

RECURSO ESPECIAL Nº 753.159 - MT (2005/0078949-7)

RECORRENTE : BRASIL TELECOM S/A
ADVOGADO : ARNOLDO WALD E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. O Ministério Público do Estado de Mato Grosso ajuizou ação civil pública em face de Telecomunicações de Mato Grosso S/A - TELEMAT, aduzindo o seguinte:

(...) que após o procedimento investigatório instaurado na Promotoria da Cidadania e Defesa Comunitária, impulsionado pelo apelo do cidadão Gerson Alves da Silva, constatou-se que no ano de 1996 a empresa Telecomunicações de Mato Grosso S.A. - TELEMAT, negociou 7.500 contratos de linhas telefônicas. Que esses assinantes (os 7.500), ao adquirirem as linhas telefônicas, mediante pagamento de R\$ 1.117,63, investiram na concessionária do serviço público de telecomunicações, sob a promessa de emissão futura de ações da empresa TELEBRÁS.

Salientou que, quando os adquirentes foram resgatar as ações, surpreenderam-se com a notícia de que as mesmas não eram da Telebrás, mas sim, da TELEMAT (empresa prestadora), cujo valor é bem inferior ao capital investido.

Relatou, também, que o contrato celebrado entre os consumidores adquirentes e a empresa ré, contém, em sua cláusula IV, a possibilidade de entrega de ações da TELEBRÁS ou somente da prestadora TELEMAT, com flagrante escolha unilateral da fornecedora. Argumentou que tal cláusula é abusiva e que trouxe grande prejuízo aos promitentes-adquirentes.

Assim, pelos fundamentos retromencionados e com arrimo nos artigos 47, 51, 81 e 82 do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, busca com a presente ação a declaração de nulidade da cláusula IV dos contratos celebrados em 1996 e a condenação da empresa ré a restituir a cada um dos consumidores lesados, a quantia apurada em execução de sentença, relativa à diferença entre o valor das ações disponibilizadas e o montante investido na aquisição das linhas telefônicas, com os acréscimos legais devidos. (fl. 494)

O Juízo de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Cuiabá/MT julgou procedente o pedido (fls. 494/503).

A sentença foi mantida em grau de apelação, nos termos da ementa seguinte:

CLÁUSULA CONTRATUAL - ARBÍTRIO DE UMA DAS PARTES SOBRE AQUISIÇÃO DE AÇÕES - ABUSIVIDADE - NULIDADE DA CLÁUSULA - RECURSO IMPROVIDO.

É nula, por abusiva, a cláusula que deixa ao arbítrio apenas de uma das

Superior Tribunal de Justiça

partes a decisão acerca da espécie de ação a serem adquiridas. (fl. 608)

Opostos dois embargos de declaração, foram ambos rejeitados (fls. 626/629 e 751/754).

Sobreveio recurso especial fundado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, no qual se alega, além de dissídio jurisprudencial, ofensa aos arts. 267, VI, 535 do CPC; arts. 2º, 81 e 82 do CDC; art. 1º da Lei n.º 7.347/85; arts. 171, § 1º, "a", e 233 da Lei n.º 6.404/76; art. 884 do Código Civil de 1916.

A recorrente alega ilegitimidade ativa do Ministério Público para ajuizar a ação coletiva, uma vez que a controvérsia relativa à entrega de ações nos contratos de participação financeira não é de natureza consumerista, mas societária.

Sustenta, ainda, ilegitimidade passiva da Brasil Telecom S/A, uma vez que as obrigações pleiteadas foram assumidas antes da data da cisão e são de exclusiva responsabilidade da Telebrás, conforme edital de privatização.

Por outro lado, entende a recorrente que a obrigação é alternativa, cabendo ao devedor a escolha da prestação e dela se liberando com o cumprimento de qualquer uma. Ademais, não seria conferido ao potencial acionista o direito de opinar sobre a forma da emissão das ações.

Contra-arrazoado (fls. 804/811), o especial foi admitido (fls. 819/821).

O Ministério Público Federal, mediante parecer subscrito pelo i. Subprocurador-Geral da República Antônio Carlos Pessoa Lins, opina pelo improvimento do recurso especial (fls. 865/871).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 753.159 - MT (2005/0078949-7)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
RECORRENTE : **BRASIL TELECOM S/A**
ADVOGADO : **ARNOLDO WALD E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO**

EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA EM EMPRESA DE TELEFONIA. EMISSÃO DE AÇÕES TELEBRÁS/TELEMAT. ESCOLHA ARBITRÁRIA. ALEGAÇÃO DE PREJUÍZO AOS COMPRADORES. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA BRASIL TELECOM. PREJUÍZOS QUE, SE EXISTENTES, DECORRERAM DA FLUIDEZ DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. "Tratando-se de contrato vinculado ao serviço de telefonia, com cláusula de investimento em ações, não há como deixar de reconhecer a incidência do Código de Defesa do Consumidor" (REsp 470443/RS, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, SEGUNDA SEÇÃO).

2. Ademais, os direitos postos em juízo são individuais homogêneos, pois derivam de uma origem comum, qual seja, o contrato de aquisição de linhas telefônicas, com participação financeira dos adquirentes no capital da sociedade. Assim, no caso, o Ministério Público possui legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública na defesa dos direitos de adquirentes de linha telefônica, com cláusula de participação financeira na companhia (art. 81, § único, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor).

3. Excepciona-se a regra da solidariedade na cisão parcial de sociedade anônima, em havendo estipulação em sentido contrário no protocolo de cisão acerca das responsabilidades sociais, podendo, nessa hipótese, haver repasse às sociedades que absorveram o patrimônio da cindida, apenas das obrigações que lhes forem expressamente transferidas, circunstância que afasta a solidariedade relativamente às obrigações anteriores à cisão.

