



Apelação Cível nº 0133852-88.2018.8.19.0001

Apelante: MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Apelado: CLARO S/A

RELATORA: DESEMBARGADORA DENISE NICOLL SIMÕES

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DO CONSUMIDOR. TELEFONIA. OFERTA LIMITADA A CLIENTES NOVOS. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DANOS MORAIS E MATERIAIS. INOCORRÊNCIA DE DANO MORAL COLETIVO. PRELIMINAR DE INOVAÇÃO RECURSAL REJEITADA. Ação civil pública movida em face de concessionária de serviço de telefonia na qual alega-se inobservância da Ré da isonomia e igualdade aos usuários, permitindo que apenas novos usuários sejam beneficiados de ofertas promocionais. Sentença de improcedência. Reforma que se impõe. Ré que realiza ofertas promocionais de planos telefônicos “Claro” bem como de internet banda larga e TV por assinatura “NET” apenas para novos clientes. Fatos que foram devidamente apurados por meio de procedimentos investigatórios, sendo confirmados pela própria Demandada. Ré que sustenta tratar-se de prática lícita, defendendo sua conduta na livre iniciativa. Alegação que não merece acolhimento. As práticas de mercado que visem à concorrência entre empresas não podem ser feitas em detrimento de direitos e interesses dos consumidores, também erigido à princípio constitucional da ordem econômica. Notório prejuízo para os clientes antigos da Ré: enquanto novos usuários aproveitam mensalidades mais baratas e dentro das margens de concorrência entre as empresas do ramo de telefonia, os clientes efetivos da Demandada arcam com valores desatualizados e mais onerosos. O óbice à livre contratação de serviços e produtos disponibilizados no mercado de consumo é medida que deve ser combatida pelo Judiciário. A atuação empresarial deve sempre estar pautada no zelo e preservação dos interesses e integridade dos destinatários finais dos produtos e serviços, incompatível com a perseguição baseada exclusivamente no maior lucro ou clientela. Conduta da Ré que se mostra indevida e contrária ao ordenamento jurídico. Reforma da sentença para determinar que a concessionária possibilite a adesão de todos os clientes – novos e antigos – às mesmas ofertas promocionais. Conduta da Ré causadora de danos aos consumidores individualmente considerados. Incidência dos art. 95 a 97 do CDC. Os consumidores vítimas das condutas ilícitas narradas poderão promover a liquidação imprópria e a execução da presente sentença, demonstrando sua singular condição de vítima do evento. Não configuração de dano moral coletivo. **PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.**



Apelação Cível nº 0133852-88.2018.8.19.0001

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Apelação cível nº **0133852-88.2018.8.19.0001 ACORDAM**, por **UNANIMIDADE** de votos, os Desembargadores que compõem esta E. 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO**, nos termos do voto que segue.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO da sentença de improcedência prolatada nos autos da ação civil pública proposta em face de CLARO S/A.

Narra o Ministério Público, em síntese, que instaurou procedimentos administrativos (Inquérito Civil Reg. 896/2017 e Reg. 1.112/2017, anexados) para apurar representações e notícias formuladas em face da operadora de telecomunicações Claro S/A.

Sustenta que de acordo com diversos relatos de consumidores, a Ré ao comercializar planos telefônicos com internet banda larga e TV por assinatura “NET”, realizou ofertas promocionais elegíveis apenas para novo clientes. As promoções são veiculadas em página diferenciada de sítios eletrônicos da Ré e da NET, mediante uma triagem em que o visitante se identifica como novo usuário.

Tal fato é confessado pela Ré ao longo do Inquérito Civil, que confirma que algumas promoções são exclusivas para novos clientes, prática destinada a captar clientela.

Afirma que a prática de impedir o acesso de seus próprios clientes às promoções é ilegal, considerando o ordenamento jurídico vigente uma vez que o



Apelação Cível nº 0133852-88.2018.8.19.0001

princípio da isonomia está previsto no artigo 46¹ do Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços e Telecomunicações e ao art. 1⁰² da Lei RJ nº 7.077/2015.

