



Apelação Cível nº: 0083167-14.2017.8.19.0001

Juízo de origem: 4ª VARA EMPRESARIAL

Magistrado: PAULO ASSED ESTEFAN

Apelante: NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Relator: DES. GILBERTO MATOS

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO COLETIVA. OPERADORA DE TELEFONIA CELULAR. PUBLICIDADE. OFERTA LIMITADA A CLIENTES NOVOS. LEGITIMIDADE DO MP. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. PRELIMINARES DE INÉPCIA DA INICIAL E AUSÊNCIA DE INTERESSE. AFASTAMENTO. PRÁTICA ABUSIVA. OFENSA AOS DEVERES DE INFORMAÇÃO E TRANSPARÊNCIA. DESVANTAGEM EXAGERADA ACARRETADA AO CONSUMIDOR. CONDENAÇÃO À OBRIGAÇÃO DE FAZER. OFERECIMENTO DE SERVIÇOS EM IGUAIS CONDIÇÕES. DANO MATERIAL E DANO MORAL INDIVIDUAL. APURAÇÃO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. OBRIGAÇÃO DE PUBLICAR A PARTE DISPOSITIVA DA SENTENÇA. PRINCÍPIO DO MÁXIMO BENEFÍCIO. DANO MATERIAL COLETIVO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. DANO MORAL COLETIVO. INOCORRÊNCIA DE GRAVE OFENSA AOS VALORES PRIMORDIAIS DA COLETIVIDADE. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. 1. Ação coletiva proposta pelo Ministério Público em face da Nextel. 2. Veiculação de publicidade com condições promocionais para aquisição dos serviços exclusivamente para clientes de outras operadoras, que realizassem portabilidade. 3. Legitimidade do *Parquet* para a propositura de ação civil pública, visando à defesa dos direitos individuais homogêneos. Artigos 127 e 129, III da CRFB, 81, parágrafo único, III, do CDC, 5º, da Lei 7.347/85, e 25, IV “a” da LOMP. 4. Inépcia da inicial. Arguição afastada. Relação lógica entre os fatos narrados, a causa de pedir e a providência pleiteada. 5. Interesse processual decorrente da atribuição institucional do MP. Adequação da via escolhida, na forma dos dispositivos aludidos. 6. Oferta discriminatória, que cria desvantagem exagerada aos usuários antigos. 7. Ofensa aos artigos 6º, IV, do CDC, 46 da Resolução ANATEL nº 632 e 1º da Lei Estadual nº 7.077/2016. 8. Correta condenação à obrigação de fazer, consistente no oferecimento de condições iguais a todos os consumidores. 9. Danos materiais e danos morais



Apelação Cível nº: 0083167-14.2017.8.19.0001

individuais, a serem apurados em sede de liquidação de sentença. Restituição em dobro dos valores recebidos indevidamente dos usuários excluídos da oferta. 10. Obrigação de publicar a parte dispositiva da sentença nos jornais das capitais de todo o País. Efeito *erga omnes* conferido à sentença de procedência proferida nas ações coletivas pelo artigo 103, III, do CDC. 11. Transporte *in utilibus* da coisa julgada, o que tem fundamento no princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva. 12. Dano material coletivo. Ausência de prova do prejuízo. 13. Dano moral coletivo que, embora aferível *in re ipsa*, não se verifica na hipótese. Entendimento emanado da E. Corte Superior, no sentido de que somente se configura quando houver *grave ofensa à moralidade pública, causando lesão a valores fundamentais da sociedade e transbordando da justiça e da tolerabilidade*. 14. Provimento parcial do recurso. 15. Sem custas nem honorários. Artigo 18 da Lei 7.347/85.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível de nº 0083167-14.2017.8.19.0001, em que figuram, como apelante, NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA e, como apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

A C O R D A M os Desembargadores da Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, nos termos do voto do Relator, em PROVER PARCIALMENTE o apelo, para julgar improcedentes os pedidos de reparação dos danos material e moral coletivos.

RELATÓRIO

Trata-se de ação coletiva, proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO em face de NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA. Aduz a instituição autora, em síntese, que: a) recebeu representação em desfavor da ré, pela veiculação de ofertas e descontos acessíveis, apenas, aos consumidores que ainda não eram seus clientes; b) a publicidade em questão oferecia o chamado Plano M exclusivamente para quem realizasse a portabilidade; c) a Lei nº 7.077/2015, prevê expressamente a obrigação de as operadoras de serviço de telefonia e TV ofertarem as mesmas condições de pacote para clientes novos e antigos; d) tal prática comercial é abusiva e desleal.



Apelação Cível nº: 0083167-14.2017.8.19.0001

Pugna pela condenação da demandada a: a) possibilitar a adesão por todos os interessados a todas as ofertas de seus produtos e serviços, inclusive de caráter promocional, mesmo àqueles já consumidores da prestadora, sem distinção fundada na data de adesão, na necessidade de portabilidade ou qualquer outra, dentro da área geográfica da oferta; b) indenizar os danos materiais e morais causados aos consumidores individualmente; c) a repetir, em dobro, os valores que auferiu indevidamente em razão da conduta impugnada; d) à obrigação de publicar, às suas custas, em dois jornais de grande circulação desta Capital, além de comunicar por correspondência todos os consumidores individualmente contemplados, a parte dispositiva de eventual sentença condenatória, a fim de que os consumidores tomem ciência da sentença; e) a reparar os danos materiais e morais coletivos; f) à publicação dos editais aos quais se refere o artigo 94 do CDC.

