

25. Por tudo isso, impositivo o dever da parte agravada comprovar o fato constitutivo do seu direito. Se não o fez por completo, não cumpriu com o seu ônus de produção da prova e, portanto, merece ter seus pedidos julgados integralmente improcedentes, pois descumprido o disposto no art. 373, I, do Código de Processo Civil em vigência.

26. Não obstante, para comprovar sua boa-fé, como já exposto acima, a agravante apresentou a radiografia, restando comprovado, pois, que a parte autora não se enquadra dentre os beneficiários da sentença proferida na ação civil pública, já que não celebrou contrato no período de 25/08/1996 a 30/06/1997, regido pela Portaria 1.028.

27. Deste modo, descabe qualquer inversão do ônus da prova ou exibição de documento adicional, sob pena de gerar encargo impossível à ré, previsto no artigo 373, § 2º do CPC/2015.

ENTREGA DE AÇÕES

PEDIDO E CONDENAÇÕES CLAROS

(VIOLAÇÃO DO PEDIDO INDENIZATÓRIO À COISA JULGADA)

28. Para bem delinear a forma de cumprimento da condenação na hipótese de serem superadas as preliminares e provado o direito da parte agravada nos limites da sentença — o que se admite apenas por argumentar —, é importante fazer referência aos pedidos formulados na ACP, que se voltavam contra a aplicação da cláusula 2.2 dos contratos padrões firmados com os promitentes assinantes de linhas telefônicas a partir de 25.08.1996, objeto de julgamento pela sentença coletiva.

29. Dita cláusula 2.2 referia que a Companhia telefônica poderia outorgar ações aos promitentes assinantes em quantidade obtida pela divisão do valor recebido na compra da linha, pelo valor médio de mercado da ação de emissão da Companhia (VMM), distintamente do que era

estabelecido na cláusula 2.1, que referia que tal cálculo deveria levar em conta o valor patrimonial da ação (VPA), *verbis*¹:

"2.1. A emissão de ações corresponderá ao resultado da divisão do valor da Participação financeira Contratada, inclusive juros recebidos (quando financiado pela TELESP), atualizado até a data do 1º balanço elaborado e auditado, após a integralização deste contrato, pelo valor Patrimonial da Ação da TELEBRÁS ou da TELESP, apurado no mesmo Balanço."

"2.2. Alternativamente ao previsto no item 2.1, a retribuição em ações para contratos firmados a partir de 25.08.96, poderá a exclusivo critério da TELEBRAS ou da TELESP, conforme o caso, ser efetuada com base no valor de mercado da respectiva ação, quando este for superior ao valor patrimonial. O valor da subscrição será obtido através do preço médio da ação, apurado nos últimos 5 a 20 pregões anteriores ao dia que anteceder a publicação do comunicado aos acionistas para o exercício do seu direito de preferência na subscrição de ações. Para o cálculo do preço médio serão utilizados os pregões da Bolsa de Valores, nacional, na qual a respectiva ação teve, dentro do período considerado, a maior quantidade transacionada".

30. Na ACP, então, foi postulado que a quantidade de ações fosse calculada consoante previsto na cláusula 2.1 daqueles contratos padrões, a qual seria a forma "mais favorável" ao consumidor. Para que não haja dúvidas, transcrevem-se os pedidos formulados naquela demanda²:

"Indiscutível, portanto, a teor do disposto no art. 51, inc., IV, Código de Defesa do Consumidor, a abusividade e a consequente nulidade da cláusula em apreço [cláusula 2.2], devendo, por via de consequência, ser reconhecida judicialmente e, consequentemente, eliminada dos contratos 'estandardizados' das rés, para evitar que o consumidor continue sendo prejudicado por sua aplicação. (...)

a.2) efetuem a entrega das ações, na forma mais favorável ao consumidor adquirente de plano de expansão de linha telefônica, ou seja, com base no valor patrimonial, conforme previsto na cláusula 2.1 dos contratos em questão (...)

c) seja a presente ação julgada procedente, tornando-se definitiva a medida liminar, declarando-se a nulidade e a consequente invalidade e ineficácia da mencionada cláusula 2.2 nos contratos celebrados a partir de 25 de agosto de 1996, condenando-se as rés:

c.1) ao cumprimento da obrigação de não fazer consistente em se abster de aplicar tal estipulação [cláusula 2.2] nos contratos já

¹ Os grifos não constam do original.

² Os termos em colchetes e os grifos não constam do original.

celebrados e em se abster de inseri-la nos contratos que venha a celebrar;

c.2) ao cumprimento da obrigação de dar, consistente no pagamento de ações preferenciais e ordinárias na forma mais favorável ao consumidor adquirente de plano de expansão de linha telefônica, qual seja, o pagamento com base no valor patrimonial, conforme previsto na cláusula 2.1 dos contratos em questão."

31. Ou seja, na inicial da ACP restou muito claro e delimitado o que se entendia por "*forma mais favorável ao consumidor*" para fins daquela demanda, que era justamente "*com base no valor patrimonial*". Os pedidos da ação civil pública foram, então, julgados procedentes, nos seguintes termos³:

"[...] condenando, ainda, as rés solidariamente a: 1) emitir as ações, de acordo com o valor dos contratos integralizados, consistentes nas ações preferenciais e ordinárias, entregando-as aos subscritores, ou fazendo seu pagamento, na forma mais favorável ao consumidor adquirente de plano de expansão de linha telefônica no Estado de São Paulo, com base no valor patrimonial, de conformidade com a obrigação assumida na cláusula 2.1 do contrato denominado de participação financeira em investimentos para a expansão e melhoramentos dos serviços públicos de comunicação e outras avenças [...]."

