



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
2ª Vara Cível da Comarca de Rio Branco

Autos n.º	0800224-44.2013.8.01.0001
Classe	Ação Civil Pública
Autor	Ministério Público do Estado do Acre
Réu	Ympactus Comercial Ltda e outros

Decisão

Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Estadual em desfavor de Ympactus Comercial Ltda. e de todos os seus sócios, nomeados na exordial.

A petição inicial foi recebida, determinou-se a citação dos réus e inverteu-se o ônus da prova.

A primeira ré opôs embargos de declaração, apontando omissão na decisão que inverteu o ônus da prova, sob o argumento de que não está fundamentada, o que viola o art. 93, IX, da Constituição Federal.

Nos embargos, a primeira ré sustenta que não mantém relação de consumo com os divulgadores. Também alega que a ação tutela direitos contratuais e econômicos exclusivos e pessoais de um restrito número de divulgadores, não se enquadrando nas hipóteses que ensejam o ajuizamento de ação civil pública e a legitimidade do Ministério Público para tanto.

Ao final solicita que sejam conferidos efeitos infringentes aos embargos de declaração, modificando-se a decisão para afastar a inversão do ônus da prova, admitindo-se a ausência de relação de consumo com os divulgadores. Além disso, pugna pelo não recebimento da petição inicial, justamente em razão da ausência de relação de consumo, o que enseja a ilegitimidade passiva do Ministério Público e a ausência de interesse processual para a propositura da ação coletiva (pp. 870/879).

Os embargos de declaração foram recebidos com efeitos infringentes (p. 1.705) e o autor/embargado apresentou contrarrazões, aduzindo, inicialmente, que o recurso tem caráter meramente protelatório, pois a inversão do ônus da prova por ocasião do juízo de admissibilidade da demanda não tem qualquer reflexo prático no processo civil e não ocasiona



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
2ª Vara Cível da Comarca de Rio Branco

nenhum prejuízo à ampla defesa e ao contraditório. Requer, por isso, que a primeira ré seja reputada litigante de má-fé.

Ainda em suas contrarrazões, o autor/embaragado aduz que a relação entre o embargante e os divulgadores é de consumo, vez que estes investem, aportam, recursos financeiros naquele, em razão da pactuação de remuneração vindoura, e também precisam manter contas VOIP ativas. Sustenta que há inegável vulnerabilidade econômica, jurídica, fática e técnica dos divulgadores frente à primeira ré, invocando a teoria finalista aprofundada. Aduz que a todas as ações civis públicas, ainda que não versem sobre relação de consumo, aplica-se a regra do art. 6º, VIII, do CDC.

O autor também reafirma sua legitimidade ativa, alegando que a presente ação cautelar visa resguardar interesses difusos, coletivos estrito senso e individuais homogêneos, reivindicados na ação principal. Sustenta que, ainda que a tutela principal fosse apenas de direitos individuais homogêneos, mantida estaria sua legitimidade, ante a relevância social do tema, que pode ter afetado cerca de um milhão e pessoas (pp. 1.994/2.009).

Relatei sucintamente. Passo a decidir.

Os embargos de declaração são o recurso adequado para sanar omissões, obscuridades ou contradições existentes em acórdãos e sentenças (art. 535), aplicando-se também às decisões, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante.

No caso em exame, foram manejados em face da decisão de p. 695 que, muito embora tenha sido nominada como despacho, tem evidente cunho decisório. Além disso, foram opostos antes mesmo da publicação da decisão, o que os torna tempestivos.

Efetivamente, observa-se omissão na decisão embargada, que acolheu um dos pleitos do autor, invertendo o ônus da prova, sem apresentar a necessária fundamentação, limitando-se a apontar o dispositivo legal no qual se amparava, sem esclarecer as razões da aplicabilidade do citado dispositivo ao caso em apreço.

Reputo de fundamental relevância a definição sobre a qual das partes recai o ônus probatório, especialmente em decorrência da instrução probatória que se avizinha, e não



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
2ª Vara Cível da Comarca de Rio Branco

considero prematura a discussão, especialmente porque a decisão inicial manifestou-se a respeito, sem a devida fundamentação. Por isso, afastado, de plano, a tese de que os embargos são protelatórios e de que o embargante é litigante de má-fé.