O Juízo *a quo* proferiu sentença às fls. 334/340, nos seguintes termos:

“(…) Posto isso, julgo procedentes os pedidos aduzidos na petição inicial de fls. 03/22, pondo fim ao processo nos termos do art. 487, I, do CPC, para:

a) antecipar os efeitos da tutela nos moldes do art. 300, caput e § 2º, do CPC/15, e, assim, condenar a Demandada à obrigação de fazer consistente em possibilitar a adesão por todos os interessados a todas as ofertas de seus produtos e serviços, inclusive de caráter promocional, mesmo àqueles já consumidores da Demandada, sem distinção fundada na data de adesão, na necessidade de portabilidade ou qualquer outra, dentro da área geográfica da oferta, sob pena de multa diária no valor de R\$30.000,00 (trinta mil reais);

b) condenar a Demandada a indenizar os danos materiais e morais causados aos consumidores individualmente considerados, nos termos dos arts. 6º, VI e 95, da Lei 8.078/90;

c) condenar a Demandada frente aos consumidores lesados à repetição em dobro dos valores que auferiu indevidamente em razão da conduta impugnada na presente ação;

d) condenar a Demandada à obrigação de fazer consistente em publicar, às suas custas, em dois jornais de grande circulação desta Capital, a parte dispositiva desta sentença, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), bem comunicar por correspondência todos os consumidores individualmente contemplados;

e) condenar a Demandada ao pagamento de indenização a título de danos moral coletivo no montante total de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), a ser corrigido monetariamente desde a data da presente sentença e acrescido de juros a contar



Apelação Cível nº: 0083167-14.2017.8.19.0001

da citação da Demandada, valor esse a ser revertido ao Fundo de Reconstituição de Bens Lesados mencionado no art. 13 da Lei nº 7.347/85; e f) a condenação da Demandada a publicar, às suas expensas, cópia do dispositivo desta sentença em dois jornais de grande circulação em todas as capitais do país.

Observados o art. 18 da Lei 7347/85, a necessária simetria de tratamento e à luz da interpretação sistemática, sem custas por imperativo legal e sem honorários, porque não evidenciada má-fé processual.”

Embargos de declaração providos parcialmente às fls. 373, apenas para sanar contradição entre os valores mencionados, substituindo-se o numerário de cinco milhões de reais, explicitado na motivação, por R\$500.000,00 (quinhentos mil reais).

Inconformada, a ré interpôs o recurso de apelação de fls. 379/418. Sustentou, em resumo: a) o equivocado afastamento das preliminares de inépcia da inicial, por falta de causa de pedir, quanto aos pedidos “e”, “f” “g” e “i”, a ilegitimidade ativa e a falta de interesse processual; b) que a sentença ignorou a afirmação textual de que mais de setenta mil clientes haviam migrado para a oferta discutida, cuja prova não seria razoável de ser exigida da fornecedora; c) a oferta destinada aos clientes em portabilidade pressupunha a celebração conjunta de um contrato de permanência de 12 meses; d) o inquérito civil apurou que apenas 2 usuários não teriam logrado migrar para as condições promocionais, e juntou extratos do *site* Reclame Aqui, para demonstrar que 8 pessoas anônimas teriam enfrentado o mesmo problema; e) o descabimento da obrigação de indenizar individualmente, eis que os usuários não comprovaram que tiveram sua oferta recusada – ou que eventual recusa não tenha sido justa; f) que a sentença não consignou que as ofertas impugnadas continham restrições relativas à área geográfica e ao momento de adesão; g) que a cobrança, regular e legítima de serviços que foram efetivamente tomados afasta o amparo da condenação à restituição de valores em dobro; h) a inexistência de má-fé; i) a inexistência de prova de ato ilícito considerado no seu aspecto coletivo, a justificar o dever de indenizar, pois as recusas apontadas são individualizáveis; j) a mínima extensão do suposto dano; l) a divulgação pelos meios de comunicação social fica a cargo dos órgãos de defesa do consumidor, e não do réu na ação coletiva, consoante artigo 94 do CDC; m) que, ainda que assim não se entenda, a publicação deve ficar restrita às Capitais dos Estados onde as ofertas tinham validade, a saber, São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Curitiba, Brasília e Recife.

Contrarrazões às fls. 435/490, em prestígio ao julgado.

V O T O



Apelação Cível nº: 0083167-14.2017.8.19.0001

Presentes os requisitos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Afasta-se, inicialmente, a arguição de inépcia da petição inicial em relação aos pedidos constantes das letras e, f, g e i, visto que é possível vislumbrar relação lógica entre a narrativa dos fatos, a causa de pedir e a providência jurisdicional pretendida. Da alegada violação aos direitos dos consumidores pela veiculação de promoção exclusiva para novos contratantes, pleiteou o MP a repetição da diferença indevidamente auferida com o valor cheio, pago por aqueles que já eram usuários, e ainda, a publicação da parte dispositiva da sentença, por força do efeito *erga omnes* previsto no artigo 103, III, do CDC. Nenhuma incongruência há entre os elementos da demanda.

Destaque-se, ainda, que o Ministério Público detém legitimidade, que lhe é assegurada tanto em âmbito constitucional quanto infraconstitucional para a defesa, a título coletivo, dos direitos difusos e individuais homogêneos pela via da ação civil pública, como se infere dos artigos 127 e 129, III da CRFB, 81, parágrafo único, III, do CDC, 5º, da Lei 7.347/85, e 25, IV “a” da LOMP (Lei 8.625/93), abaixo transcritos:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
(...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

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.