Defende que a Ré incorre em prática comercial abusiva e desleal, atuando em flagrante abuso de direito, excluindo consumidores pelo simples fato de já serem seus clientes. Sustenta que tal conduta tem potencial para gerar danos materiais e morais aos consumidores individualmente considerados, de modo que a Demandada deve ser condenada ao ressarcimento dos consumidores por meio de sentença genérica.

Afirma, ainda, cabimento de danos morais em sua forma coletiva.

Requer a concessão da liminar para que seja possibilitado a qualquer interessado, a adesão a todas as ofertas dos produtos e serviços da Ré, inclusive os promocionais.

Ao final pleiteia a confirmação da liminar assim como a condenação da Ré em danos materiais e morais bem como seja a Re condenada à repetição em dobro dos valores que auferiu indevidamente em razão da conduta impugnada na presente demanda. Pleiteia, ainda, que a Ré seja condenada a publicar em dois jornais de grande circulação no Estado do Rio de Janeiro, a parte dispositiva de eventual sentença condenatória.

Decisão indeferindo a liminar (*index 000501*).

Em sua defesa, a Ré defende a absoluta licitude das promoções objeto da presente demanda. Informa tratar-se de prática essencial no segmento de telecomunicações, adotada por todas as operadoras e que tem como principal beneficiado o público consumidor.

¹ Art. 46. Todas as ofertas, inclusive de caráter promocional, devem estar disponíveis para 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.

² Art. 1^o. 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 0133852-88.2018.8.19.0001

Afirma que a pretensão do Ministério Público tornaria financeiramente insustentável o negócio. Tal fato implicará na redução de promoções em termos de desconto e de duração ou, em muitos casos, extintas. A promoção ora questionada é ferramenta essencial para fomentar a competição entre as operadoras.

Alega que a Constituição Federal garante como princípio fundamental a livre iniciativa econômica e a livre concorrência. Aduz que as promoções exclusivas para assinantes novos realizadas pela Ré não têm qualquer viés abusivo ou desleal. Trata-se de prática de mercado absolutamente constitucional e lícita.

Acerca do art. 46 do RGC da Anatel e a Lei Estadual nº 7.077/15 afirma que trata-se de redação idêntica a prevista em lei estadual de São Paulo que já foi por diversas vezes reconhecida material e formalmente inconstitucional, tanto pelo STF como pelo TJSP. Pugna pela improcedência dos pedidos (*index 000508*).

Réplica (*index 000677*).

Agravo de Instrumento da decisão que indeferiu a liminar (*index 000711*) cujo efeito suspensivo foi indeferido (*index 000733*).

O Juízo da 1ª Vara Empresarial prolatou sentença de improcedência, da qual copio o dispositivo (*index 000281*):

“Por tais fundamentos, JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO. Deixo de condeno o autor ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios por não vislumbrar a ocorrência de má-fé. Após, e transitada em julgado, dê-se baixa e archive-se. P. l.”

O Ministério Público interpõe apelação alegando que a prática comercial carece de amparo jurídico, em flagrante violação ao ordenamento jurídico (art. 46 da Resolução nº 632 da ANATEL) e ao Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, IV e VI, 37, § 2º e 39, XI), além de violar ao art. 1º da Lei Estadual nº 7077/2015). Afirma que a livre iniciativa não pode se sobrepor à defesa do consumidor, sendo certo que esta Corte Estadual em diversas oportunidades vem reconhecendo que a prática é ilegal e abusiva.



Apelação Cível nº 0133852-88.2018.8.19.0001

Sustenta que o principal beneficiado dessa conduta não é o consumidor e sim a própria operadora: com as ofertas exclusivas em tela, somente o consumidor que realizar a transferência de outra operadora fará jus aos preços menores, ao passo que os milhares de clientes cativos permanecem em posição de desvantagem. Com isso, a Ré angaria mais clientela, mantendo o restante de sua carteira em mensalidades maiores, deixando evidente a lucratividade desse artifício.