Pois bem. O autor postulou a inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do CDC, sustentando que há relação de consumo entre os divulgadores e a primeira ré, seja porque estes investem recursos naquela, em troca de remuneração futura, seja porque precisam manter contas VOIP ativas. Além disso, menciona a vulnerabilidade econômica, jurídica, fática e técnica dos divulgadores frente à ré; invoca a teoria finalista aprofundada; e aduz que a todas as ações civis públicas, ainda que não versem sobre relação de consumo, aplica-se a regra do art. 6º, VIII, do CDC.

Noutro vértice, a primeira ré descarta a existência de relação de consumo com os divulgadores, fato que, no seu entender, não apenas impede a inversão do ônus da prova, como também torna ilegítimo o autor para a propositura da presente ação.

Na decisão liminar proferida nos autos da ação cautelar preparatória em apenso (0005689-76.2013.8.01.0001), mencionei que há relação de consumo secundária entre a ré e os divulgadores, mas que, na essência do negócio, a primeira não figura como fornecedora e os últimos não se colocam como consumidores.

Transcrevo o trecho da decisão:

"O requerente menciona a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, ao argumento de que a relação entre a Telexfree, os "partners" e os divulgadores seria consumerista. Ao que tudo indica, o "partner" paga US\$50,00 para aderir à rede por doze meses, período em que poderá comprar os produtos oferecidos pela empresa requerida com descontos. Sendo assim, pode ser considerado consumidor, desde que adquira os produtos na condição de destinatário final (art. 2º da Lei nº 8.078/90), o que sói acontecer, já que, acaso pretenda revender tais produtos, é economicamente mais viável que se torne divulgador, o que lhe permitiria usufruir de todos os benefícios da rede.

Crê-se que, na prática, sejam raros ou inexistentes os "partners", pois não parece atrativa a ideia de pagar US\$50,00 para ter acesso mais



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
2ª Vara Cível da Comarca de Rio Branco

barato a um produto que custa US\$49,90 (<http://www.telexfree.com/software/sobre>), especialmente porque não há no regulamento informação acerca de qual seria o desconto oferecido ao “partner” (também não visualizei esta informação no site acima citado).

O divulgador, ao adquirir um kit de contas VOIP 99Telexfree, pode revende-las, mas não está obrigado a tanto, assim como também pode, mas não está obrigado, a vender outras contas, mediante o recebimento das comissões. De todo modo, tem o dever de manter ativa ao menos uma delas, para que possa usufruir dos outros benefícios decorrentes de sua participação na rede. Sendo assim, é necessariamente destinatário final ao menos de uma das contas que adquire no kit, o que o qualifica como consumidor.

A primeira requerida, por outro lado, qualifica-se como fornecedora do serviço de telecomunicação por meio da tecnologia VOIP, até porque no regulamento por ela elaborado consta que sua função é intermediar negócios, o que efetivamente faz, ao vender produtos aos “partners”, com descontos exclusivos, e vender kits de contas, aos divulgadores (art. 3º da Lei nº 8.078/90).

Portanto, há efetivamente relação de consumo entre a primeira requerida, os “partners” e os divulgadores, embora não seja a relação principal que se estabelece entre os mesmos, vez que, quanto à publicação de anúncios publicitários e à participação na rede, não há que se falar em relação de consumo, mas em negócio jurídico regido pela legislação civil vigente. A relação consumerista é, portanto, secundária e não se verifica na essência do negócio questionado pelo Ministério Público."

O autor menciona que o divulgador investe dinheiro na empresa ré, em troca de rendimentos, o que caracteriza relação de consumo. Porém, não compreendo a relação nestes termos. O que parece, até o presente momento, é que o divulgador celebra um contrato com a empresa ré, por força do qual obriga-se a comprar kits de contas VOIP. Se optar por indicar outras pessoas para também celebrarem com a ré o mesmo contrato, auferir rendimento. Se optar por postar anúncios diários, recebe novas contas, as quais a empresa pode recomprar, pagando-as em dinheiro.

