta ação coletiva. Dou parcial provimento ao recurso da TIM para reduzir o valor dos danos morais coletivos de R\$ 100.000.000,00 (cem

milhões de reais) para R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais) a ser revertido ao Fundo Distrital da Lei da ação Civil Pública, acrescidos monetariamente desde a publicação do presente acórdão e de juros de mora a partir da citação nos termos do artigo 13 da Lei 7.347/1985; assim como para decotar a parte referente à condenação ao pagamento de honorários advocatícios. No mais, mantenho a r. sentença, mormente quanto ao item 2 de fl. 692 - publicação em jornal de grande circulação do presente acórdão.

É como voto.

O Senhor Desembargador ANGELO PASSARELI - Vogal

Senhor Presidente, ouvi com atenção tanto a sustentação oral que menciona precedente da minha lavra sobre a questão da sentença que determina inversão do ônus da prova, como o douto voto da Relatora, que esclarece esses pontos em que S. Ex^a procura aproveitar a sentença que foi lançada nesses autos.

Quero crer, parece-me que resta uma vaga lembrança, que essa sentença foi lançada por um grupo de metas. O item chamado "inversão do ônus da prova" é o único que me causa alguma preocupação neste julgamento, sendo que estou de acordo com todos os outros das preliminares trazidas por S. Ex^a. Mas, Senhor Presidente, essa sentença, ainda que a douta Relatora tenha dito que não se valeu do ônus da inversão da prova, deixou escrito em quase uma lauda essa questão da inversão, concluindo da seguinte forma: "dessa forma há de se entender caracterizada a hipótese de inversão do ônus da prova para análise dos aspectos fáticos da presente demanda (fls. 388)".

Bem, isso foi o intróito da fundamentação da sentença. Aliado a isso, captei do voto da eminente Relatora quando faz a fundamentação do porquê da manutenção da sentença que, nessa instância recursal, chegou a ser feita diligência para ANATEL e que não houve resposta.

Então, Senhor Presidente, ao meu sentir, a sentença que começa com essa assertiva era caracterizada como "sentença suicida" porque a Relatora procura demonstrar que foram utilizados elementos de dentro dos autos, mas há uma contradição maléfica ao se afirmar que se fazia a inversão da prova e agora se pega elementos constantes daquele inquérito do procedimento que foi movido pelo Ministério Público para acelerar que foi suficiente o julgamento...

A Senhora Desembargadora MARIA IVATÔNIA - Relatora

Desembargador Angelo Passareli, V. Ex.^a me permite um aparte?

Por isso é que tive o cuidado de transcrever a fundamentação da sentença. Está no meu voto, na parte que define qual foi a falha de prestação de serviço. (fls. 24, 25 e 26).

Então, é nesse ponto, não é nesse documento da ANATEL. É no que estava nos autos e que serviu de fundamento ao juiz para entender que houve a falha de prestação de serviço, de maneira dolosa e de maneira culposa. Mas V. Ex.^a fique à vontade.

O Senhor Desembargador ANGELO PASSARELI - Vogal

Prosseguindo no raciocínio: para o voto da eminente Relatora chegar a uma condenação de R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais) é mencionada a existência de dolo e o dolo é um elemento volitivo que demanda muito mais cautela.

Estou inclinado a acolher a preliminar e não estou propondo o julgamento, porque, ao se dizer que são R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais) a indenização por esses danos coletivos, está-se utilizando até mesmo de um elemento volitivo que a inversão do ônus da prova feita no momento certo permitiria que a parte Ré trouxesse, além da nomeação do perito do Juízo, seus assistentes técnicos para trabalhar junto nesse esclarecimento.

Essa é a minha preocupação, Senhor Presidente. Portanto, nem chego aonde chegou a Desembargadora Relatora de que faria o julgamento conforme o estado do processo, inobstante a sentença ter esse erro, porque é preciso aprofundar mais para quantificar esse volume.

Por isso, Senhor Presidente, entendo que é caso de nulidade de sentença. Quando ele diz "inversão do ônus da prova" é, em realidade, uma preliminar de nulidade de sentença.

Acolho nessa parte em virtude de que, para essa fixação do valor a ser determinado, estamos nos utilizando de outros elementos que necessitariam de maior investigação.