Afirma que o descontentamento dos usuários persiste até o momento e de forma expressiva, e a concorrência entre empresas não podem ser feitas em detrimento dos direitos e interesses dos consumidores. Afirma que os danos materiais são evidentes, já que a Ré impede que seus atuais clientes migrem para planos mais baratos e com mais benefícios. Pugna pela reforma integral da sentença (*index 000783*).

Contrarrazões (*index 0000846*).

Parecer da Douta Procuradoria de Justiça opinando pelo provimento do recurso (*index 000999*).

VOTO

Em juízo de admissibilidade, reconheço a presença dos requisitos extrínsecos e intrínsecos do recurso.

Trata-se de ação civil pública movida em face de concessionária de serviço de telefonia na qual alega-se inobservância pela Ré da isonomia e igualdade entre usuários, permitindo que apenas novos clientes sejam beneficiados de ofertas promocionais.

Prolatada sentença de improcedência, insurge-se o Ministério Público da decisão.

Cinge-se a controvérsia acerca da possibilidade da Ré, veicular ofertas e descontos exclusivos a grupo específico de consumidores - novos clientes - e se essa conduta viola ou não o ordenamento jurídico.



Apelação Cível nº 0133852-88.2018.8.19.0001

Ab initio, rejeita-se a alegação de inconstitucionalidade da Lei Estadual do Rio de Janeiro nº 7.077/15 arguida pela Ré.

Sustenta a concessionária que o pleito autoral é descabido, tendo inclusive sido declarada a inconstitucionalidade de lei estadual que versa sobre o tema em outro Estado da Federação, no caso São Paulo.

Afirma que como a Lei Estadual nº 7.077/15 do Rio de Janeiro aborda o mesmo assunto da Lei Estadual de São Paulo nº 15.854/15, não é cabível a sua aplicação.

Ocorre que diferentemente do arguido pela Ré, o STF não reconheceu a inconstitucionalidade material da lei, declarando liminarmente apenas a inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa. Confira-se:

COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. ADI. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO. LEI ESTADUAL Nº 15.854/2015. OBRIGAÇÃO DE EXTENSÃO DE NOVAS PROMOÇÕES A CLIENTES PREEXISTENTES. 1. A Lei estadual nº 15.854/2015 impõe novas obrigações aos prestadores de serviços de telefonia. Contudo, **cabe à União a competência privativa para explorar os serviços de telecomunicações e para legislar a seu respeito** (arts. 21, XI, e 22, IV, CF). Verossimilhança do direito demonstrada. 2. Norma estadual que se encontra em vigor e que estabelece sanções de multa e de cassação da inscrição estadual em desfavor das eventuais empresas infratoras. Perigo na demora configurado. 3. Liminar deferida. (ADI 5.399/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 18/12/2015) (grifos nossos)

Saliente-se, nesse ponto, que não se trata aqui de eventual remessa dos autos ao Pleno não se aplicando a Súmula Vinculante 10 do STF, **uma vez que para a correta e adequada solução do caso utiliza-se os dispositivos normativos inseridos na Constituição Federal assim como no Código de Defesa do Consumidor.**



Apelação Cível nº 0133852-88.2018.8.19.0001

Do mesmo modo, rejeita-se a preliminar de inovação recursal suscitada em contrarrazões.

A Ré alega de forma infundada que o Ministério Público alterou sua causa de pedir ao longo da demanda, passando a requerer que seja analisada a questão acerca da Demandada oferecer planos definitivos com preços diferenciados para a certa categoria de assinantes, de modo que a irregularidade estaria em ofertar planos diferentes a clientes novos e antigos, sem informar sobre seu caráter promocional ou temporário. A presente ação civil pública versa sobre a possibilidade ou não de ofertas exclusivas a novos assinantes, sendo este tema que se passa a abordar.

Passo à análise do mérito.

Inicialmente, pontua-se que a proteção aos direitos do consumidor foi erigida à cláusula pétrea pela Constituição Federal promulgada em 05 de outubro de 1988, que, em seus arts. 5º, XXXII e 170, V, dispõe que as normas que regem tal matéria são de ordem pública.