Na prática, conforme assentado na decisão liminar proferida nos autos em apenso, o que, aparentemente, vinha levando as pessoas a ingressarem na rede Telexfree não era propriamente o interesse na aquisição de kits de contas VOIP (seja para consumo próprio ou para revenda), mas sim o interesse em auferir os benefícios gerados pelo cadastramento de



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
2ª Vara Cível da Comarca de Rio Branco

novos membros à rede e pela postagem de anúncios. Por isso, tem-se que essa dinâmica de novos cadastramentos e postagens de anúncios e os respectivos pagamentos é que parece traduzir a essência do negócio entre a empresa e os divulgadores.

A circunstância do divulgador aportar recursos na expectativa de remuneração futura não configura, por si só, uma relação de consumo. Como dito, ao adquirir a conta VOIP, assumindo a obrigação de mantê-la ativa, o divulgador torna-se consumidor desse serviço, do qual a primeira ré é fornecedora. Porém, ao realizar novos cadastramentos e postar anúncios, no intuito de receber vantagens pecuniárias, o divulgador não está consumindo e a empresa não está prestando nenhum serviço.

Foi dito na já citada decisão liminar que a aquisição de kits de contas VOIP e a obrigação de manter ao menos uma ativa parecia mera fachada para encobrir o verdadeiro negócio estabelecido entre Telexfree e divulgadores, focado no cadastramento de pessoas. Portanto, o primeiro negócio, que existe de fato, mas não representa a essência da relação entre as partes, não tem o condão de fazer com que toda a relação caracterize-se como de consumo.

O que se observou até o momento foi que as pessoas interessaram-se em investir dinheiro na empresa ré, na expectativa de que teriam retorno alto e rápido, mas em razão de seu próprio trabalho de postagens de anúncios e cadastramento de pessoas, não em razão da contrapartida de um produto ou serviço oferecido pela empresa.

Parece, portanto, que seriam os próprios divulgadores quem estariam oferecendo serviço à Telexfree, em troca da remuneração, e não o contrário. Assim, nem mesmo por força da teoria da aparência poder-se-ia afirmar que a expectativa do divulgador em relação à empresa fosse diversa, pois, repita-se, o interesse em adquirir as contas VOIP para consumo ou revenda parece não ter sido o que motivou os milhares de ingressos na rede Telexfree.

É certo que, para que a rede possa funcionar a contento, a empresa ré oferece sua estrutura organizacional e seu *know how*, disponibilizando o *back office* aos divulgadores, em sua página na internet, além de diversos outros mecanismos, com os quais os mesmos podem acompanhar todo o desenrolar de suas atividades, conferindo a dinâmica



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
2ª Vara Cível da Comarca de Rio Branco

do crescimento da rede, os pagamentos, possibilitando a postagens de anúncios, os cadastramentos, dentre outros. Porém, não considero que este é um serviço oferecido pela empresa aos divulgadores, mas sim que são os instrumentos disponibilizados pela empresa, para que os divulgadores possam realizar os serviços pelos quais são remunerados e que também geram lucro para a primeira ré: cadastrar pessoas e postar anúncios.

Outro argumento apresentado pelo autor é que há vulnerabilidade econômica, jurídica, fática e técnica dos divulgadores frente à primeira requerida, devendo-se aplicar a teoria finalista aprofundada.

Conforme lições extraídas da ementa citada nas contrarrazões recursais, nos termos da teoria finalista, interpreta-se restritivamente o conceito do art. 2º do CDC, considerando-se consumidor apenas o destinatário fático e econômico do produto ou serviço. A teoria finalista aprofundada, por outro lado, pautando-se no conceito de consumidor por equiparação, previsto no art. 29 do CDC, admite que a pessoa jurídica que adquire produto ou serviço para inseri-lo em cadeia de produção de outro produto ou serviço, do qual compõe o custo (preço final), seja equiparada a consumidor, se apresentar alguma vulnerabilidade (técnica, jurídica ou fática) frente ao fornecedor (STJ Resp 1195642/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13/11/2012, DJe 21/11/2012).