Caso fique vencido na preliminar, desde logo digo que acompanho a

eminente Relatora no mérito. Mas, na questão da sentença, creio que a absolvição desse defeito que, pessoalmente, *data maxima venia*, vejo nesse ato decisório parece-me que ele é desfavorável à parte Ré.

Assim, acolho a preliminar para cassar a sentença, voltar à 1ª instância com a inversão do ônus da produção de prova, devendo a Ré solicitar e arcar com todas as despesas que entender necessárias.

O fenômeno, Senhor Presidente, é lembrado por todos, mas o ato decisório em si me deixou bastante preocupado.

O Senhor Desembargador SEBASTIÃO COELHO - Presidente e Vogal

Peço licença à eminente Relatora, mas acompanho o voto divergente para cassar a sentença e retornar à 1.ª Instância para a produção de provas.

O Senhor Desembargador JOSAPHÁ FRANCISCO DOS SANTOS - Vogal

Peço vista.

O Senhor Desembargador ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO - Vogal

No que se refere à preliminar, eu a supero, acompanhando a eminente Relatora.

O Senhor Desembargador JOSAPHA FRANCISCO DOS SANTOS - Vogal

Trata-se de apelações interpostas por **TIM CELULAR S/A** e pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS** contra a r. sentença de fls. 684/692v, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na **ação civil pública** para condenar a empresa requerida a pagar R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais) ao Fundo Distrital da Lei de Ação Civil Pública, com correção monetária e juros de mora, nos termos do art. 13 da Lei n. 7.347/85, e a publicar, às suas expensas, nos dois jornais de maior circulação nesta capital, por quatro dias consecutivos, em tamanho mínimo de 20cm x 20cm, a parte dispositiva da sentença condenatória. Julgou improcedente, todavia, o pedido de condenação ao pagamento de danos materiais.

A empresa ré requer sejam acolhidas as preliminares que suscita para extinguir a ação civil pública, devido à falta de inclusão da ANATEL no feito ou, ao menos, reconhecer a necessidade de a autarquia participar da demanda, remetendo-se os autos para Justiça Federal. Pleiteia a nulidade da r. sentença por ter sido proferida com base em premissa fática equivocada, seja pelo cerceamento do direito ao contraditório e à ampla defesa ou por flagrante ofensa aos princípios do devido processo legal e do juiz natural.

No mérito, pugna pelo provimento ao apelo para julgar a ação civil pública inteiramente improcedente e, subsidiariamente, pede que seja reduzido o valor da indenização ao menor patamar possível, em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Por fim, requer seja afastada a condenação ao pagamento de verba honorária e de publicação nos jornais de grande circulação.

O Ministério Público, por sua vez, requer o provimento de sua apelação para reformar a r. sentença, julgando-se procedente o pedido formulado na inicial para condenar a requerida, de forma genérica, a pagar danos materiais, a serem liquidados e executados em momento ulterior, conforme artigos 97 e 100 do CDC.

Iniciado o julgamento, a em. Relatora, Desembargadora Maria Ivatônia, rejeitou as preliminares, deu provimento ao recurso do Ministério Público para condenar a empresa ao pagamento de danos materiais, na forma do art. 95 do CDC, e deu parcial provimento ao recurso interposto por **TIM CELULAR S/A** para reduzir o valor da indenização por danos morais coletivos de R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais) para R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais).

Ao revés, o il. Desembargador Angelo Passareli, ao votar como primeiro vogal, divergiu para acolher a preliminar de nulidade suscitada pela parte ré,

determinando a cassação da r. sentença e a volta à instância originária com a inversão do ônus probatório, pela qual deve a ré solicitar e arcar com todas as despesas que entender necessárias.

O em. Desembargador Sebastião Coelho acompanhou o voto divergente e, prosseguindo o julgamento nos moldes do art. 942 do CPC, o il. Desembargador Robson Barbosa de Azevedo acompanhou a il. Relatora para superar a preliminar.

Para melhor compreensão da controvérsia, pedi vista dos autos.

DAS PRELIMINARES

Os eminentes pares rejeitam, à unanimidade, as preliminares suscitadas pela parte ré relativas à competência da Justiça Federal em virtude da necessária participação da ANATEL; à premissa fática equivocada; e ao cerceamento de defesa, divergindo apenas no que se refere à preliminar de nulidade decorrente da inversão do ônus probatório.