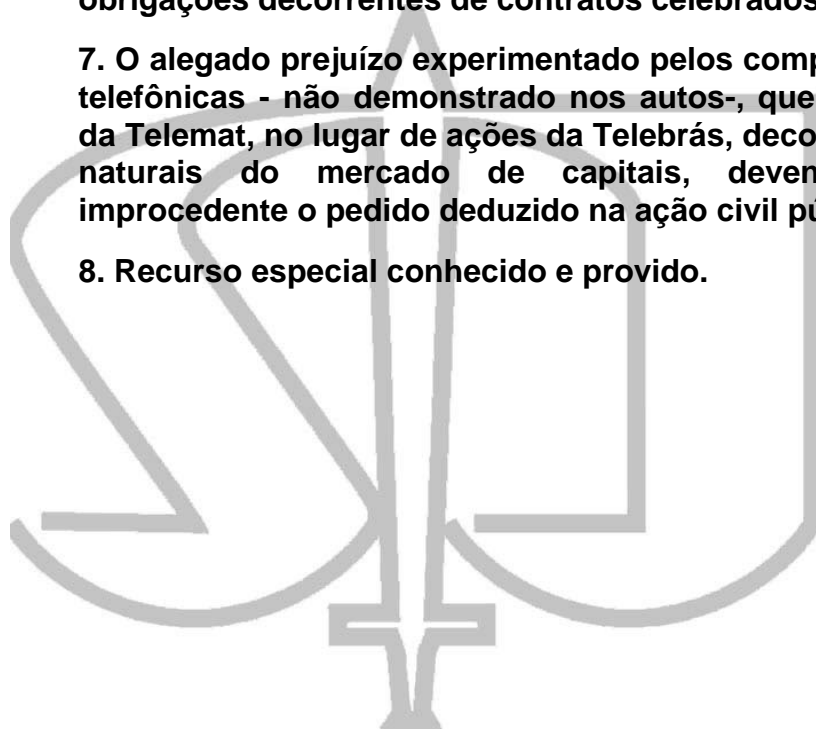
4. No caso de haver, no protocolo de cisão, estipulação restritiva da solidariedade entre a cindida e as incorporadoras, deve-se garantir aos credores da companhia a oposição de impugnação, se exercido tal direito no prazo de 90 (noventa) dias, mediante notificação à sociedade devedora (§ único do art. 233).

5. Porém, relativamente a credores com títulos estabelecidos depois da cisão parcial, mas relativos a negócios jurídicos anteriores à operação, descabe a aplicação do § único do art. 233 da Lei n.º 6.404/76, que excepciona a solidariedade entre a cindida e as companhias que absorveram o patrimônio.

6. Consequentemente, considerando que os alegados créditos ora tratados na demanda ainda não existiam por ocasião da cisão, mas originados de obrigações anteriores, há de ser rejeitada a tese de ilegitimidade da Brasil Telecom S/A para responder por obrigações decorrentes de contratos celebrados pela Telemat.

7. O alegado prejuízo experimentado pelos compradores de linhas telefônicas - não demonstrado nos autos-, que receberam ações da Telemat, no lugar de ações da Telebrás, decorreu de flutuações naturais do mercado de capitais, devendo ser julgado improcedente o pedido deduzido na ação civil pública.

8. Recurso especial conhecido e provido.



VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. Trago o presente recurso especial a julgamento pela relevância da matéria tratada, seja no tocante a legitimidade da Brasil Telecom S/A para responder por obrigações decorrentes de negócios jurídicos celebrados ainda antes da cisão da Telebrás, seja com relação a própria existência do alegado prejuízo suportado pelos adquirentes de linhas telefônicas que, concomitante, aderiram ao plano de expansão e melhoramentos dos serviços públicos de telecomunicações, iniciado nos anos 90, mediante a aquisição, também, do direito à subscrição de ações da fornecedora dos serviços.

Nessa conjuntura, as controvérsias decorrentes de obrigações surgidas de negócios jurídicos pretéritos, possuem natural potencialidade de se espalharem por mais de uma unidade federativa, como de fato ocorreu.

Basta mencionar que, no presente recurso, oriundo do Estado de Mato Grosso, repete-se a controvérsia relativa à legitimidade da Brasil Telecom S/A, também subjacente ao REsp. n.º 917.974, egresso do Estado do Mato Grosso do Sul, mostrando-se especialmente relevante o fato de cada um dos tribunais (TJMT e TJMS) chegar a conclusões jurídicas distintas, muito embora as controvérsias tenham nascido de situações absolutamente análogas.

O mais grave é que, aportando a controvérsia ao STJ, de regra, sua função uniformizadora não tem se manifestado, porquanto as insurgências, no mais das vezes, têm esbarrado em óbices sumulares, notadamente Súmula 7.

A título de exemplos, cito o Ag. 1.175.150/RS, de relatoria do e. Ministro Sidnei Beneti, e o Ag. 1.303.696/MS, de minha relatoria.

Em ambos os casos, a pretensão de se discutir a legitimidade da Brasil Telecom S/A, por consectários obrigacionais oriundos de contratos celebrados antes da cisão da Telebrás, esbarrou na Súmula 7.

No entanto, em consulta aos respectivos acórdãos recorridos, percebe-se que estes, interpretando o mesmo edital de privatização, chegaram a conclusões diametralmente opostas.

Colhe-se da decisão monocrática proferida no Ag. 1.175.150/RS, de relatoria do e. Ministro Sidnei Beneti, a seguinte ementa relativa ao acórdão lá recorrido:

Superior Tribunal de Justiça

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. CTMR. brasil telecom s/a. Ilegitimidade passiva. EXTINÇÃO DO PROCESSO.

A Brasil Telecom S.A. é parte ilegítima para figurar no pólo passivo de demanda que visa ao cumprimento de contrato firmado com a Companhia Telefônica Melhoramento e Resistência - CTMR. Legitimidade da TELEBRÁS. Edital MC/BNDES nº 01/98. Feito extinto, com fundamento no art. 267, VI, do CPC. DERAM PROVIMENTO AO APELO DA RÉ, PREJUDICADO O RECURSO DA AUTORA. UNÂNIME.