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;



Apelação Cível nº: 0083167-14.2017.8.19.0001

Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público;

(...)

IV – promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei;

a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;

A demanda envolve, como se nota, direitos individuais homogêneos, assim entendidos como aqueles que possuem objeto divisível e sujeitos determinados, mas recebem tratamento coletivo por força da origem comum, *in casu*, jurídica.

A propósito:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL. FURTO OU ROUBO DO APARELHO. PREVISÃO CONTRATUAL DE PAGAMENTO DE MULTA, MAS NÃO DOS MINUTOS CONTRATADOS, ALÉM DA ASSINATURA BÁSICA PELO PRAZO DE CARÊNCIA FALTANTE. INEXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE. 1. Ação civil pública proposta pelo Ministério Público contra a Tim Celular S/A com o objetivo de ser declarada a abusividade de cláusulas (9.04 e 10.04) do contrato padrão formulado pela operadora de celular com seus usuários, cominando multa (R\$ 210,00) ao consumidor que cancelar culposamente o contrato no curso do prazo de carência. 2. O acórdão recorrido, após rejeitar as preliminares de litisconsórcio passivo com a Anatel, de ilegitimidade ativa do Ministério Público e de nulidade da sentença por prolação fora do pedido ("extra petita"), reformou parcialmente a sentença de procedência dos pedidos para reconhecer que a multa constante na cláusula 9.04 não seria abusiva, pois aplicada quando a resolução do contrato se der por culpa do usuário, mantendo, no mais, o provimento fixado pelo juízo de primeiro grau. 3. O reconhecimento da afronta ao art. 535 do CPC/72 exige a demonstração pela parte em relação a quais questões incidiria o vício constante do referido dispositivo e, ainda, a sua relevância para o desate da controvérsia. 4. No caso, as únicas questões em



Apelação Cível nº: 0083167-14.2017.8.19.0001

relação as quais houve a devida alegação de omissão no apelo excepcional, não se mostraram efetivamente omissas. Negativa de prestação jurisdicional rejeitada.

5. O Ministério Público é parte legítima para defender em juízo direitos difusos e individuais homogêneos relativos a consumidores. Reiterados precedentes. 6. Nenhuma das pretensões formuladas na demanda é voltada contra a ANATEL, mas contra cláusulas contratuais estabelecidas pela própria demandada (Tim Celular) nos contratos celebrados com os seus usuários e consideradas pelo Ministério Público como abusivas. 7. Inexistência de litisconsórcio necessário entre as concessionárias com a ANATEL, quando a relação jurídica controvertida é alheia àquela mantida entre as concessionárias e o ente regulador. 8. O furto ou roubo do aparelho de celular do usuário dos serviços de telefonia não configura justa causa para a resolução do contrato com a operadora, podendo o usuário habilitar outro aparelho e dar continuidade à relação negocial. 9. Redução da multa constante no item 9.04 pela metade que, todavia, não ressarcir devidamente a operadora de telefonia nas hipóteses em que o usuário denuncia o contrato a que se fidelizou mediante a compra de aparelho de celular com valor descontado. 10. Multa limitada ao valor proporcional do desconto concedido considerando-se o período faltante de fidelidade. 11. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (REsp 1488284/PE, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 24/08/2018) – (grifou-se).

Confira-se a orientação da recente Súmula nº 601, da E. Corte Superior:

O Ministério Público tem legitimidade ativa para atuar na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores, ainda que decorrentes da prestação de serviço público (grifou-se).

Da violação às normas do CDC extrai-se o interesse social apto a justificar a necessidade de atuação do *Parquet*, no exercício da sua função institucional. A adequação da via adotada, por sua vez, ampara-se nos dispositivos relacionados acima. Quanto ao fato de o inquérito ter se baseado em número limitado de reclamações, tem-se que a comprovação do alcance limitado da oferta discutida, por si só, já evidencia o tratamento desigual dispensado aos demais consumidores.

Rejeitam-se, portanto, as preliminares suscitadas.



Apelação Cível nº: 0083167-14.2017.8.19.0001

Pois bem. A ação foi proposta após o recebimento de representação de consumidores e a instauração de inquérito civil, para noticiar prática abusiva da ré/apelante, consistente na veiculação de ofertas e planos promocionais apenas aos novos consumidores, que realizassem a portabilidade numérica de outras operadoras para a Nextel.

[Conheça aqui](#) nossos planos de Voz na tecnologia Iden.

Veja aqui as [perguntas mais frequentes](#) e o [regulamento](#) sobre a contratação de planos com cartão de crédito.

Se sua cidade não possui nenhuma loja Nextel, [verifique](#) os pontos de venda nas agências credenciadas dos correios.

[Clique aqui](#) e veja o regulamento para planos controle.

[Clique aqui](#) e veja o regulamento para planos cartão de crédito.

[Clique aqui](#) e veja o sumário para planos com fidelidade.

[Clique aqui](#) e veja o sumário para planos sem fidelidade.