Contudo, sendo unânime a inexistência de cerceamento de defesa, não há que se falar em necessidade de retorno dos autos à instância originária para dilação probatória, sobretudo em face da conversão do feito em diligência por mais de uma vez nessa instância recursal, para requisitar à ANATEL as decisões finais dos procedimentos havidos no bojo daquela autarquia federal - conforme bem apontado pela em. Relatora em seu relatório e em seu voto.

Com efeito, a r. sentença assim dispôs acerca do ônus da prova (fl. 688):

"Incide, ainda, a inversão o ônus *probandi*, nos termos do artigo 6º, VIII, do CDC. Os requisitos para aplicação do referido instituto de natureza processual de valoração da prova são a verossimilhança do alegado e a hipossuficiência do consumidor. A verossimilhança decorre não somente dos documentos demonstrando a atividade de fiscalização da agência reguladora responsável (fls. 137/162), como de ampla divulgação pela imprensa escrita e de radiodifusão, e de ampla discussão da sociedade acerca de 'derrubadas' nas ligações efetuadas por consumidores da parte ré. Não há que se falar, aqui, em ausência de constatação da ANATEL acerca dos fatos

narrados pelo autor, vez que existe farta documentação nos autos indicando os vícios na prestação do serviço descrito na inicial.

A hipossuficiência também está claramente configurada. A legitimação extraordinária do MPDFT não afasta o desequilíbrio na relação processual estabelecida. O autor, diante da própria precariedade da estrutura técnica inerente aos órgãos essenciais à justiça (e - ressalta-se - do próprio Poder Judiciário), que possuem pequeno quadro técnico de especialistas nas mais variadas áreas do conhecimento, e da vastidão de matérias submetidas às demandas judiciais, que exigem frequentemente conhecimentos técnicos de todos os ramos do conhecimento, possui clara hipossuficiência na produção probatória. Não fosse bastante tais fatos da realidade, é imperativo observar que as atribuições do Ministério Público englobam desde a matéria ambiental, tributária, até as mais variadas demandas consumeristas, exigindo conhecimento técnico securitário, contábil, telefônico, médico, etc. assim, por óbvio, não possui o mesmo grau de especialização da requerida, que explora unicamente atividades de telecomunicações, com quadro técnico infinitamente mais vasto e orçamento incomparavelmente mais generoso (e com regras mais flexíveis, ante a estruturação como pessoa jurídica de direito privado - sociedade anônima) do que o ostentado pela instituição do Ministério Público.

Dessa forma, há de se entender caracterizada hipótese de inversão do ônus da prova para análise dos aspectos fáticos da presente demanda."

Todavia, em atenta análise ao r. *decisum* e ao voto proferido pela em. Relatora, constata-se que a condenação da empresa ré não se funda em tal premissa, mas decorre das circunstâncias fáticas comprovadas pelo próprio autor.

Dessa forma, embora o d. Juízo *a quo* tenha equivocadamente mencionado a inversão do ônus da prova no momento do julgamento, sem

oportunizar que a parte se desincumbisse da obrigação processual a ela imputada, o julgamento nitidamente ocorreu pela regra prevista no art. 333, inciso II, do CPC, segundo o qual o ônus da prova incumbe ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito comprovado pelo autor. É o que se extrai do seguinte excerto (fls. 689/690):

"A requerida alega que não operou ao tratamento desigual dos consumidores do plano *Infinity*. Tal argumento, contudo, em nada lhe favorece. A conduta da ré amolda-se às práticas abusivas do art. 39, II, do CDC (recusar atendimento ao consumidor - ou seja, não prestar o serviço contratado), 39, V (exigir vantagem manifestamente excessiva - cobra em duplicidade pelo mesmo serviço, *in casu*, em decorrência de conduta maliciosa da própria ré - derrubar a chamada para realizar nova cobrança), e não o tratamento desigual. Ao contrário, ao que parece, a ré utilizou da conduta abusiva de derrubar chamadas indistintamente, lesando todos os consumidores, pelo critério único de derrubar as chamadas mais demoradas.

Não convence também o argumento de que o autor não demonstrou descumprimento da regulação da ANATEL. A própria autarquia reguladora constatou a irregularidade da prática e a ofensa às normas regulamentares(item 6.1 - fl. 98). Ademais, a conduta viola diretamente à legislação, vez que a ré cobrava em duplicidade pelo mesmo serviço, sendo que a interrupção das chamadas decorrida de falha (ou, como constatado, por dolo) da requerida, sendo este o fato gerador da nova cobrança indevida, consistindo nas práticas abusivas já descritas.