Do cotejo dos autos verifica-se que a Ré realiza ofertas promocionais de planos telefônicos “Claro” bem como de internet banda larga e TV por assinatura “NET” apenas para novos clientes. Os fatos foram apurados por meio de procedimentos investigatórios (Inquérito Civil Reg. 896/2017 e Reg. 1.112/2017), sendo confirmados pela própria Demandada.

As promoções são veiculadas em páginas diferenciadas dos sítios eletrônicos da “Claro” e “NET”, em que o visitante se identifica como novo usuário, não sendo disponibilizadas as ofertas na hipótese do consumidor se identificar como cliente antigo. Tal procedimento ocorre por meio de triagem em que o visitante se identifica como novo usuário (com preenchimento de dados pessoais).

O fornecimento de serviços exclusivos a novos clientes não é feito pela Ré somente de forma provisória tal como alega a Demandada, mas também em pacotes definitivos, cujos preços mais vantajosos não podem ser fruídos pelos demais consumidores da operadora. Na prática, o que acaba acontecendo é que o mesmo



Apelação Cível nº 0133852-88.2018.8.19.0001

serviço é oferecido por dois preços completamente distintos, baseando-se unicamente no fato de ser cliente novo ou não.

Em sua defesa, a Ré sustenta tratar-se de prática lícita, defendendo sua conduta na livre iniciativa, tendo o juízo *a quo* acolhido a tese defensiva da concessionária. No entanto, esta não parece ser a melhor solução ao caso.

O tratamento desigual assim como o prejuízo para os consumidores que já são clientes da Ré é notório: enquanto novos usuários aproveitam mensalidades mais baratas e dentro das margens de concorrência entre as empresas do ramo de telefonia, os clientes efetivos da Demandada arcam com valores desatualizados e mais onerosos, vez que vedada a aquisição dos novos pacotes de assinatura.

Nesse ponto, tem-se que o princípio da igualdade material veda a criação de distinção entre consumidores sem fundamento para tanto, como dispõe o art. 6º, II da Lei nº 8.078/90:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

*II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a **igualdade nas contratações;**” (grifos nossos)*

Por certo, a veiculação de ofertas e publicidades que dividam os consumidores em categorias infundadas para oferecer ofertas apenas a parte dos usuários configura verdadeira violação à boa-fé objetiva, em flagrante confronto aos deveres da transparência e lealdade.

A conduta da Ré viola não só os direitos dos consumidores individualmente considerados, assim como as próprias balizas inerentes ao mercado de consumo.

Note-se que o argumento da Ré, no sentido que tal prática beneficia na realidade o consumidor não merece acolhimento. O real beneficiário dessa prática é a fornecedora de serviços que angaria consumidores de concorrentes do ramo por meio de tarifas menores, ao passo que os clientes que já haviam firmado contrato com ela ficam presos a valores que muitas vezes ultrapassam o dobro do que é pago pelos



Apelação Cível nº 0133852-88.2018.8.19.0001

novos contratantes. É evidente a lucratividade dessa prática comercial, assim como indiscutível a lesividades aos seus antigos usuários.

Não se está aqui afirmando que a prática de atrair novos clientes é abusiva. A ilicitude da prática decorre do fato de os valores ofertados serem exclusivos para novos assinantes, negando sua aquisição por usuários antigos.

A conduta da Ré implica na impossibilidade de seus antigos assinantes adquirirem serviços mais vantajosos. Tal medida não pode ser justificada com base nos pressupostos da livre iniciativa, uma vez que dentre os princípios gerais da atividade econômica está o da defesa do consumidor:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor”

Por certo, as práticas de mercado que visem à concorrência entre empresas não podem ser feitas em detrimento de direitos e interesses dos consumidores. Não se mostra razoável ou de acordo com o ordenamento jurídico que os seus clientes de longa data não possam usufruir das ofertas veiculadas, sendo obrigados a arcar sempre com os valores mais caros dos serviços prestados pela concessionária.