Veja [aqui](#) as perguntas mais frequentes sobre a contratação de planos com cartão de crédito

Oferta válida para os DDDs 22 e 24 e contratação por pessoa física até 31/03/2017, podendo ser prorrogada a exclusivo critério da Nextel. A velocidade de navegação será definida pela área de cobertura e compatibilidade do aparelho com a frequência da Rede Nextel. Velocidade de transmissão de dados na rede 3G é de até 600 Kbps de download e 200 Kbps de upload. Promocionalmente até 31/03/2017, após atingida a franquia de internet, a velocidade de navegação será reduzida para 64 Kbps (download e upload). A franquia de minutos dos planos é válida para ligações locais. ***O valor promocional da oferta Controle M (5 GB) + M (500 minutos) e da oferta Controle M (5 GB) + G (2.500 minutos) são exclusivos para clientes que realizarem somente a portabilidade do número. O desconto concedido nos planos está sujeito a fidelização e possui validade de 12 meses a partir da data de contratação. O cancelamento do plano antes do vencimento implicará pagamento de multa proporcional com base no valor do benefício auferido. Controle da fatura: A prestação dos serviços adicionais estará disponível por meio de recarga. Controle Cartão de Crédito: Promoção válida para pagamento exclusivo no cartão de crédito. É vedada a contratação de qualquer serviço adicional que possua cobrança mensal recorrente para os planos Controle cartão de Crédito. CSP: O benefício de ligações ilimitadas de longa distância, de Nextel para Nextel, utilizando o código 99, já está incluso nos planos da família P, M e G, não havendo custo adicional ao cliente. Roaming Nacional de Dados: Fora da rede Nextel, haverá franquia de 100 MB, com velocidade 3G. O equipamento deve ser compatível com a frequência da rede utilizada. Ofertas sujeitas à análise de crédito. Para mais informações, consulte o regulamento.**

A “Promoção para Portabilidade no M+G”, realizada pela Nextel é válida nas seguintes áreas de atuação do território nacional: Rio de Janeiro, nos DDD 21, 22 e 24, São Paulo, nos DDDs 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 e 19 e Demais Mercados, nos DDDs 31, 41 e 61

1.2. ADESÃO/VIGÊNCIA:

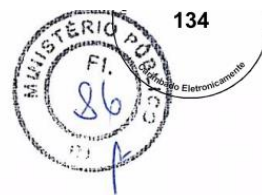
- O prazo de adesão à “Promoção para Portabilidade no M+G” terá início em 24/Maio/2016 e será válido até 31/julho/2016 sendo prorrogável a exclusivo critério da Nextel ou encerrado mediante prévia comunicação.

1.3. ELEGIBILIDADE: São elegíveis a essa promoção:

- Clientes Pessoa Física **que efetuem a portabilidade do número** para o plano M (5GB) + G (2.500min) e contratarem também um Plano Família.
- Clientes Pessoa Física **que efetuem exclusivamente a portabilidade do número para o plano M (5GB) + G (2.500min).**
- A ativação da promoção está sujeita à análise de crédito e apresentação de documentação.

Observa-se que a oferta apresentada contraria o disposto no artigo 1º da Lei Estadual nº 7.077/2016:

Art. 1º - Ficam as operadoras de serviços de telefonia móvel, fixa, de TV por assinatura e de transmissão de dados via banda larga, obrigadas a oferecerem, aos consumidores que possuam contratos em atividade, as mesmas condições previstas para a adesão de novos planos e pacotes promocionais.





Apelação Cível nº: 0083167-14.2017.8.19.0001

Verifica-se, de igual modo, desrespeito à Resolução 632 da ANATEL, que assim determina, no artigo 46:

Art.46. Todas as ofertas, inclusive as de caráter promocional, devem estar disponíveis para a contratação por todos os interessados, inclusive já Consumidores da Prestadora, sem distinção fundada na data de adesão ou qualquer outra forma de discriminação dentro da área geográfica da oferta.

A conduta viola, ainda, o direito básico do consumidor inserto no artigo 6º, IV, do CDC, *in verbis*:

IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.

Não socorre a apelante o argumento de que teria possibilitado a aquisição da promoção também aos usuários antigos. Ora, uma vez explicitada na publicidade a destinação exclusiva dos valores promocionais aos clientes de portabilidade, passou a ser ônus da fornecedora a prova de não ter veiculado a oferta discriminatória.

E nesse ponto, ressalta-se que a oferta posterior aos demais consumidores não retira a abusividade – na forma do artigo 51, IV, do CDC - da prática empreendida durante o tempo de limitação da vantagem.

Mostrou-se correta a sentença, ao julgar procedente o pedido referente à obrigação de “possibilitar a adesão por todos os interessados a todas as ofertas de seus produtos e serviços, inclusive de caráter promocional, mesmo àqueles que já fossem seus clientes, sem distinção fundada na data de adesão, na necessidade de portabilidade ou qualquer outra, dentro da área geográfica da oferta.” Por óbvio, as condições apresentadas para a contratação do plano, como preço e fidelização, devem ser as mesmas para clientes antigos ou novos.

Do exposto decorrem o dano material e o dano moral em sentido individual, sendo o primeiro consistente no que cada cliente antigo pagou em excesso, por não lhe ter sido oferecido o plano questionado, e o segundo, no dissabor acarretado pelo tratamento discriminatório, ensejador da quebra dos princípios da confiança e da boa-fé objetiva.



Apelação Cível nº: 0083167-14.2017.8.19.0001

Importa, porém, ressaltar que a restituição em dobro das quantias indevidamente cobradas (pedido “e” de fls.21) insere-se no cômputo do dano material individual.