As alegações de que contabilizava corretamente as reclamações formuladas e de que o percentual de acessibilidade era superior à meta da ANATEL **não alteram a situação descrita. O problema constatado foi a excessiva interrupção de chamadas, decorrente de mecanismo do**

sistema capaz de encerrar as ligações mais demoradas, gerando maliciosamente ônus adicional ilícito ao consumidor.

O que se observa, em síntese, é a existência de **falha grave na prestação de serviço**, importando em cobrança indevida do consumidor e em prejuízo às comunicações estabelecidas por meio do serviço público relevante explorado economicamente pela requerida. **Desta conduta, decorreram danos materiais direitos para consumidores indeterminados que efetivamente pagaram em duplicidade a tarifa para efetuar ligações telefônicas, e danos extrapatrimoniais suportados em decorrência da má-prestação do serviço, estando configurado o nexo de causalidade, pela vinculação direta e imediata entre os danos sofridos e a conduta comissiva da ré (interromper chamadas).** Resta, portanto, a análise dos danos sofridos." (*grifei*)

Sendo assim, diante da comprovação, pelo Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações (PADO) n. 53500.006169/2011, de que as chamadas eram interrompidas de maneira padronizada a partir de 1h20 (uma hora e vinte minutos) de duração, conforme demonstrado no Informe (fls. 937/940) que julgou o referido PADO, competia à ré demonstrar a regular prestação de seus serviços, sem interrupção indevida de chamadas, não em virtude da inversão do ônus probatório, mas devido à ordinária distribuição do ônus *probandi* estabelecida no art. 333 do CPC/1973 e reproduzida no art. 373 do CPC/2015.

Portanto, a esse respeito, uma vez reconhecida a inexistência de cerceamento de defesa, se a parte ré apenas alega que prestava os serviços regularmente, mas não se desincumbiu de comprovar tal fato como impeditivo, modificativo ou extintivo do contexto fático apresentado nos documentos administrativos acostados aos autos, que demonstram a veracidade da narrativa autoral, a procedência do pedido inicial é medida que se impõe, reconhecendo-se o direito postulado pelo autor e não havendo qualquer nulidade da r. sentença.

Registre-se, por oportuno, que atos processuais somente devem ser

declarados nulos quando caracterizado o efetivo prejuízo à parte, o que claramente não ocorre na hipótese vertente, tendo em vista a ausência de cerceamento de defesa e o julgamento de acordo com as provas produzidas nos autos, aplicando-se a regular distribuição do ônus probatório. Nesse sentido trilha a Jurisprudência do col. Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. CONTESTAÇÃO. ÔNUS DA PROVA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. CONCESSÃO DE PENSÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA N. 83 DO STJ. QUANTUM INDENIZATÓRIO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE. CONTESTAÇÃO INTEMPESTIVA. MANUTENÇÃO NOS AUTOS. DOCUMENTOS ANALISADOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO.

1. Inexiste violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e solução das questões abordadas no recurso.
2. É inviável o conhecimento do recurso especial se a análise da controvérsia reclamar o reexame de elementos fático-probatórios presentes nos autos. Incidência da Súmula n. 7 do STJ.
3. Estando o acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência do STJ, aplica-se a Súmula n. 83 do STJ.
4. A revisão pelo STJ da indenização arbitrada a título de danos morais exige que o valor tenha sido irrisório ou exorbitante, fora dos padrões de razoabilidade.
- 5. De acordo com a moderna ciência processual, que coloca em evidência o princípio da instrumentalidade e o da inexistência de nulidade sem prejuízo (pas de nullité sans grief), antes de se anular todo o processo ou**

determinados atos, atrasando, muitas vezes em anos, a prestação jurisdicional, deve-se analisar se a alegada nulidade causou efetivo prejuízo às partes.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 198.356/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 10/12/2015)

Em relação à configuração do dolo na conduta perpetrada pela empresa, sendo esse um dos critérios utilizados no arbitramento da indenização por danos morais coletivos, insta esclarecer que, embora o dolo seja classificado como elemento subjetivo da conduta, não se pode confundi-lo com um aspecto puramente psicológico, que encerre apenas o desejo intrínseco à mentalidade do agente.