Por outro lado, no acórdão relativo ao Ag. 1.303.696/MS, de minha relatoria, a tese adotada é oposta:

Consoante se depreende do edital de privatização, encartado por cópia aos autos, em seu Capítulo 4 (Direitos e Obrigações dos Adquirentes de Ações das Companhias), item 4.1 (Responsabilidade por Insubstituições Ativas e Superveniências Passivas):

(...).

Portanto, não prevalece a alegação da agravante de que a responsabilidade pela retribuição das ações buscadas pelos liquidantes seja da Telebrás, eis que, como visto acima, há expressa consignação no edital quanto a não responsabilização desta última.

Desta feita, o ônus cabe sim à empresa recorrente (Brasil Telecom S/A.), pois me parece claro que realmente é sucessora da Telems S/A. Não ilide sua responsabilidade a alegação de que no capítulo 5 do edital de privatização, estão previstas todas as regras da cisão ocorrida, até mesmo porque, o edital não traz de forma clara e específica quais as contingências passivas para si alocadas e quais as que continuam a cargo da Telebrás.

É evidente a dispersão jurisprudencial sobre do tema, mostrando-se de rigor a intervenção deste Superior Tribunal de Justiça para a solução acerca da celeuma, mediante sua natural vocação constitucional uniformizadora.

Se a divergência de índole doutrinária é saudável e constitui importante combustível ao aprimoramento da ciência jurídica, o dissídio jurisprudencial é absolutamente indesejável, porquanto a ele subjaz, invariavelmente, pernicioso tratamento desigual a jurisdicionados com o mesmo direito alegado, na contramão dos mais caros alicerces do Estado Democrático de Direito e erodindo, deveras, a própria higidez do ordenamento jurídico pátrio.

3. Afasto, inicialmente, a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC.

O acórdão recorrido dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes. Além disso, basta ao órgão julgador que decline as razões jurídicas que embasaram a decisão, não sendo exigível que se reporte de modo específico a

determinados preceitos legais.

Ademais, os acórdãos de ambos os embargos declaratórios se manifestaram explicitamente sobre as teses levantadas pela ora recorrente, que diziam respeito, essencialmente, a legitimidade ativa do Ministério Público e passiva da Brasil Telecom S/A.

Nos primeiros embargos, foi rejeitada a tese da embargante de que, por não se cuidar de típica relação de consumo, não havia legitimidade de atuação do Ministério Público na propositura da ação. Entendeu o acórdão que: "como decidido, toda a relação se sujeita às normas de consumo, vez que eram indivisíveis a aquisição dos direitos de uso da linha telefônica e das ações, em verdade impostas ao adquirente" (fl. 629).

Por sua vez, o acórdão dos segundos embargos afastou categoricamente a tese de ilegitimidade passiva da Brasil Telecom S/A, bem fundamentando o entendimento de não-incidência do art. 233 da Lei das SA (fls. 753/754).

Não há ofensa ao art. 535 do CPC quando o acórdão, de forma explícita, rechaça todas as teses do recorrente, apenas chegando a conclusão desfavorável a este.

Confira-se:

(...)

1. Não há omissão em acórdão que, apreciando explicitamente as questões suscitadas, decide a controvérsia de forma contrária àquela desejada pela recorrente.

(...)

(REsp 1057477/RN, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2008, DJe 02/10/2008)

4. Não colhe êxito a alegação de ilegitimidade do Ministério Público.

Importante ressaltar que a legitimidade das partes - tal como todas as condições da ação - é decorrência que emerge da narrativa da causa de pedir e do pedido, segundo a teoria da asserção, consagrada no sistema processual civil em vigor.

Vale dizer, analisam-se os fatos alegadamente constitutivos do direito do autor, sem, contudo, perquirir-se acerca de sua veracidade.

No caso em apreço, a ocorrência ou não dos prejuízos aos compradores de linhas telefônicas, ou se é devido ou não ressarcimento, é questão a ser resolvida em sede de cognição meritória.

Nesse sentido é o magistério de Luiz Guilherme Marinoni:

(...) as condições da ação devem ser aferidas com base na afirmação do autor, ou seja, no início do desenrolar do procedimento. Não se trata de

fazer um julgamento sumário (fundado em conhecimento sumário) das condições da ação, como se elas pudessem voltar a ser apreciadas mais tarde, com base em outras provas. O que importa é a afirmação do autor, e não a correspondência entre a afirmação e a realidade, que já é problema de mérito. Melhor explicando: a legitimidade para a ação de reivindicação deve ser aferida segundo o que é afirmado na petição inicial, mas, quando as provas e os argumentos trazidos ao processo demonstram que o autor não é proprietário, o seu pedido deve ser julgado improcedente. (Luiz Guilherme Marinoni. Teoria Geral do Processo. 3. ed. p. 182-183)

No caso concreto, a petição inicial do Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul noticia que, no ano de 1.996, a empresa Telecomunicações de Mato Grosso S.A. - TELEMAT negociou 7.500 contratos de linhas telefônicas.

Informa ainda que esses assinantes, ao adquirirem as linhas telefônicas, mediante pagamento de R\$ 1.117,63, investiram também na integralização de capital da sociedade, sendo-lhes prometida a emissão de ações da companhia telefônica ou da Telebrás.

Alega o Ministério Público que a emissão das ações da TELEMAT teria gerado prejuízo aos compradores, cujo ressarcimento se busca com a presente ação civil pública.

Mostra-se evidente a relação de consumo, tal como entendeu o acórdão recorrido, com amparo no parecer ministerial:

De fato, embora a apelante pretenda enveredar a discussão para o âmbito do Direito Comercial, o certo é que a hipótese registra típica relação de consumo em que os promitentes-assinantes adquiriram linhas telefônicas e concomitantemente aderiram ao plano de expansão e melhoramento dos serviços públicos de telecomunicações. É dizer: com a aquisição do direito de uso da linha telefônica os consumidores em questão adquiriram o direito à subscrição de ações da fornecedora dos serviços.

Cabe indagar se havia possibilidade de o consumidor optar apenas pela compra da linha telefônica ou se necessariamente esse negócio jurídico estava atrelado à adesão ao plano de expansão.