Em sede de liquidação de sentença, serão verificadas e quantificadas as respectivas indenizações e os indébitos.

Eis, acerca do tema, o que estabelece o CDC:

Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.

Art. 97. A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82.

A publicação da parte dispositiva do r. *decisum* nos jornais de grande circulação de todas as capitais do País visa justamente a garantir a possibilidade de o titular do direito individual homogêneo se beneficiar do transporte *in utilibus* da coisa julgada, o que tem fundamento no princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva.

Do efeito *erga omnes* conferido à sentença de procedência proferida nas ações coletivas pelo artigo 103, III, da Lei 8.078/90 decorre o acerto do comando de publicação nos jornais de grande circulação de todas as capitais do país

Já o dano moral coletivo encontra arrimo nos artigos 5º, V, da Constituição da República, 6º, VI, do CDC e 1º da Lei 7.347/85. Aferido *in re ipsa*, não requer a demonstração concreta de prejuízo, porque tem como finalidade reparar uma lesão a direito transindividual, que acarrete abalo moral e ofensa aos valores da coletividade.

E nesse passo, cumpre notar que a jurisprudência mais recente do E. STJ tem se posicionado no sentido de somente reconhecer a existência do dano moral coletivo nos casos em que restar configurada lesão intolerável de valores primordiais da sociedade, sob pena de banalização do instituto.

Veja-se:

**AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.
PROCESSUAL CIVIL.**



Apelação Cível nº: 0083167-14.2017.8.19.0001

CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPOSIÇÃO DE CLÁUSULA DE ARBITRAGEM EM CONTRATOS FIRMADOS ENTRE FORNECEDORES DE BENS IMÓVEIS E CONSUMIDORES. DANO MORAL COLETIVO NÃO CONFIGURAÇÃO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. "A condenação em reparar o dano moral coletivo visa punir e inibir a injusta lesão da esfera moral de uma coletividade, preservando, em ultima ratio, seus valores primordiais. Assim, o reconhecimento de dano moral coletivo deve se limitar às hipóteses em que configurada grave ofensa à moralidade pública, sob pena de sua banalização, tornando-se, somente, mais um custo para as sociedades empresárias, a ser repassado aos consumidores" (REsp 1.303.014/RS, Quarta Turma, Relator para acórdão o Ministro Raul Araújo, julgado em 18/12/2014 e publicado no DJe de 26/5/2015).

2. O dano moral coletivo é aferível in re ipsa, dispensando, portanto, a demonstração de prejuízos concretos, mas somente se configura se houver grave ofensa à moralidade pública, causando lesão a valores fundamentais da sociedade e transbordando da justiça e da tolerabilidade.

3. No caso concreto, o alegado dano advém do fato de os consumidores, adquirentes de propriedades imóveis, em razão de convênio estabelecido entre o TJ/GO, a Segunda Corte de Conciliação e Arbitragem de Goiânia e o SECOVI - Sindicato da Habitação de Goiás -, terem ficado obrigados a se submeter a arbitragem para discutir litígios relacionados à aquisição de bens imóveis e a executar as respectivas sentenças arbitrais. Assim, o dano moral eventualmente configurado está relacionado mais propriamente a esfera individual de cada consumidor adquirente de propriedade imóvel que, na prática, tenha sido compelido a se submeter à Corte Arbitral, devendo, se for o caso, o lesado ingressar com a medida judicial cabível para pleitear a indenização.

4. Não se vislumbra grave ofensa à moralidade pública ou lesão a valores fundamentais da coletividade, bem como ato que tenha ultrapassado os limites do justo e tolerável, tanto que o Tribunal de Justiça chegou a firmar o aludido convênio. 5. O processo foi extinto sem resolução de mérito, por falta de interesse de agir, porque o referido convênio foi revogado antes mesmo do ajuizamento da ação civil pública. Mais uma razão, portanto, para se entender que eventuais danos decorrentes da existência do aludido ato surtiram efeitos por curto lapso temporal e atingiram



Apelação Cível nº: 0083167-14.2017.8.19.0001

apenas a esfera individual de algum consumidor, não podendo ser ampliados à coletividade.

6. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 100.405/GO, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe 19/10/2018) – grifou-se.

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. COBRANÇA DE TARIFAS BANCÁRIAS. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INCORRÊNCIA. FASES DA AÇÃO COLETIVA. SENTENÇA GENÉRICA. AÇÃO INDIVIDUAL DE CUMPRIMENTO. ALTA CARGA COGNITIVA. DEFINIÇÃO. QUANTUM DEBEATUR. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. RELEVÂNCIA E TRANSCENDÊNCIA. EXISTÊNCIA. COISA JULGADA. EFEITOS E EFICÁCIA. LIMITES. TERRITÓRIO NACIONAL. PRAZO PRESCRICIONAL. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL. SÚMULA 284/STF. DANO MORAL COLETIVO. VALORES FUNDAMENTAIS. LESÃO INJUSTA E INTOLERÁVEL. INOCORRÊNCIA. AFASTAMENTO. ASTREINTES. REVISÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. 1. Cuida-se de ação coletiva na qual são examinados, com exclusividade, os pedidos de indenização por danos morais e materiais individuais, de indenização por dano moral coletivo e de publicação da parte dispositiva da sentença, decorrentes do reconhecimento, em outra ação coletiva com trânsito em julgado, da ilegalidade da cobrança de tarifa de emissão de boleto (TEC). 2. O propósito do presente recurso especial é determinar se: a) ocorreu negativa de prestação jurisdicional; b) é necessário fixar, na atual fase do processo coletivo, os parâmetros e os limites para o cálculo dos danos morais e materiais individuais eventualmente sofridos pelos consumidores; c) o Ministério Público tem legitimidade para propor ação coletiva versando sobre direitos individuais homogêneos; d) os efeitos a sentença proferida em ação coletiva estão restritos à competência territorial do órgão jurisdicional prolator; e) deve ser aplicado o prazo prescricional trienal à hipótese dos autos; f) é possível examinar a validade da cobrança de tarifa de emissão de boletos (TEC), decidida em outro processo transitado em julgado, na hipótese concreta; g) cabe, no atual momento processual, analisar a efetiva ocorrência de dano material e moral aos consumidores e se o dano material deve abranger a repetição do indébito; h) a ilegalidade verificada na