Em verdade, o dolo deve ser aferido a partir das circunstâncias fáticas expressas no caso concreto, a partir das quais se depreende o elemento volitivo do agente, sobretudo quando se trata de pessoa jurídica, que possui conhecimento técnico para descrever, em sua oferta, as características do serviço que presta, a partir do qual desenvolve sua atividade empresarial e obtém o respectivo lucro.

Nesse diapasão, conforme apurado pela ANATEL, de acordo com o Informe de fls. 942/953, 26.277 (vinte e seis mil, duzentos e setenta e sete) consumidores tiveram suas ligações indevidamente interrompidas em um período de apenas seis horas, no dia 12 de agosto de 2010. A agência reguladora, com capacidade técnica para apurar eventuais condutas em desconformidade com o regramento padrão na seara da telecomunicação, consignou, ainda, no Informe (fls. 937/940) referente ao PADO n. 53500.006169/2011:

"5.8.4. (iv) do número de usuários à mesma ERB que lhe atende e (v) do quantitativo de usuários simultâneos on-line associados à mesma ERB (fl. 42) - Todos esses argumentos caem por terra em função dos argumentos citados em 5.8.3.. Se a ligação já estava estabelecida e o usuário não estava em

movimento, como demonstrado nos autos, não há que se falar em número de usuários associados à mesma ERB e do quantitativo de usuários simultaneamente on-line (taxa de ocupação dos canais da ERB). Esse argumento só faria sentido no início da primeira chamada, mas **esse argumento não prospera como justificativa justificativa da queda da chamada. Cabe à prestadora garantir a continuidade da chamada após o seu estabelecimento. Qualquer interrupção da chamada sem que a causa seja do usuário (opção 0 ou 1), é de responsabilidade da prestadora.**

5.8.5. (vi) do modelo e da configuração da Estação Móvel utilizada pelo usuário, dentre outros fatores externos que porventura venham interferir no sinal (fl. 42) - Mais uma vez não prospera a argumentação da prestadora porque o lapso temporal entre a chamada interrompida e a sua continuação é de alguns segundos. **Dizer que a culpa é do terminal apontando exemplos tais como mau contato entre o chip e a Estação Móvel do usuário, fim dos créditos ou fim da carga da bateria, é querer eximir-se da responsabilidade de garantir a continuidade do serviço nos termos do art. 79 do RSMP. Qualquer uma das ações apontadas como falhas do terminal não seriam solucionadas em poucos segundos (intervalo entre a chamada interrompida e a sua continuação), como demonstrado nos autos.**

5.9. Diante de todo o exposto, **não há dúvidas de que a prestadora infringiu a determinação** contida no inciso I do Art. 10, e Arts. 79 e 80, do RSPM, e também infringiu Cláusula 5.1. e § 1º do Termo de Autorização PVCP/SPV 001/2001 - ANATEL no momento em que interfere na continuidade da prestação do serviço, para aqueles usuários com chamadas com duração acima de 1 hora e 20 minutos, de forma que este precisa gerar mais de uma chamada para obter o mesmo resultado que seria obtido caso a primeira chamada não sofresse queda por interferência operadora." *(grifei)*

Assim, diante do contexto fático-probatório acima delineado, entendo configurado o dolo da empresa ré, embora se trate de responsabilidade objetiva, quanto à conduta que acarreta vício de qualidade no serviço prestado, eis que torna o serviço impróprio, por não ter a qualidade mínima legitimamente esperada, devido à disparidade entre as indicações constantes da oferta e as condições efetivamente constatadas.

Não há, contudo, que se falar em nova oportunidade de dilação probatória quanto ao dolo, eis que a conduta descrita na peça inicial abarca o elemento subjetivo comprovado na instrução processual, tendo a empresa ré exercido o regular contraditório no decorrer do trâmite processual.

Por todo o exposto, acompanho a em. Relatora quanto à rejeição de todas as preliminares suscitadas em sede de apelação pela parte ré, afastando, sobretudo, a nulidade da r. sentença em decorrência do equívoco quanto à inversão do ônus probatório.

DO MÉRITO

Ultrapassadas as preliminares suscitadas em sede de apelação, passo à análise do mérito recursal no que tange à indenização por danos morais coletivos.

No que se refere ao **quantum indenizatório** atinente aos danos morais coletivos, entendo que, embora a quantia fixada na r. sentença - R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais) - mereça ser reduzida, a minoração deve ser efetuada de forma ponderada, de modo a manter o caráter pedagógico da indenização.