O que impede a aplicação da referida teoria ao caso em apreço é justamente a ausência de produto ou serviço oferecido pela Telexfree aos divulgadores, naquilo que parece ser a essência do negócio entre ambos: o pagamento de bonificações por postagens de anúncios e cadastros de novos membros.

Admito que há vulnerabilidade dos que contratam com a primeira ré, frente à complexidade do negócio, que parece ilícito, mas tem roupagem de licitude, tornando difícil ao homem médio aferir se está aderindo a uma rede de venda direta através de marketing multinível, ou se está sendo e fazendo vítimas de uma "pirâmide financeira". Ainda assim, contudo, não há possibilidade de aplicação da teoria finalista aprofundada, justamente por causa da ausência de um produto ou de um serviço, fornecido pela empresa e consumido pelos divulgadores. Há várias relações jurídicas em que uma das partes é vulnerável, mas nem por isso caracterizam-se como de consumo.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
2ª Vara Cível da Comarca de Rio Branco

O último argumento do autor para justificar a inversão do ônus da prova consiste na alegação de que a Lei da Ação Civil Pública determina a aplicação das regras processuais insertas no Código de Defesa do Consumidor, dentre as quais se incluiu o art. 6º, VIII, do CDC, o qual, muito embora não esteja incluído no Título III, consiste em norma processual.

Porém, o que se lê no art. 21 da Lei da Ação Civil Pública, é que são aplicáveis à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III do Código de Defesa do Consumidor, onde não está inserida a regra de inversão do ônus da prova (Título I, art. 6º, VIII). Não há qualquer menção a que se apliquem na defesa de tais direitos todas as normas processuais, previstas no Estatuto Consumerista.

É certo que os Tribunais, inclusive Superiores, têm estendido a aplicação da norma inserta no art. 6º, VIII, do CDC, a ações coletivas que visam tutelar o meio ambiente, por força do princípio da precaução, viga mestra do Direito Ambiental, mas que não se aplica ao caso sob exame (AgRg no AREsp 206748 / SP AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2012/0150767-5. Relator(a): Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (1147). Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA. Data do Julgamento: 21/02/2013).

Destarte, considerando que não se está diante de uma relação de consumo e que não há nenhuma circunstância capaz de afastar a incidência da regra geral de distribuição do ônus da prova (art. 333, CPC), até porque o autor não alegou que não teria condições de produzir as provas dos fatos constitutivos de seu direito, não vejo razões para distribuição do ônus de modo diverso.

Sob tais fundamentos, e admitindo omissão na decisão de p. 695, que não fundamentou a aplicação da regra do art. 6º, VIII, do CDC, violando o art. 93, IX, da Constituição Federal, conheço os presentes embargos de declaração e lhes dou provimento, modifico a referida decisão, para indeferir o pedido de inversão do ônus da prova.