Apelação Cível nº: 0083167-14.2017.8.19.0001

hipótese enseja a compensação de danos morais coletivos; e i) é exorbitante o valor da multa cominatória. 3. Recurso especial interposto em: 30/05/2014. Conclusos ao gabinete em: 26/08/2016. Aplicação do CPC/73. 4. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC/73, rejeitam-se os embargos de declaração. 5. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e fundamentado corretamente o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há que se falar em violação dos arts. 165 e 458, II, do CPC/73. 6. A ação civil coletiva na qual se defendem interesses individuais homogêneos se desdobra em duas fases, sendo que, na primeira, caracterizada pela legitimidade extraordinária, são definidos, em sentença genérica, os contornos homogêneos do direito questionado. 7. A definição de parâmetros e dos limites para a fixação dos danos materiais e morais individuais se relaciona ao quantum debeatur do direito questionado, o qual deve ser debatido nas ações individuais de cumprimento, que também possuem alta carga cognitiva. 8. Se o interesse individual homogêneo possuir relevância social e transcender a esfera de interesses dos efetivos titulares da relação jurídica de consumo, tendo reflexos práticos em uma universalidade de potenciais consumidores que, de forma sistemática e reiterada, sejam afetados pela prática apontada como abusiva, a legitimidade ativa do Ministério Público estará caracterizada. 9. Os efeitos e a eficácia da sentença proferida em ação coletiva não estão circunscritos aos limites geográficos da competência do órgão prolator, abrangendo, portanto, todo o território nacional, dentro dos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido. Precedentes. 10. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial. 11. A ausência de fundamentação ou a sua deficiência importa no não conhecimento do recurso quanto ao tema. 12. O dano moral coletivo é categoria autônoma de dano que não se identifica com os tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico), mas com a violação injusta e intolerável de valores fundamentais titularizados pela coletividade (grupos, classes ou categorias de pessoas). Tem a função de: a) proporcionar uma reparação indireta à lesão de um direito extrapatrimonial da coletividade; b) sancionar o ofensor; e c) inibir condutas ofensivas a esses direitos transindividuais. 13. Se, por um lado, o dano moral coletivo não está relacionado a atributos da pessoa humana e se configura in re ipsa, dispensando a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral, de outro, somente ficará caracterizado se



Apelação Cível nº: 0083167-14.2017.8.19.0001

ocorrer uma lesão a valores fundamentais da sociedade e se essa vulneração ocorrer de forma injusta e intolerável.14. Na hipótese em exame, a violação verificada pelo Tribunal de origem – a exigência de uma tarifa bancária considerada indevida – não infringe valores essenciais da sociedade, tampouco possui os atributos da gravidade e intolerabilidade, configurando a mera infringência à lei ou ao contrato, o que é insuficiente para a caracterização do dano moral coletivo. 15. Admite-se, excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar o valor fixado a título de multa cominatória, quando ínfimo ou exagerado, o que não ocorre na hipótese em exame, em que as astreintes, fixadas em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), não se mostram desproporcionais ou desarrazoadas. 16. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (REsp 1.502.967/RS – Rel. Min. Nancy Andrighi – Terceira Turma – Julgamento: 07/08/2018) – grifou-se.

Assim é que, na hipótese trazida, embora se considere, em primeiro plano, o dano dos numerosos consumidores que adquiriram os serviços da ré antes da veiculação da promoção discutida, e, em aspecto mais amplo, a violação dos deveres de informação e transparência em relação à coletividade, não se verifica ofensa grave e intolerável aos valores da sociedade, apta a justificar a indenização pleiteada.

Apenas a título de comentário, o precedente colacionado na R. Sentença não diz respeito a caso análogo ao presente, mas a “cumprimento abusivo de ordem judicial – desocupação forçada de área (...)”.

Por fim, no que concerne ao pleito de indenização do dano material coletivo, registre-se que, apesar da ausência de apreciação do tema pelo D. Juízo *a quo*, a teoria da causa madura permite a análise da matéria por esta Instância revisora. A par disso, tem-se que não há nos autos prova do prejuízo material coletivo para que se justifique a recomposição pretendida.

Pelo exposto, o voto é no sentido de PROVER PARCIALMENTE o apelo, para julgar improcedentes os pedidos de reparação dos danos material e moral coletivos.

Sem condenação nas verbas sucumbenciais e despesas processuais, na forma do artigo 18 da Lei 7.347/85.

Rio de Janeiro, 2 de abril de 2019.