A Jurisprudência vem estabelecendo os parâmetros para fixação da verba indenizatória relativa aos danos morais, devendo-se mensurar, sempre que possível, a extensão do dano, a repercussão na esfera pessoal da vítima, a duração da infração, o grau de reincidência do fornecedor, a capacidade financeira do ofensor e o seu grau de culpa, embora a quantificação da indenização não possua o escopo de delimitar o valor econômico dos bens atingidos, uma vez que se trata de direito extrapatrimonial.

Nesse diapasão, por se tratar de hipótese de dano moral coletivo, há que se atentar às peculiaridades da responsabilidade civil no cotejo aos direitos transindividuais, acerca da qual assim leciona o il. Hector Valverde (*In*: Dano moral no direito do consumidor; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014):

"Combinando os diversos aspectos do dano moral individual com as particularidades da disciplina legal dos valores transindividuais, define-se o dano moral coletivo como a injusta lesão dos direitos imateriais pertencentes à determinada coletividade, ou seja, é a violação injusta de específico círculo de valores coletivos. Dispensa-se a prova direta do dano moral coletivo, porquanto não se configura apenas com a verificação da dor da coletividade, mas presume-se em razão da demonstração do fato violador dos valores coletivos (*damnum in re ipsa*).

Conclui-se que os danos morais coletivos nas relações de consumo podem decorrer de variadas situações, a exemplo da publicidade discriminatória de parcela de consumidores, a venda ou exposição de produtos inseguros, a privação de serviço público essencial, o descumprimento generalizado de contrato de consumo - plano de saúde, turismo, financiamento imobiliário, dentre outros."

A esse respeito, o col. Superior Tribunal de Justiça tem consagrado a doutrina da dupla função na indenização por danos morais: compensatória e desestimulante.

Destarte, a indenização deve ser fixada de modo a prevenir a reiteração da conduta ilícita que ocasionou o dano moral coletivo - *in casu*, a prestação de serviço de forma inadequada, levando os consumidores a efetuar novas chamadas e a arcar com esse custo, em dissonância à oferta de chamadas por tempo ilimitado.

Por conseguinte, a quantia deve levar em consideração as particularidades do caso concreto, para que não se caracterize como apenas mais uma despesa na gestão da empresa e no custo operacional, devendo ser proporcional à reprovabilidade da conduta perpetrada no desenvolvimento da atividade empresarial.

O princípio da razoabilidade, por sua vez, é atendido ao arbitrar-se a indenização em patamar suficiente e adequado para alcançar as finalidades da

parcela indenizatória e, ao mesmo tempo, não representar reprimenda excessiva, capaz de impedir o prosseguimento das atividades empresariais pela pessoa jurídica.

Na hipótese vertente, de acordo com o Informe da ANATEL (fls. 950v), a empresa ré teve receita operacional líquida no exercício de 2011 no patamar de R\$ 16.282.388.000,00 (dezesesseis bilhões, duzentos e oitenta e dois milhões, trezentos e oitenta e oito mil reais).

Constata-se, portanto, que indenização no montante de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) se mostra plenamente adequada ao desestímulo da conduta ilícita, sem caracterizar repressão excessiva.

A meu sentir, quantia inferior representaria valor irrisório, ante os expressivos valores movimentados pela empresa ré e sua capacidade financeira, obtida, inclusive, pelo acréscimo patrimonial decorrente da prática ilícita consistente na interrupção proposital de chamadas telefônicas, conforme comprovado nos autos.

Frente às razões supra, acompanho a em. Relatora para **REJEITAR todas as preliminares suscitadas pela parte ré**, afastando a nulidade da r. sentença e, quanto ao mérito, apresento, com todas as vênias, **voto vogal divergente apenas quanto ao valor da indenização por danos morais coletivos, fixando-o em R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais)**, pelos fundamentos acima expostos.

É como voto.

A Senhora Desembargadora MARIA IVATÔNIA - Relatora

Na conclusão, dou parcial provimento ao recurso da TIM para reduzir de R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais) para R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais).

O Senhor Desembargador ANGELO PASSARELI - Vogal

Se não houver divergência, acompanho a Relatora.

O Senhor Desembargador JOSAPHÁ FRANCISCO DOS SANTOS - Vogal

Divirjo em relação ao *quantum*.