O óbice à livre contratação de serviços e produtos disponibilizados no mercado de consumo é medida que deve ser combatida pelo Judiciário. A atuação empresarial deve sempre estar pautada no zelo e preservação dos interesses e integridade dos destinatários finais dos produtos e serviços, incompatível com a perseguição baseada exclusivamente no maior lucro ou clientela.

Assim, forçoso concluir que a conduta da Ré é indevida e contrária ao ordenamento jurídico, reconhecendo-se a proibição de restrição de oferta somente à parcela específica do mercado. Por esse motivo, as ofertas e campanhas devem ser



Apelação Cível nº 0133852-88.2018.8.19.0001

oportunizadas em iguais condições a todos os que se interessarem, sejam eles clientes cativos ou novos, desde que assim tenham solicitado.

Há que se ressaltar que a demanda em julgamento se encontra baseada em direito individual homogêneo, conceituado pelo art. 81, parágrafo único, III, da Lei 8.078/90 como aquele de origem comum. Essa modalidade de direito coletivo difere-se, dos direitos individuais justamente pela origem comum que liga o dano individualmente causado a cada integrante do grupo. Nesse contexto, leciona Hugo Mazzilli³:

"(...) os titulares são determinados ou ao menos determináveis, e o objeto da pretensão é divisível (isto é, o dano ou a responsabilidade se caracterizam por sua extensão divisível ou individualmente variável entre os integrantes do grupo)"

Do exposto é possível verificar que a conduta da Ré é causadora de danos aos consumidores individualmente considerados, os quais deverão ser demonstrados por cada consumidor. Como a presente demanda versa sobre direitos individuais homogêneos, caberá ao consumidor lesado demonstrar, em liquidação de sentença que tentou aderir ao plano promocional sem a concordância da Ré, durante o período em que a mesma ficou disponível para novos assinantes. Do mesmo modo, deverá demonstrar que paga pelo mesmo plano preço superior ao ofertado ao novo assinante.

Incidirá à hipótese o previsto nos arts. 95 a 97 do CDC, de modo que os consumidores vítimas das condutas narradas poderão promover a liquidação imprópria e a execução da presente sentença, demonstrando sua singular condição de vítima do evento comprovado, a existência de nexo causal entre os fatos e os prejuízos concretamente suportados. Nesse sentido, a melhor doutrina:

"Recorde-se, ainda, que a sentença condenatória nas ações coletivas em prol de interesses individuais homogêneos tem seu âmbito cognitivo restrito ao "núcleo de homogeneidade desses direitos" (expressão empregada por Teori Zavaski). Em outras palavras, ela somente define a situação fático-jurídica que é comum a todos os lesados, o "denominador comum" a todas as vítimas, a saber: a existência do evento lesivo, o

³ MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 28a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.57



Apelação Cível nº 0133852-88.2018.8.19.0001

responsável por tal evento e a obrigação de ele indenizar as vítimas do evento. Sem embargo, a sentença não adentra nas situações individuais dos lesados: não os identifica, tampouco quantifica o prejuízo sofrido por cada um. Por tal razão, trata-se de uma sentença condenatória genérica, cujo conteúdo precisa ser complementado via liquidação, antes de ser executado.

Mas atenção: nas sentenças condenatórias genéricas do processo tradicional, cumpre ao interessado, na fase de liquidação, demonstrar simplesmente o quantum debeat, ou seja, qual o valor a ser posteriormente executado (liquidez do título). O dever de o réu ressarcir especificamente aquele interessado já estava definido na sentença condenatória (certeza do título). Por sua vez, na liquidação de sentenças coletivas (ou mesmo das sentenças penais condenatórias de crimes contra coletividades abstratas) que geram a obrigação de indenizar os titulares de direitos individuais homogêneos lesados, os interessados (vítimas ou sucessores) não precisam comprovar apenas o quantum debeat, mas a própria condição de vítima do evento reconhecido na sentença (ou de sucessor de uma vítima), uma vez que a sentença condenatória não identifica cada uma das vítimas do evento. Em razão disso, a liquidação dessas sentenças coletivas é denominada por Dinamarco como liquidação imprópria⁴.(grifos nossos)