Desembargador **GILBERTO MATOS**
Relator



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível



Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 0083167-14.2017.8.19.0001

Juízo de origem: 4ª VARA EMPRESARIAL

Embargante: NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA

Embargado: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Relator: DES. GILBERTO MATOS

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COLETIVA. DIREITO DO CONSUMIDOR. ESCLARECIMENTOS. ALCANCE DA DECISÃO. PRINCÍPIOS DO MÁXIMO BENEFÍCIO E DA AMPLA DIVULGAÇÃO. PROVIMENTO PARCIAL. 1. Os embargos de declaração não se prestam à rediscussão de matéria já apreciada, julgada e debatida em sede de apelação cível. 2. Prequestionamento. Desnecessidade da expressa menção ao dispositivo legal em que se fundamentou a decisão (EResp 165.212-MS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros). 4. Orientação ratificada pelo Código de Processo Civil de 2015 que, em seu artigo 1.025, prevê que *“consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados (...)”*. 5. Devolução dos valores pagos a maior aos consumidores nas mesmas condições dos destinatários da oferta. Fidelização e área geográfica. Acórdão claro nesse sentido. 6. Descumprimento das resoluções emitidas pela ANATEL, que caracteriza a má-fé necessária à restituição na forma dobrada. 7. Obrigação de publicação e envio de correspondência. Princípios do máximo benefício e da mais ampla divulgação da tutela coletiva. 8. Provimento parcial dos declaratórios apenas para que tais esclarecimentos integrem o Acórdão, cujos demais termos se mantêm.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0083167-14.2017.8.19.0001, em que figuram, como embargante, NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA e, como apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

A C O R D A M os Desembargadores da Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em PROVER PARCIALMENTE os declaratórios, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Secretaria da Décima Quinta Câmara Cível
Rua Dom Manuel, 37, 3º andar – Sala 336 - Lâmina III
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-090
Tel.: + 55 21 3133-6015 – E-mail: 15cciv@tjri.jus.br (F)



GILBERTO CLOVIS FARIAS MATOS:16610 Assinado em 11/09/2019 14:42:14
Local: GAB. DES GILBERTO CLOVIS FARIAS MATOS



Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 0083167-14.2017.8.19.0001

Cuida-se de embargos de declaração opostos às fls. 560/569 em face do V. Acórdão proferido às fls. 536/548, assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO COLETIVA. OPERADORA DE TELEFONIA CELULAR. PUBLICIDADE. OFERTA LIMITADA A CLIENTES NOVOS. LEGITIMIDADE DO MP. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. PRELIMINARES DE INÉPCIA DA INICIAL E AUSÊNCIA DE INTERESSE. AFASTAMENTO. PRÁTICA ABUSIVA. OFENSA AOS DEVERES DE INFORMAÇÃO E TRANSPARÊNCIA. DESVANTAGEM EXAGERADA ACARRETADA AO CONSUMIDOR. CONDENAÇÃO À OBRIGAÇÃO DE FAZER. OFERECIMENTO DE SERVIÇOS EM IGUAIS CONDIÇÕES. DANO MATERIAL E DANO MORAL INDIVIDUAL. APURAÇÃO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. OBRIGAÇÃO DE PUBLICAR A PARTE DISPOSITIVA DA SENTENÇA. PRINCÍPIO DO MÁXIMO BENEFÍCIO. DANO MATERIAL COLETIVO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. DANO MORAL COLETIVO. INOCORRÊNCIA DE GRAVE OFENSA AOS VALORES PRIMORDIAIS DA COLETIVIDADE. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. 1. Ação coletiva proposta pelo Ministério Público em face da Nextel. 2. Veiculação de publicidade com condições promocionais para aquisição dos serviços exclusivamente para clientes de outras operadoras, que realizassem portabilidade. 3. Legitimidade do *Parquet* para a propositura de ação civil pública, visando à defesa dos direitos individuais homogêneos. Artigos 127 e 129, III da CRFB, 81, parágrafo único, III, do CDC, 5º, da Lei 7.347/85, e 25, IV “a” da LOMP. 4. Inépcia da inicial. Arguição afastada. Relação lógica entre os fatos narrados, a causa de pedir e a providência pleiteada. 5. Interesse processual decorrente da atribuição institucional do MP. Adequação da via escolhida, na forma dos dispositivos aludidos. 6. Oferta discriminatória, que cria desvantagem exagerada aos usuários antigos. 7. Ofensa aos artigos 6º, IV, do CDC, 46 da Resolução ANATEL nº 632 e 1º da Lei Estadual nº 7.077/2016. 8. Correta condenação à obrigação de fazer, consistente no oferecimento de condições iguais a todos os consumidores. 9. Danos materiais e danos morais individuais, a serem apurados em sede de liquidação de sentença. Restituição em dobro dos valores recebidos indevidamente dos usuários excluídos da oferta. 10. Obrigação de publicar a parte dispositiva da sentença nos jornais das capitais de todo o País. Efeito *erga omnes* conferido à sentença de procedência proferida nas ações coletivas pelo artigo 103, III, do CDC. 11. Transporte *in*



Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 0083167-14.2017.8.19.0001

utilibus da coisa julgada, o que tem fundamento no princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva. 12. Dano material coletivo. Ausência de prova do prejuízo. 13. Dano moral coletivo que, embora aferível *in re ipsa*, não se verifica na hipótese. Entendimento emanado da E. Corte Superior, no sentido de que somente se configura quando houver *grave ofensa à moralidade pública, causando lesão a valores fundamentais da sociedade e transbordando da justiça e da tolerabilidade*. 14. Provimento parcial do recurso. 15. Sem custas nem honorários. Artigo 18 da Lei 7.347/85.