32. Como fica muito claro da decisão da ACP, atendendo ao pleito da exordial, a condenação fixada foi de uma obrigação de dar: de entregar ações. Restou claramente fixado, ainda, que a quantidade de ações a ser entregue seria apurada da forma mais favorável aos contratantes, ou seja, sem a utilização do VMM e com a aplicação da cláusula 2.1 dos contratos (pautada pelo VPA).

33. Assim, na remota hipótese de que se entenda pela manutenção do reconhecimento da habilitação da parte agravada, confia a agravante em que, na linha com o pedido formulado pelo Ministério Público na inicial de sua ação coletiva, será autorizada a entrega de ações para fins de cumprimento da condenação imposta.

³ Os termos em colchetes e os grifos não constam do original.

34. Cumpre aqui destacar que a parte autora afronta diretamente a coisa julgada operada na ACP, ao pleitear diretamente o arbitramento de uma indenização correspondente às ações alegadamente emitidas a menor. Como ressaltado, a obrigação pleiteada na ACP e fixada na condenação foi a de entregar ações. E esta entrega de ações não só é possível, como é desejada e será realizada pela TELEFÔNICA em favor dos autores que comprovarem titularidade de direito nos limites da ACP.

35. O pedido indenizatório, portanto, mostra-se descabido e contrário à coisa julgada. A obrigação de dar - entregar ações - deve prevalecer, para o que se mostra relevante apurar a quantidade de ações devida àqueles que comprovam estar abrangidos pela ACP.

36. Caso assim não se entenda, no mínimo, deveria ser reconhecido que o dispositivo da sentença coletiva impôs, à ora agravante, uma obrigação alternativa, isto é, a sentença dispõe a possibilidade de entrega de ações ou pagamento da indenização correspondente. E tratando-se de obrigação alternativa, a escolha quanto à forma de cumprimento caberia ao devedor, no caso, à TELEFÔNICA, nos termos do art. 252, caput, do Código Civil.

37. E, caso se entenda que a sentença fixou uma obrigação alternativa, mesmo que o pedido aqui impugnado seja para o pagamento, e não entrega de ações, o juiz deve assegurar ao devedor a possibilidade de cumprimento da forma que este escolher, nos termos, também, do art. 325, § único, do novo CPC:

"Art. 325. O pedido será alternativo quando, pela natureza da obrigação, o devedor puder cumprir a prestação de mais de um modo. Parágrafo único. Quando, pela lei ou pelo contrato, a escolha couber ao devedor, o juiz lhe assegurará o direito de cumprir a prestação de um ou de outro modo, ainda que o autor não tenha formulado pedido alternativo."

38. Assim, na remota hipótese de ser acolhida a presente demanda, confia a agravante em que, na linha com o pedido formulado pelo

Ministério Público na inicial de sua ação coletiva, será autorizada a entrega de ações para fins de cumprimento da condenação imposta, sob pena de violação à coisa julgada.

39. Caso assim não se entenda, deve-se reconhecer que a sentença fixou uma obrigação alternativa, cuja escolha sobre o cumprimento cabe ao devedor, nos termos da legislação pátria, autorizando-se a entrega de ações.

APURAÇÃO DA QUANTIDADE DE AÇÕES

40. Como já exposto acima, encontra-se em anexo a radiografia do contrato (doc. anexo), contendo data de sua assinatura e tipo de contrato celebrado, Portaria Ministerial vigente à época, dentre outras informações, restando comprovado, pois, que a parte autora não se enquadra dentre os beneficiários da sentença proferida na ação civil pública, já que não celebrou contrato no período de 25/08/1996 a 30/06/1997, regido pela Portaria 1.028.

41. De todo modo, para que nada reste sem esclarecimento, é importante ressaltar que a condenação foi clara ao estabelecer que a quantidade de ações emitidas nos contratos em questão não poderia ter sido pautada pelo Valor Médio de Mercado (VMM). Tal quantidade de ações deveria ter sido calculada da forma mais favorável ao contratante, ou seja, de acordo com a cláusula 2.1 dos contratos baseada no Valor Patrimonial da Ação (VPA). A r. sentença fixou em detalhes a forma de cálculo da quantidade de ações que eram devidas:

"Tal disposição [SUBITEM 2.2] por ser considerada iníqua e abusiva, colocando o consumidor em desvantagem exagerada, incompatível com a boa-fé e equidade, não pode prevalecer e deve ser considerada como **NULA DE PLENO DIREITO**, posto que a declaração da nulidade da cláusula inquinada de abusividade, não invalida o contrato, tendo em vista que, sua ausência não acarreta ônus excessivo a qualquer das partes, muito pelo contrário, restaura-se o equilíbrio nas relações contratuais, ao **FAZER PREVALECER**, unicamente, a **CLÁUSULA 2.1**, mais consentânea com a boa-fé e a