Por óbvio não existia a opção da aquisição apenas da linha telefônica porquanto caso o consumidor pretendesse tê-la a sua disposição certamente teria de sujeitar-se às disposições contratuais estipuladas pela Telecomunicações Brasileiras S/A - TELEBRÁS e conseqüentemente aderir ao mencionado plano de expansão e melhoramentos dos serviços públicos de telecomunicações.

Então, forçoso concluir que se trata de típico contrato de adesão em que uma das partes, unilateralmente, estipula as condições da contratação. (fls. 610/611)

Tal entendimento encontra respaldo na jurisprudência da Casa, pois está

sedimentado: "Tratando-se de contrato vinculado ao serviço de telefonia, com cláusula de investimento em ações, não há como deixar de reconhecer a incidência do Código de Defesa do Consumidor" (REsp 470443/RS, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/08/2003, DJ 22/09/2003, p. 256).

Por outro lado, dessume-se que os direitos postos em juízo - por dizerem respeito a interesses de uma coletividade cujos membros estão ligados entre si em razão de mesmo contrato-padrão - são direitos individuais homogêneos, pois derivam de uma origem comum, qual seja, o contrato de aquisição de linhas telefônicas, com participação financeira dos adquirentes no capital da sociedade.

Com efeito, no particular, mostra-se viável a defesa coletiva de direitos pelo Ministério Público, mediante ação civil pública, mercê do que dispõe o art. 81, § único, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, *verbis*:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

(...)

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Nesse sentido é a jurisprudência:

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. LEGITIMIDADE E INTERESSE PROCESSUAIS CONFIGURADOS. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO.

I- O Ministério Público tem legitimidade processual para a propositura de ação civil pública objetivando a defesa de direitos individuais homogêneos.

II- Não é da natureza individual, disponível e divisível que se retira a homogeneidade de interesses individuais homogêneos, mas sim de sua origem comum, violando direitos pertencentes a um número determinado ou determinável de pessoas, ligadas por esta circunstância de fato. Inteligência do art. 81, CDC.

III- Agravo Regimental improvido.

(AgRg no Ag 1323205/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 10/11/2010)

Ainda que não fosse por isso, o entendimento já sedimentado é de que o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública na defesa de interesses individuais homogêneos, sejam eles de natureza consumerista ou não.

Isso porque o art. 21 da Lei n.º 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) ampliou o alcance da ação civil pública, de modo a apanhar a defesa de interesses difusos,

coletivos e individuais homogêneos fora das relações de consumo.

Acerca do tema, é incisivo o magistério de Hugo Nigro Mazzilli:

E a defesa de 'interesses individuais homogêneos? Só os interesses individuais homogêneos de consumidores podem ser protegidos no processo coletivo, ou qualquer interesse individual homogêneo pode ser objeto de ação civil pública da Lei n. 7.347/85, sejam eles de consumidor ou não?

Como em momento algum a LACP se refere expressamente aos interesses individuais homogêneos, uma análise mais apressada poderia fazer crer que essa espécie de interesses transindividuais estaria fora da cobertura da ação civil pública, exceto, apenas, quanto aos interesses individuais homogêneos relativos aos consumidores, que poderiam ser defendidos por meio de ação coletiva prevista no CDC. Nesse teor, aliás, alguns acórdãos chegam a afirmar que 'os interesses e direitos individuais homogêneos, de que trata o art. 21 da Lei n. 7.347/85, somente poderão ser tutelados, pela via da ação coletiva, quando os seus titulares sofrerem danos na condição de consumidores'.

Esse entendimento restritivo não se sustenta, porém, em face do sistema conjugado da LACP e do CDC, que se integram reciprocamente. Com efeito, estão também alcançados pela tutela coletiva os interesses individuais homogêneos, de qualquer natureza, relacionados ou não com a condição de consumidores dos lesados. Por isso, e em tese, cabe também a defesa de 'qualquer interesse individual homogêneo' por meio da ação civil pública ou coletiva, até porque seria inconstitucional impedir o acesso coletivo à jurisdição.

Inexiste taxatividade de objeto para a defesa judicial de interesses transindividuais. Por isso, além das hipóteses já expressamente previstas em diversas leis (defesa de meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, crianças e adolescentes, pessoas portadoras de deficiência, investidores lesados no mercado de valores mobiliários, ordem econômica, economia popular, ordem urbanísticas) – quaisquer outros interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos podem em tese ser defendidos em juízo por meio da tutela coletiva, tanto pelo Ministério Público como pelos demais co-legitimados do art. 5º da LACP e art. 82 do CDC." (in "A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio público e outros interesses" - 21.ª ed. rev., ampl. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 718/719).

No mesmo sentido é a jurisprudência da Casa:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DE SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. CABIMENTO. LEGITIMIDADE DO SINDICATO. PRECEDENTES.

1. De acordo com a jurisprudência consolidada deste Superior Tribunal de Justiça, o artigo 21 da Lei nº 7.347/85, com redação dada pela Lei nº 8.078/90, ampliou o alcance da ação civil pública também para a defesa de interesses e direitos individuais homogêneos não relacionados a consumidores.

2. Recurso especial improvido.

(REsp 706791/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 02/03/2009)

5. Quanto à legitimidade da Brasil Telecom S/A, convém fazer um breve esboço histórico do processo de privatização e reestruturação do sistema de telecomunicações do Brasil.

A Lei n.º 9.472/97, além de criar o órgão regulador do setor de telecomunicações, nos termos da E.C. n.º 8/95, autorizou ao Poder Público reestruturar e desestatizar várias empresas controladas pela União, ao todo em número de vinte e nove, conforme arts. 186 e 187 da mencionada lei.

Nesse desiderato, dispôs o art. 189 que:

Para a reestruturação das empresas enumeradas no art. 187, fica o Poder Executivo autorizado a adotar as seguintes medidas:

- I - cisão, fusão e incorporação;
- II - dissolução de sociedade ou desativação parcial de seus empreendimentos;
- III - redução de capital social.