Sustenta o embargante a existência de omissão e obscuridade no julgado, no tocante aos seguintes temas: a) necessidade de assunção, pelo consumidor, do compromisso de fidelização; b) se fazem jus à indenização todos os consumidores antigos da Nextel ou somente aqueles que solicitaram e tiveram recusada a oferta; c) o porquê da manutenção da condenação à devolução em dobro, sem que tenha se caracterizado a hipótese de incidência; d) a apreciação do pedido de reforma da condenação ao envio de correspondência aos usuários, comunicando a parte dispositiva da sentença.

Sem contrarrazões, consoante certidão de fls. 335/336.

Contrarrazões, às fls. 573/582.

V O T O

Conhece-se dos embargos opostos tempestivamente.

O Novo Código de Processo Civil, a par de manter os tradicionais vícios passíveis de correção através de embargos de declaração, criou algumas especificidades, com ampliação do rol das situações amparáveis pelos aclaratórios, *in verbis*:

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

- I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;
- II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;
- III - corrigir erro material.

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

- I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;
- II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.



Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 0083167-14.2017.8.19.0001

Todavia, não viola o dispositivo supracitado nem importa negativa de prestação jurisdicional o V. Acórdão que adota, para a solução da causa, suficiente fundamentação, ainda que diversa da pretendida pela recorrente, para decidir, de modo integral, a controvérsia posta em análise, eis que não se trata de tese firmada em julgamento de casos repetitivos, incidente de assunção de competência, ou, ainda, de qualquer das hipóteses previstas no §1º do artigo 486 do CPC/2015¹.

Na hipótese, portanto, o V. Acórdão não precisa enfrentar todas as questões arguidas pelas partes, desde que contenha elementos suficientes ao julgamento da demanda, como ocorreu na vertente hipótese.

Tem-se, neste sentido, a orientação da Súmula desta Corte, expressa no Enunciado nº 52:

“Inexiste omissão a sanar através de embargos declaratórios, quando o acórdão não enfrentou todas as questões arguidas pelas partes, desde que uma delas tenha sido suficiente para o julgamento do recurso.”

Assim, encontra-se prejudicado o pedido de prequestionamento, eis que, conforme entendimento pacífico da C. Corte Superior, “*para ser atendido o requisito de admissibilidade do prequestionamento, o Tribunal a quo tem que examinar e decidir a questão posta, não sendo necessária, no acórdão, a expressa menção ao dispositivo legal em que se fundamentou a decisão*” (EREsp 165.212-MS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

Assevere-se, ademais, que tal orientação foi ratificada pelo Código de Processo Civil de 2015 que, em seu artigo 1.025², prevê que “*consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados (...)*”.

Pois bem. Observa-se, inicialmente, que o *decisum* embargado consignou claramente que devem ser mantidas, para aos interessados na adesão ao plano, as mesmas condições apresentadas para a contratação do plano. Sendo assim, são critérios para a extensão da promoção, como já explicitado no V. Acórdão, a restrição à mesma área geográfica da oferta e o compromisso de fidelização. Nenhuma omissão aqui se vislumbra.

¹ Art. 486. O pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação.

§1º No caso de extinção em razão de litispendência e nos casos dos incisos I, IV, VI e VII do art. 485, a propositura da nova ação depende da correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito.

² Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.



Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 0083167-14.2017.8.19.0001

Quanto à definição dos destinatários da indenização a ser paga, resta claro que esta também deve observar os mesmos parâmetros, sendo esta devida àqueles clientes que tenham solicitado a oferta e recebido a respectiva recusa.

A devolução em dobro das quantias pagas a maior pelos clientes excluídos da oferta se assenta no artigo 42, parágrafo único, do CDC, e a má-fé se considera ínsita à violação das resoluções emitidas pela Agência Reguladora, de cujo teor a concessionária não pode alegar desconhecimento.

A determinação de publicação da parte dispositiva da sentença em dois jornais de grande circulação e de envio de correspondência aos consumidores individualmente contemplados atende aos princípios do máximo benefício e da ampla divulgação da tutela coletiva, eis que esta visa a proteger direitos de cunho social. Ressalte-se que tais obrigações não se confundem com a publicação do edital a que alude o artigo 94 do CDC – providência a cargo da instituição entidade ou associação autora - para que eventuais interessados possam intervir no processo como litisconsortes.

Pelo exposto, o voto é no sentido de PROVER PARCIALMENTE os declaratórios, apenas para que passem a integrar o V. Acórdão de fls. 535 a 548 os seguintes esclarecimentos:

- a) a restituição dos valores será feita àqueles consumidores que comprovem a solicitação e a recusa da oferta;
- b) a má-fé, pressuposto da devolução em dobro, na forma do artigo 42, parágrafo único do CDC, extrai-se do descumprimento deliberado das resoluções da ANATEL, o que afasta o engano justificável a que se refere aquele dispositivo.
- c) fica mantida a obrigação, definida na sentença, de envio das correspondências aos consumidores contemplados, medida que atende aos princípios do máximo benefício e da ampla divulgação, norteadores do processo coletivo.

Rio de Janeiro, 10 de setembro de 2019.

Desembargador **GILBERTO MATOS**
Relator