O Senhor Desembargador JOSAPHÁ FRANCISCO DOS SANTOS - Vogal

Como bem pontuou a eminente Relatora, só no Distrito Federal a empresa teve uma lucratividade de R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais). Isso foi pontuado no voto da eminente Relatora, tive acesso aos autos, o Ministério Público trouxe elementos que vieram corroborados de análise da própria Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL).

Então, dar R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais) para uma empresa que teve R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais) de lucro somente no Distrito Federal, parece-me, com todo respeito a quem pensar de forma diversa, que é uma contribuição para que as empresas continuem a destratar, a desrespeitar o consumidor.

A Jurisprudência vem estabelecendo os parâmetros para fixação da verba indenizatória relativa aos danos morais, devendo-se mensurar, sempre que possível, a extensão do dano, a repercussão na esfera pessoal da vítima, a duração da infração, o grau de reincidência do fornecedor, a capacidade financeira do ofensor e o seu grau de culpa, embora a quantificação da indenização não possua o escopo de delimitar o valor econômico dos bens atingidos, uma vez que se trata de direito extrapatrimonial.

Nesse diapasão, por se tratar de hipótese de dano moral coletivo, há que se atentar às peculiaridades da responsabilidade civil no cotejo aos direitos transindividuais, acerca da qual assim leciona o il. Hector Valverde (*In*: Dano moral no direito do consumidor; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014):

"Combinando os diversos aspectos do dano moral individual com as particularidades da disciplina legal dos valores transindividuais, define-se o dano moral coletivo como a injusta lesão dos direitos imateriais pertencentes à determinada coletividade, ou seja, é a violação injusta de específico círculo

de valores coletivos. Dispensa-se a prova direta do dano moral coletivo, porquanto não se configura apenas com a verificação da dor da coletividade, mas presume-se em razão da demonstração do fato violador dos valores coletivos (*damnum in re ipsa*).

Conclui-se que os danos morais coletivos nas relações de consumo podem decorrer de variadas situações, a exemplo da publicidade discriminatória de parcela de consumidores, a venda ou exposição de produtos inseguros, a privação de serviço público essencial, o descumprimento generalizado de contrato de consumo - plano de saúde, turismo, financiamento imobiliário, dentre outros."

A esse respeito, o col. Superior Tribunal de Justiça tem consagrado a doutrina da dupla função na indenização por danos morais: compensatória e desestimulante.

Destarte, a indenização deve ser fixada de modo a prevenir a reiteração da conduta ilícita que ocasionou o dano moral coletivo - *in casu*, a prestação de serviço de forma inadequada, levando os consumidores a efetuar novas chamadas e a arcar com esse custo, em dissonância à oferta de chamadas por tempo ilimitado.

Por conseguinte, a quantia deve levar em consideração as particularidades do caso concreto, para que não se caracterize como apenas mais uma despesa na gestão da empresa e no custo operacional, devendo ser proporcional à reprovabilidade da conduta perpetrada no desenvolvimento da atividade empresarial.

O princípio da razoabilidade, por sua vez, é atendido ao arbitrar-se a indenização em patamar suficiente e adequado para alcançar as finalidades da parcela indenizatória e, ao mesmo tempo, não representar reprimenda excessiva, capaz de impedir o prosseguimento das atividades empresariais pela pessoa jurídica.

Na hipótese vertente, de acordo com o Informe da ANATEL (fls. 950v), a empresa ré teve receita operacional líquida no exercício de 2011 no patamar de R\$ 16.282.388.000,00 (dezesesseis bilhões, duzentos e oitenta e dois

milhões, trezentos e oitenta e oito mil reais).

Constata-se, portanto, que indenização no montante de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) se mostra plenamente adequada ao desestímulo da conduta ilícita, sem caracterizar repreensão excessiva.

A meu sentir, quantia inferior representaria valor irrisório, ante os expressivos valores movimentados pela empresa ré e sua capacidade financeira, obtida, inclusive, pelo acréscimo patrimonial decorrente da prática ilícita consistente na interrupção proposital de chamadas telefônicas, conforme comprovado nos autos.

Frente às razões supra, acompanho a em. Relatora para **REJEITAR todas as preliminares suscitadas pela parte ré**, afastando a nulidade da r. sentença e, quanto ao mérito, apresento, com todas as vênias, **voto vogal divergente apenas quanto ao valor da indenização por danos morais coletivos, fixando-o em R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais)**, pelos fundamentos acima expostos.

É como voto.