O art. 198 determinou também a publicação do edital referente ao processo de desestatização, com as regras e requisitos do certame.

O Decreto n.º 2.546, de 14 de abril de 1998, por sua vez, aprovou o modelo de reestruturação das empresas de telecomunicações supervisionadas pelo Ministério das Telecomunicações - "Modelo de Reestruturação e Desestatização do Sistema Telebrás".

As vinte e nove empresas a que se referiu o art. 187 da Lei n.º 9.472/97, bem como suas subsidiárias constituídas para a exploração de serviço de telefonia móvel, foram reestruturadas, resultando em doze novas empresas, segundo o modelo constante no art. 3º do Decreto n.º 2.546/98.

Art. 1º A reestruturação e a desestatização das empresas federais de telecomunicações obedecerão às regras e condições estabelecidas na Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e neste Modelo.

Parágrafo único. As empresas objeto deste artigo são as listadas no art. 187 da Lei nº 9.472/97, bem como as empresas delas resultantes, constituídas para a exploração do Serviço Móvel Celular, nos termos do art. 5º da Lei nº 9.295, de 19 de julho de 1996.

Art. 2º A reestruturação e a desestatização das empresas mencionados no art. 1º têm como objetivo conduzir ao cumprimento do poder Público estabelecidos no art. 2º da Lei nº 9.472/97, bem como compatibilizar as áreas de atuação dessas empresas com Plano Geral de Outorgas, aprovado pelo

Superior Tribunal de Justiça

Decreto nº 2.534, de 2 de abril de 1998.

Art. 3º A reestruturação societária das empresas federais de telecomunicações dar-se-á mediante cisão parcial da Telecomunicações Brasileiras S. A - TELEBRÁS, que fica autorizada a constituir doze empresas que a sucederão como controladora:

Por se tratar de cisão parcial, conforme dispõe o art. 3º do mencionado Decreto, a Telebrás permaneceu em atividade e atua ainda hoje no setor de telecomunicações.

A privatização das doze empresas resultantes da cisão parcial da Telebrás foi levada a efeito mediante publicação de edital para leilão e oferta pública a que fazia alusão o art. 198 da Lei n.º 9.472/97 - Edital MC/BNDES n.º 01/98, consistente na alienação das ações ordinárias e preferenciais do Capital Social das seguintes companhias: Tele Norte Leste Participações S/A, Tele Centro Sul Participações S/A, Telesp Participações S/A, Embratel Participações S/A, Telesp Celular Participações S/A, Telemig Celular Participações S/A, Tele Celular Sul Participações S/A, Tele Centro Oeste Celular Participações S/A, Tele Norte Celular Participações S/A, Tele Nordeste Celular Participações S/A, Tele Sudeste Celular Participações S/A e Tele Leste Celular Participações S/A, de titularidade da União.

5.1. No caso, a Brasil Telecom S/A, como a própria recorrente notícia, é sucessora da Telemat (Telecomunicações de Mato Grosso S/A), concessionária controlada pela *holding* Tele Centro Sul Participações S/A, nascida da cisão parcial da Telebrás, conforme disposições do Decreto n.º 2.546/98.

A tese relativa à ilegitimidade da Brasil Telecom S/A finca-se nas disposições do citado edital de desestatização (Edital MC/BNDES n.º 01/98), o qual, segundo o entendimento da recorrente, afastaria qualquer responsabilização no tocante a negócios jurídicos celebrados anteriormente.

A recorrente sustenta que, com relação à responsabilidade pelas obrigações assumidas pelas companhias até a data da cisão parcial da TELEBRÁS, o referido Edital, no § 3º, do item 5.1., foi claro ao dispor que:

(...) as obrigações de qualquer natureza, incluindo, mas não se limitando às de natureza trabalhista, previdenciária, civil, tributária, ambiental e comercial, referentes a atos praticados ou fatos geradores ocorridos até a data da aprovação da cisão parcial, inclusive, permanecerão de responsabilidade exclusiva da TELEBRÁS, com exceção das contingências passivas cujas provisões tenham sido expressamente consignadas nos documentos anexos ao laudo de avaliação, hipótese em que, caso incorridas, as perdas respectivas serão suportadas pela TELEBRÁS e pelas COMPANHIAS em questão, na proporção da contingência a elas alocada. (fl. 637)

Aduz, ainda, que a mencionada restrição obrigacional constante do edital de desestatização está em consonância com o que dispõe o art. 233 da Lei das SA, "o qual permite que as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da companhia cindida sejam responsáveis apenas pelas obrigações que lhes forem transferidas, sem qualquer solidariedade entre si ou com a companhia cindida, desde que não haja oposição por qualquer credor no prazo de 90 (noventa) dias a contar da data da publicação do ato de cisão" (fl. 638).

5.2. Nesse passo, afigura-se-me que o desate da controvérsia passa mesmo pela exegese do art. 233 da Lei das SA, que tenta resguardar o direito dos credores diante da cisão da companhia, e contém a seguinte redação:

Art. 233. Na cisão com extinção da companhia cindida, as sociedades que absorverem parcelas do seu patrimônio responderão solidariamente pelas obrigações da companhia extinta. A companhia cindida que subsistir e as que absorverem parcelas do seu patrimônio responderão solidariamente pelas obrigações da primeira anteriores à cisão.

Parágrafo único. O ato de cisão parcial poderá estipular que as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da companhia cindida serão responsáveis apenas pelas obrigações que lhes forem transferidas, sem solidariedade entre si ou com a companhia cindida, mas, nesse caso, qualquer credor anterior poderá se opor à estipulação, em relação ao seu crédito, desde que notifique a sociedade no prazo de 90 (noventa) dias a contar da data da publicação dos atos da cisão.

Por outro lado, conforme dispõe o art. 229 da lei, "cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, **extinguindo-se a companhia cindida**, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou **dividindo-se o seu capital**, se parcial a versão".