Reservo-me a apreciar a tese de ilegitimidade do Ministério Público

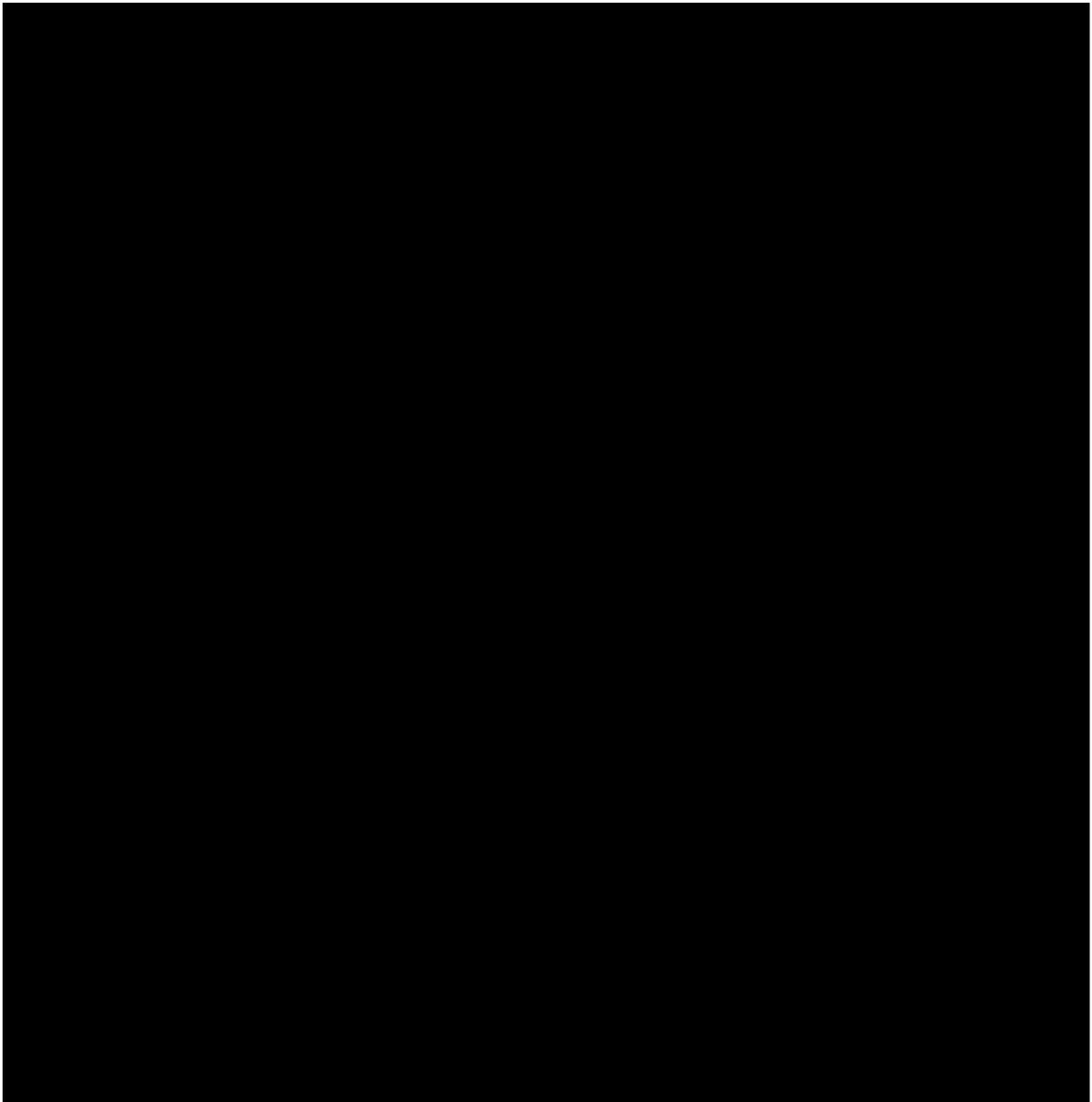


PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
2ª Vara Cível da Comarca de Rio Branco

para o ajuizamento da ação, assim como as demais preliminares e requerimentos formulados nas contestações, por ocasião do saneamento do processo.