A Senhora Desembargadora MARIA IVATÔNIA - Relatora

Qual o valor que V. Ex.^a sugere, Desembargador Josaphá Francisco dos Santos?

O Senhor Desembargador JOSAPHÁ FRANCISCO DOS SANTOS - Vogal

Se depender de mim, mantenho os R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais).

O Senhor Desembargador ANGELO PASSARELI - Vogal

Senhor Presidente, acho adequados os R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) porque é uma causa de repercussão bastante ampla e esse valor significaria 10% do lucro auferido, que não é pouco.

O Senhor Desembargador JOSAPHÁ FRANCISCO DOS SANTOS - Vogal

Então, vou sugerir 50%.

A Senhora Desembargadora MARIA IVATÔNIA - Relatora

Senhor Presidente, assisti atentamente à explanação do eminente Desembargador Josahpá no tocante ao valor da indenização, a dupla função da responsabilidade civil por danos morais coletivos, mormente a função inibitória de condutas ilícitas, o que motivou Sua Excelência a fixar em R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) a condenação da sociedade empresária TIM.

Os argumentos apresentados por Sua Excelência, sobretudo aquele relativo à gravidade da conduta sob análise, fez com que eu revise o valor definido inicialmente em meu voto para acompanhá-lo nesse particular, haja vista que o valor de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) mostra-se mais adequado como forma de impedir que a concessionária de telefonia móvel ré volte a desenvolver essa mesma prática nociva e ilícita em desfavor de seus clientes e dos consumidores de maneira geral.

Forte nesses argumentos, reajusto meu voto para condenar a sociedade empresária TIM a pagar a quantia de R\$ 50.000.00,00 (cinquenta milhões de reais) como compensação pelos danos morais coletivos por ela causados em razão da conduta discutida nestes autos, a ser revertido ao Fundo Distrital da Lei da Ação Civil Pública, acrescidos monetariamente desde a publicação do presente acórdão e de juros de mora a partir da citação nos termos do artigo 13 da Lei 7.347/1985. No mais, mantenho o voto já proferido quanto aos demais termos.

É como voto.

O Senhor Desembargador JOSAPHÁ FRANCISCO DOS SANTOS - Vogal

Reduzir a multa em 50% (cinquenta por cento) para uma empresa que faturou bilhões de reais está de bom tamanho.

Frente às razões supra, acompanho a em. Relatora para **REJEITAR todas as preliminares suscitadas pela parte ré**, afastando a nulidade da r. sentença e, quanto ao mérito, **voto pela redução do valor da indenização por danos morais coletivos, fixando-o em R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de**

reais), pelos fundamentos acima expostos.

É como voto.

O Senhor Desembargador ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO - Vogal

Aceito a proposta da Relatora de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais).

O Senhor Desembargador ANGELO PASSARELI - Vogal

Senhor Presidente, mantenho os R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais). Entendo que a multa de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) está um tanto fora dos paradigmas que temos usado. A causa é especial, mas entendo aquilo que V. Ex^a já disse, que não pode ser exorbitante porque o desequilíbrio econômico vai trazer novos reajustes neste contrato administrativo, porque isso passa por uma contratação administrativa, já que esse serviço tem natureza pública.

Estava imaginando que fossem R\$ 250.000.000,00 (duzentos e cinquenta milhões de reais), mas, se são R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais), acho que 15% desse valor ficaria bom, uns R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais). Não é exorbitante, também não é pouco. Se os Colegas não adaptarem, prevalecem os três votos que já foram sugeridos.

A Senhora Desembargadora MARIA IVATÔNIA - Relatora

Mantenho a indenização em R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), pedindo venia à divergência.

O Senhor Desembargador ANGELO PASSARELI - Vogal

Ouso divergir da eminente Desembargadora Relatora para fixar a multa estipulada em seu voto na quantia de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), que entendo guardar pertinência com os critérios de fixação de danos.

O Senhor Desembargador SEBASTIÃO COELHO - Presidente e Vogal

Dirirjo da eminente Relatora também quanto ao valor estabelecido da multa, que fixo em R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

DECISÃO

CONHECER DOS RECURSOS. REJEITAR PRELIMINAR. POR MAIORIA, VENCIDO 1º VOGAL. NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO AO APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DA TIM. UNÂNIME. PREVALECE O VOTO DA RELATORA QUANTO AO VALOR DA MULTA.