Ocioso ressaltar que, notadamente em sociedades por ações, é o patrimônio da sociedade o garante direto do adimplemento das obrigações contraídas, de sorte que qualquer alteração patrimonial da companhia, para mais ou para menos, tem impacto direto na situação jurídica dos credores, tendo estes mais ou menos garantias de solvência dos seus créditos.

Com efeito, é fácil perceber que, tanto na chamada *cisão total*, quanto na *cisão parcial*, o patrimônio da sociedade é modificado, circunstância em si bastante para despertar o legítimo interesse dos credores da companhia, pois a garantia de solvência dos créditos pode ter sido comprometida.

Na *cisão total*, porque ocorre a versão de todo o patrimônio da sociedade

cindida, que se extingue sem se dissolver (art. 219, inciso II), bem como na *cisão parcial*, com escoamento de parte do patrimônio da sociedade cindida, a qual se mantém com o capital diminuído.

Por essa razão, ou seja, mercê do fato de que, tanto na cisão total quanto na parcial, há alteração da garantia de satisfação dos credores da sociedade, a regra da responsabilização, das sociedades cindida e das que absorveram seu patrimônio, é a da **solidariedade**.

Nesse sentido dispôs com clareza meridiana a parte final do *caput* do art. 233:

"A companhia cindida que subsistir e as que absorverem parcelas do seu patrimônio responderão solidariamente pelas obrigações da primeira anteriores à cisão".

Na mesma direção, confira-se o magistério de Fran Martins:

Havendo cisão com versão integral do patrimônio social, a sociedade cindida desaparece, passando seu patrimônio a integrar ou mesmo compor o patrimônio das sociedades que se formam ou que preexistiam e recebem parte do patrimônio da sociedade extinta. Em tal situação, os credores, que eram garantidos pelo patrimônio integral da sociedade extinta, seriam prejudicados se ficassem garantidos apenas pelo patrimônio de uma das sociedades a que foi transferido parte do patrimônio da cindida. Daí estipular a lei - logicamente não poderia ser de outra maneira - que as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da sociedade extinta, quando ocorre versão total do patrimônio, respondem, solidariamente, pelas obrigações da extinta, já que ditas sociedades foram beneficiadas por parcelas do patrimônio da mesma.

Poderá, entretanto, verificar-se apenas uma cisão parcial, sendo transferido parte do patrimônio da sociedade para uma outra, existente ou criada para esse fim, permanecendo a sociedade cindida com parte do seu patrimônio primitivo. Ainda aqui os credores teriam reduzida a garantia da satisfação dos seus créditos, visto como, para a sociedade que permanece, diminuiu o patrimônio. A lei, obedecendo ao mesmo princípio de justiça em relação aos direitos dos credores, dispõe que a companhia cindida que subsistir e a ou as sociedades que recebeu ou receberam parte do seu patrimônio são solidariamente responsáveis pela satisfação das obrigações assumidas pela sociedade cindida *antes de ser operada a cisão* (MARTINS, Fran. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 965/966).

5.3. Excepciona-se, porém, a regra da solidariedade na cisão parcial, em havendo estipulação em sentido contrário no protocolo de cisão acerca das responsabilidades sociais, podendo, nessa hipótese, haver repasse às sociedades que absorveram o patrimônio da cindida, apenas das obrigações que lhes forem expressamente transferidas, circunstância que afastaria a solidariedade relativamente às

obrigações anteriores à cisão.

No caso de haver, no protocolo de cisão, estipulação restritiva da solidariedade entre a cindida e as incorporadoras, deve-se garantir aos credores da companhia a oposição de impugnação, se exercido tal direito no prazo de 90 (noventa) dias, mediante notificação à sociedade devedora (§ único do art. 233).

Daí se conclui ser condição necessária à oposição contra as estipulações restritivas do termo de cisão parcial, que o oponente ostente a posição de **credor** da companhia cindida, característica sem a qual faltará legitimidade e interesse para a impugnação - a que faz menção o § único do art. 233 da Lei n.º 6.404/76.

Tal como assevera Modesto Carvalhosa:

"O direito de oposição obedece ao critério de conveniência do credor. O direito de requerer a anulação origina-se da transferência defeituosa de seu crédito (art. 232)" (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 332).

Com efeito, se o crédito sequer estava constituído à época da cisão, muito embora remotamente originado de negócio jurídico celebrado anteriormente, não há falar em credor legitimado a opor-se contra as estipulações do protocolo, circunstância que, se ocorrente, mantém a regra geral da solidariedade, prevista no *caput* do art. 233.

Vale dizer, relativamente a credores com títulos estabelecidos depois da cisão parcial da empresa, mas relativos a negócios jurídicos anteriores à operação, descabe a aplicação do § único do art. 233 da Lei n.º 6.404/76, que excepciona a solidariedade entre a cindida e as companhias que absorveram o patrimônio (LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. *Lei das sociedades por ações anotada*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 663).

No mesmo sentido é o magistério de José Luiz Bulhões Pedreira:

As normas sobre solidariedade nas obrigações da cindida, tanto na cisão total quanto na parcial, asseguram que as obrigações da sociedade cindida continuarão garantidas por todo o patrimônio existente no momento da cisão. A Lei admite que o ato de cisão parcial exclua a sociedade que absorver parcela de patrimônio da sucessão nas obrigações da cindida, o que explica porque essa operação é utilizada para transferir para outros sócios parte da sociedade e sua empresa, e em regra o adquirente de uma parcela de patrimônio de sociedade cindida não aceita o risco da solidariedade em todas as obrigações desta; mas a Lei protege os credores, ao dispor que **qualquer credor anterior** poderá se opor à estipulação, em relação ao seu crédito, desde que notifique a sociedade no prazo de noventa dias a contar da data da publicação dos atos da cisão. A solução é a mesma da norma legal que admite a redução do capital social da companhia, desde que não haja oposição de credores (art. 174). (*Direito das companhias*. Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira (Coord.). v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.

1772)

O autor noticia, ademais, que a orientação do direito brasileiro é a mesma solução engendrada no direito comparado, como no direito francês, argentino e espanhol (*Idem*, p 1773).