Nos termos do entendimento jurisprudencial do Eg. STJ, o consumidor deverá demonstrar que é vítima do evento assim como o montante de seu prejuízo:

RECURSO ESPECIAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA NEGATIVO. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA PROFERIDA NO JULGAMENTO DE AÇÃO COLETIVA. FORO DO DOMICÍLIO DO CONSUMIDOR. INEXISTÊNCIA DE PREVENÇÃO DO JUÍZO QUE EXAMINOU O MÉRITO DA AÇÃO COLETIVA. TELEOLOGIA DOS ARTS. 98, § 2º, II E 101, I, DO CDC. 1. A execução individual de sentença condenatória proferida no julgamento de ação coletiva não segue a regra geral dos arts. 475-A e 575, II, do CPC, pois inexistente interesse apto a justificar a prevenção do Juízo que examinou o mérito da ação coletiva para o processamento e julgamento das execuções individuais desse

⁴ MASSON, Cleber e outros – Interesse Difusos e Coletivos – Editora Método, 7ª edição, São Paulo, página 269



Apelação Cível nº 0133852-88.2018.8.19.0001

título judicial. 2. A analogia com o art. 101, I, do CDC e a integração desta regra com a contida no art. 98, § 2º, I, do mesmo diploma legal garantem ao consumidor a prerrogativa processual do ajuizamento da execução individual derivada de decisão proferida no julgamento de ação coletiva no foro de seu domicílio.

3. Recurso especial provido. (REsp 1098242/GO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, TERCEIRA Turma, DJe 28/10/2010)⁵

Passo a análise acerca do pedido de dano moral coletivo.

A indenização pelo dano moral individual ou coletivo causado ao consumidor está disciplinada pelo artigo 6º, inciso VI, da Lei 8.072/90, verbis:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

O dano moral coletivo é categoria autônoma de dano que, apesar de estar relacionada à integridade psicofísica da coletividade, não se identifica com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico). Nos termos do Eg. STJ:

*“ (...) a condenação em reparar o dano moral coletivo **visa punir e inibir a injusta lesão da esfera moral de uma coletividade,***

⁵ O julgado foi publicado no Informativo nº 452 STJ com o seguinte teor: “EXECUÇÃO INDIVIDUAL. SENTENÇA. AÇÃO COLETIVA. DOMICÍLIO. CONSUMIDOR. Trata-se, na origem, de execução de sentença que julgou parcialmente procedente ação coletiva cujo objeto era obrigar associação de ensino a abster-se de condicionar ao pagamento de renovação de matrícula o fornecimento de documentos necessários à transferência de alunos para outras instituições de ensino. A Turma deu provimento ao recurso por entender que a execução individual de sentença condenatória proferida em ação coletiva não segue a regra dos arts. 475-A e 575, II, do CPC, pois as decisões de mérito no julgamento daquela ação apresentam particularidades que tornam complexa a aplicação das regras contidas nos referidos artigos. **Aquelas sentenças contêm alto grau de generalidade, uma vez que não podem estabelecer concretamente o direito de cada um dos substituídos processuais; essas decisões estão limitadas a declarar, de modo inespecífico, a obrigação de indenizar os danos causados aos consumidores ou outros lesados, abstratamente considerados. Logo a referida execução demonstrará ampla dose de cognição, pois cada substituído deverá comprovar a titularidade do direito cuja lesão foi reconhecida pela sentença de ação coletiva. Entendeu ainda que a interpretação analógica do art. 101, I, c/c o art. 98, § 2º, I, ambos do CDC, garante ao consumidor a prerrogativa processual do ajuizamento da execução individual derivada de decisão proferida no julgamento de ação coletiva no foro de seu domicílio**”. REsp 1.098.242-GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 21/10/2010. (grifos nossos).



Apelação Cível nº 0133852-88.2018.8.19.0001

preservando, em ultima ratio, seus valores primordiais” (REsp 1303014/RS, Quarta Turma, DJe 26/05/2015, sem destaque no original) e de que “o dano moral coletivo é aferível in re ipsa, ou seja, sua configuração decorre da mera constatação da prática de conduta ilícita (...)” (REsp 1517973/PE, Quarta Turma, DJe 01/02/2018).”