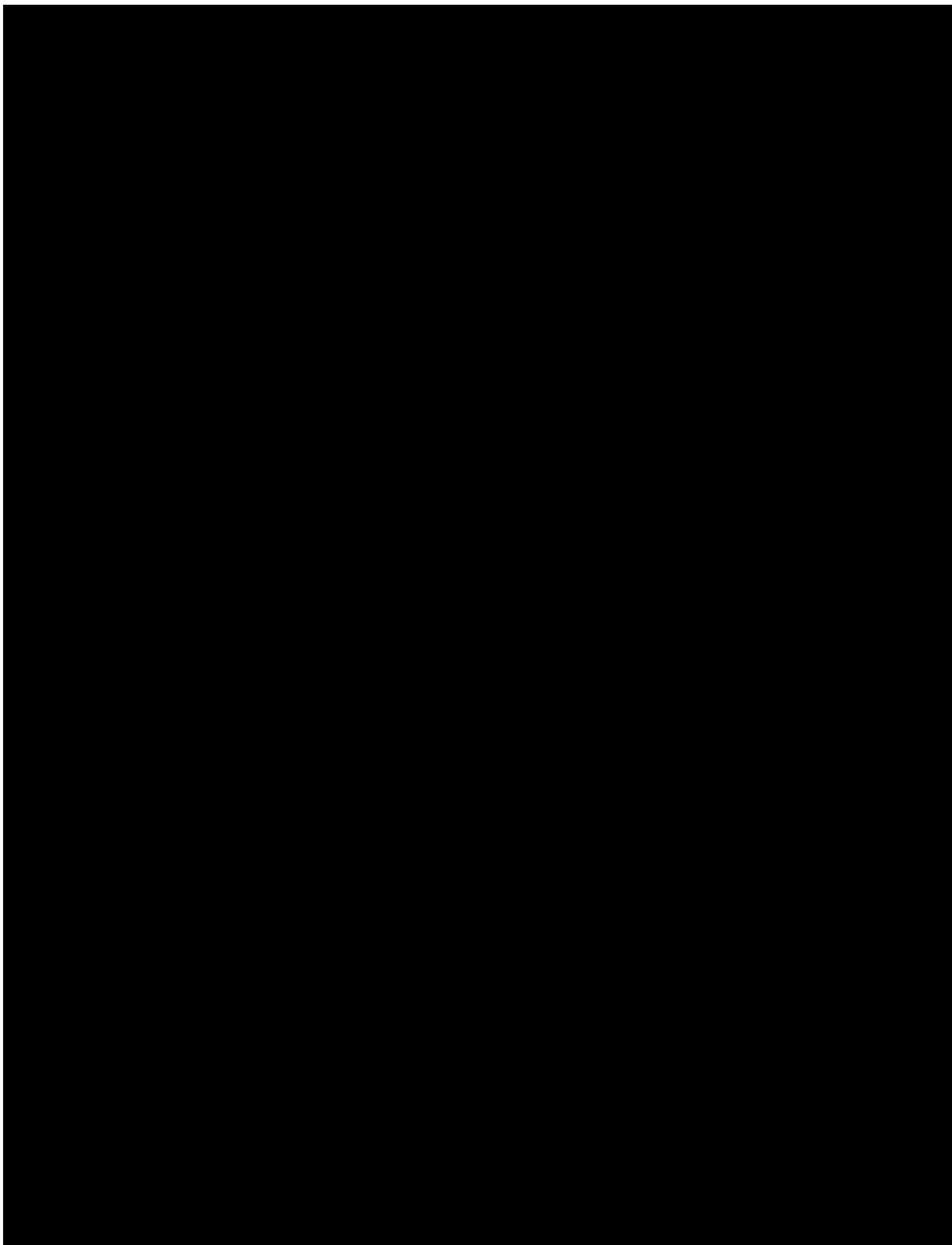
O pedido de pp. 1588/1591 já foi apreciado nos autos em apenso.

Determino a intimação das partes para que especifiquem, fundamentadamente, no prazo de cinco dias, as provas que pretendem produzir. Ato contínuo, agende-s audiência preliminar (art. 331, CPC), intimando-se as partes.





PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
2ª Vara Cível da Comarca de Rio Branco





PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
2ª Vara Cível da Comarca de Rio Branco

_____, _____,
_____, _____, _____,
_____, _____, _____,
_____, _____ e _____

formularam pedido de intervenção no feito na qualidade de litisconsortes ou pugnam pela habilitação de seus créditos.

Valho-me dos fundamentos exarados no item 12 da decisão de pp. 40.068/40.075, proferida nos autos em apenso (0005669-76.2013.8.01.0001), para indeferir os pedidos de assistência simples e litisconsorcial, ressaltando que todas as partes discordaram dos mesmos.

De igual modo, inadmito os pedidos de habilitação de crédito, vez que não há nenhuma decisão ordenando pagamentos, falecendo os requerentes de interesse processual para tais solicitações.

Intimem-se os petionários, inclusive dos termos do item 12 da decisão de pp. 40.068/40.075, dos autos nº. 0005669-76.2013.8.01.0001.

Intimem-se.

Rio Branco-(AC), 03 de outubro de 2013.

Thaís Queiroz B. de Oliveira A. Khalil
Juíza de Direito