Assim, nessa linha de raciocínio, pouco importam os termos e restrições à solidariedade constantes no protocolo de cisão (ou, como no caso, edital de desestatização), porquanto inaplicáveis aos credores com títulos futuros da cindida, relativamente a negócios pretéritos.

Esse entendimento foi, *ipsis literis*, sufragado no âmbito da Segunda Turma:

COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS. ENERGIA ELÉTRICA. PORTARIAS 38 E 45/86 DO EXTINTO DNAEE. RESTITUIÇÃO. ILEGITIMIDADE DA ANEEL CISÃO PARCIAL. CRÉDITO ANTERIOR À OPERAÇÃO RECONHECIDO POSTERIORMENTE. ARTS. 229, § 1º E 233, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 6.404/76. TRANSFERÊNCIA DE ENCARGOS. INEFICÁCIA EM RELAÇÃO A CREDOR QUE, À ÉPOCA, NÃO PODIA SE OPOR.

(...)

3. No caso de cisão total, as sociedades assim originadas respondem, em solidariedade, pelas obrigações da companhia que se extingue (artigo 233).

4. Tratando-se de cisão parcial, via de regra, também prevalece a solidariedade, a menos que no ato de reestruturação societária exista disposição em sentido contrário. Neste caso, tendo sido afastada a solidariedade entre a sociedade cindida e as sociedades que vierem a absorver parcela do patrimônio cindido, os credores anteriores à cisão podem se opor à estipulação de ausência de solidariedade com relação a seus créditos, mediante o envio de notificação à sociedade no prazo de 90 dias a contar da publicação dos atos da cisão.

5. Em relação aos credores com títulos constituídos após a cisão, mas referentes a negócios jurídicos anteriores, não se aplica a estipulação que afasta a solidariedade, já que, à época da cisão, ainda não detinham a qualidade de credores, portanto, não podiam se opor à estipulação.

Esta interpretação dos arts. 229, § 1º c/c 233, parágrafo único, da Lei n.º 6.404/76 garante tratamento igualitário entre todos os credores da sociedade cindida.

6. Recurso especial da ANEEL conhecido em parte e provido. Recurso da Rio Grande Energia S/A improvido.

(REsp 478824/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/08/2005, DJ 19/09/2005, p. 250)

No caso concreto, os eventuais **credores** somente ostentariam tal posição com a procedência dessa ação civil pública, bem como com o trânsito em julgado da sentença, por ocasião do que poderiam habilitar seus **créditos** contra o devedor.

Consequentemente, considerando que os alegados créditos ora

tratados na demanda ainda não existiam por ocasião da cisão, mas originados de obrigações anteriores, há de ser rejeitada a tese de ilegitimidade da Brasil Telecom S/A para responder por obrigações decorrentes de contratos celebrados pela Telemat.

6. Superada a tese da ilegitimidade da Brasil Telecom S/A, assiste razão à recorrente no que concerne ao mérito da ação civil pública.

Consta na inicial que os promitentes assinantes se habilitaram a adquirir linhas telefônicas, pagando importância de R\$ 1.117,63 e investindo na concessionária dos serviços públicos de telecomunicações, sob a promessa de emissão futura de ações da empresa Telebrás, ou desta e da prestadora Telemat, ou ainda somente da prestadora, em contrapartida à participação financeira.

O Ministério Público Estadual alega que a cláusula contratual que permite a emissão de um ou outro tipo de ação é abusiva, e a escolha da companhia em emitir ações da Telemat foi arbitrária, acarretando prejuízos aos mais de 7.500 consumidores adquirentes de linhas telefônicas.

Sustenta que os consumidores foram substancialmente prejudicados por cláusula que permitiu à empresa ré entregar-lhes, "alternativamente e sem nenhum critério esclarecido, várias opções da obrigação ajustada, optando por aquela que representou prejuízo de cerca de 50% do montante aplicado pelos consumidores" (fl. 08).

Afirma, ainda, que se fossem entregues ações da Telebrás "o comprador arrecadaria hoje, no mercado, cerca de R\$ 1.794,00, ao passo que os papéis da TELEMAT correspondem a apenas R\$ 628,00" (fl.06).

Ou seja, o fundamento da inicial diz respeito a eventual prejuízo decorrente da escolha das ações da Telemat, em razão da valorização das ações da Telebrás, comparativamente àquelas que foram disponibilizadas aos compradores.

6.1. Por primeiro, permito-me uma pequena digressão.

Refiro a avalanche de recursos, no âmbito do direito privado, viabilizando teses que tem por objetivo, no fundo e ao cabo, auferir lucro fácil, utilizando o Judiciário como instrumento.

Inúmeros estudos sobre o tema, por cientistas políticos e juristas, estão sendo produzidos.

O Juiz Federal Fábio Tenenblat, em tese de mestrado em economia denominada "Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso a Justiça", explica que:

".....dentre os diversos fatores que concorrem para a ineficiência do Judiciário

brasileiro está a morosidade na tramitação das ações, o imenso número de processos que abarrotam prateleiras de varas e tribunais....Surge então uma situação aparentemente paradoxal: o acesso da população ao Judiciário deve ser o mais amplo possível.....para que os direitos fundamentais se tornem efetivos, ao mesmo tempo deve haver redução no número de ações, para que o Judiciário possa cumprir de forma satisfatória sua missão constitucional. Tal paradoxo, todavia, não é real. Em outras palavras, a mesma Justiça que permanece desconhecida e inacessível para grande parcela do povo, é utilizada de forma excessiva e abusiva por determinados setores da sociedade".

O problema se agrava quando se trata de estratégia organizada, em nível nacional, pulverizando-se ações nas diversas unidades da federação, sempre contando uma grande corporação econômica como ré, viabilizando-se teses jurídicas que, a final, a pretexto de se beneficiar uma parcela da população, na verdade atende a interesses de alguns cessionários e visionários que se anteciparam e adquiriram os direitos em litígio, por valores ínfimos.