(trecho do REsp 1.502.967/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi) (grifos nossos)

Para a configuração do dano moral coletivo faz-se necessária a presença certos pressupostos, como a conduta antijurídica do ofensor, a ofensa grave e intolerável a valores ou interesses morais (extrapatrimoniais) de uma determinada coletividade, a percepção do dano, tais como a sensação de perda de estima, de indignação, de repulsa, de aflição, de humilhação ou qualquer outro sentimento negativo que viole a dignidade humana; e, por fim, o nexo causal entre conduta e a lesão socialmente repudiada.

Note-se que o dano moral coletivo está ligado à repulsa coletiva e tem caráter de sanção pecuniária por violação aos direitos difusos e coletivos de natureza preventivo-punitiva, com o intuito de inibir a reiteração da conduta lesiva, em face do interesse social na preservação dos direitos da coletividade.

Ressalte-se que, para caracterização do dano moral coletivo exige-se notória não-tolerabilidade da ilicitude, diante da repercussão social e da dimensão do fenômeno.

Em outras palavras, será hipótese de cabimento de dano moral coletivo quando ficar caracterizada lesão a valores fundamentais da sociedade, sendo esta injusta e intolerável. Não basta a mera infringência à lei ou ao contrato para a sua caracterização.

Na hipótese em exame, a violação verificada não infringe valores essenciais da sociedade, tampouco possui os atributos da gravidade e intolerabilidade passível de reparação por danos morais coletivos, motivo pelo qual indefiro o pedido nesse ponto. Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. COBRANÇA DE TARIFAS BANCÁRIAS. NEGATIVA DE



Apelação Cível nº 0133852-88.2018.8.19.0001

*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. (...) 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 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 Nº 1.502.967/RS,
Rel. Ministra Nancy Andrighi,*



Apelação Cível nº 0133852-88.2018.8.19.0001

Terceira Turma, DJE 26/06/2018)

Por fim e em decorrência da procedência parcial da demanda, impõe-se a observância do art. 103, III, da Lei 8.078/90, razão pela qual devem as partes adotar os meios necessários para que o teor da presente sentença condenatória chegue ao conhecimento de todos os eventuais consumidores lesados pelo ato ilícito em tela.

Assim, para que seja oportunizado aos usuários antigos da Ré a adesão a tais ofertas, deverá a concessionária divulgar o dispositivo dessa decisão judicial em pelo menos dois jornais de grande circulação no Estado do Rio de Janeiro, dando publicidade ao ato.

Confira-se recentíssimo julgado desta Corte Estadual no mesmo sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO COLETIVA. OPERADORA DE TELEFONIA CELULAR. PUBLICIDADE. OFERTA LIMITADA A CLIENTES NOVOS. LEGITIMIDADE DO MP. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGENEOS. 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



Apelação Cível nº 0133852-88.2018.8.19.0001

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 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.*
0083167-14.2017.8.19.0001 – APELAÇÃO CÍVEL
DES. GILBERTO CLOVIS FARIAS MATOS – Julgamento:
02/04/2019 – DÉCIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL

Por tais fundamentos, VOTO no sentido de DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO PARA

- para condenar a Ré 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



Apelação Cível nº 0133852-88.2018.8.19.0001

qualquer outra, dentro da área geográfica da oferta, sob pena de multa única no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) – tal obrigação fica condicionada ao efetivo requerimento de adesão pelo usuário;

- condenar a Ré a indenizar os danos individuais devidamente comprovados pelos consumidores que tentaram aderir aos planos sem êxito, em liquidação individual de sentença coletiva na forma dos arts. 95 e seguintes do CDC;

- condenar a Demandada à obrigação de fazer consistente em publicar, às suas custas, em dois jornais de grande circulação desta Capital, a parte dispositiva deste acórdão em 15 dias úteis da publicação do acórdão, sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais);

Observado 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.

Rio de Janeiro, 30 de abril de 2019

Desembargadora **DENISE NICOLL SIMÕES**
Relatora