É preciso estar atento a essa utilização indevida do Judiciário, e até mesmo do Ministério Público, sobretudo em relação às chamadas "demandas de massa", artificialmente criadas para atender a interesses de poucos.

6.2. Na hipótese em apreço, o pedido contido na inicial não guarda relação lógica com a fundamentação, porquanto o Ministério Público pleiteia "a condenação da empresa ré a restituir a cada um dos consumidores lesados, a quantia apurada em execução de sentença, relativa à **diferença entre o valor das ações disponibilizadas e o montante investido na aquisição das linhas telefônicas**".

Assim, seria o caso de indeferimento da petição inicial, *data venia*, com fundamento no art. 295, § único, inciso II, do CPC ("da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão").

Porém, apenas para sepultar definitivamente a celeuma, mostra-se de rigor o exame de mérito, a meu juízo, com pronunciamento de improcedência.

É que o alegado prejuízo experimentado pelos compradores de linhas telefônicas - não demonstrado cabalmente nos autos -, decorreu de flutuações naturais do mercado de capitais, não havendo qualquer garantia que se a cláusula inexistisse, ou seja, se fosse dada ao comprador a faculdade de escolher qual ação seria emitida, o consumidor também não optaria pelas mesmas ações.

Ou ainda, optando pelas ações da Telebrás, os ventos do mercado mobiliário conduzissem a um prejuízo ainda maior em determinado espaço de tempo.

No caso, a ação civil pública foi ajuizada pouco depois de um ano da

emissão dos papéis da Telemat aos compradores das linhas telefônicas.

O Ministério Público alega que essas ações sofreram desvalorização de cerca de 50%, comparativamente ao valor das ações da Telebrás, no mesmo período.

Porém, apenas para demonstrar a fluidez do mercado mobiliário - e conseqüentemente a insubsistência da pretensão -, em consulta ao *site* da Bovespa, verifico que as ações preferenciais da Telebrás (TELB4 PN) amargaram uma queda de **-54,74%** nos últimos doze meses; as ações TMAR5, do grupo Telemar/Oi, obtiveram valorização de **+1,83%** nos últimos doze meses; as ações TNLP4, do mesmo grupo, sofreram também desvalorização de **-15,00%**, em percentual bem inferior comparativamente às ações da Telebrás.

Ou seja, no período entre a emissão de ações e o ajuizamento da ação civil pública, as ações da Telebrás foram superavitárias, em comparação às ações da Telemat, mas poderia não o ser.

Vale dizer, os alegados prejuízos - se não recompostos futuramente -, são ocasionais e imprevisíveis.

Em situações outras, em que se discutia a possibilidade de ressarcimento de prejuízos eventualmente suportados por variações naturais do mercado de capitais, a jurisprudência é pacífica em afastar qualquer pretensão ressarcitória por inexistência de onerosidade excessiva, como no caso de elevação do preço da saca de soja no mercado de futuros, *verbis*:

DIREITO CIVIL E COMERCIAL. COMPRA DE SAFRA FUTURA DE SOJA. ELEVAÇÃO DO PREÇO DO PRODUTO. TEORIA DA IMPREVISÃO. INAPLICABILIDADE. ONEROSIDADE EXCESSIVA. INOCORRÊNCIA.

1. A cláusula rebus sic stantibus permite a inexecução de contrato comutativo - de trato sucessivo ou de execução diferida - se as bases fáticas sobre as quais se ergueu a avença alterarem-se, posteriormente, em razão de acontecimentos extraordinários, desconexos com os riscos ínsitos à prestação subjacente.

2. Nesse passo, em regra, é inaplicável a contrato de compra futura de soja a teoria da imprevisão, porquanto o produto vendido, cuja entrega foi diferida a um curto espaço de tempo, possui cotação em bolsa de valores e a flutuação diária do preço é inerente ao negócio entabulado.

3. A variação do preço da saca da soja ocorrida após a celebração do contrato não se consubstancia acontecimento extraordinário e imprevisível, inapto, portanto, à revisão da obrigação com fundamento em alteração das bases contratuais.

4. Ademais, a venda antecipada da soja garante a aferição de lucros razoáveis, previamente identificáveis, tornando o contrato infenso a quedas abruptas no preço do produto. Em realidade, não se pode falar em onerosidade excessiva, tampouco em prejuízo para o vendedor, mas tão-somente em percepção de um lucro aquém daquele que teria, caso a venda se aperfeiçoasse em momento futuro.

5. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 849.228/GO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 12/08/2010)

6.3. Ademais, a cláusula que permite à companhia de telefonia, dos dois tipos de ações, subscrever um deles, não ostenta a potestatividade apta à proclamação de sua nulidade.

Como bem assevera Caio Mário da Silva Pereira:

Dizem-se [...] potestativas, quando a eventualidade decorre da vontade humana, que tem a faculdade de orientar-se em um ou outro sentido; a maior ou menor participação da vontade obriga distinguir a condição simplesmente potestativa daquela outra que se diz potestativa pura, que põe inteiramente ao arbítrio de uma das partes o próprio negócio jurídico. (...) É preciso não confundir: a 'potestativa pura' anula o ato, porque o deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes. O mesmo não ocorre com a condição 'simplesmente potestativa' (*Instituições de direito civil*, vol. I, 18. ed., Forense, 1997, n. 96-98, pp. 356-367).

A bem da verdade, a escolha de um, dentre os dois tipos de ações possíveis, com previsão contratual clara, enquadra-se na qualidade de obrigações alternativas, cuja escolha cabe, deveras, ao devedor por força de lei (art. 252 do Código Civil de 2002).

Em suma, ausentes a desvantagem exacerbada, bem como a potestatividade nulificante da cláusula em exame, descabe a aplicação do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, e o pedido deduzido na ação deve ser rejeitado.

7. Diante do exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para julgar improcedente o pedido deduzido na ação civil pública.

Não comprovada a má-fé do Ministério Público no ajuizamento da ação, dispensada a condenação nos ônus sucumbenciais, nos termos do art. 18 da Lei n.º 7.347 de 1985.

É como voto.